



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

“PROBLEMÁTICA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL
CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, DEL 2000”

T E S I S

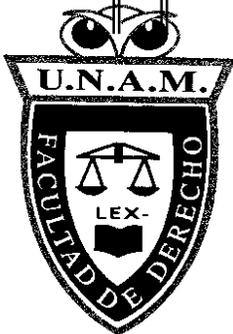
QUE PARA OPTAR AL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

EDUARDO FRANCISCO PÉREZ VÁZQUEZ

ASESORA DE TESIS:

DRA. MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS



CIUDAD UNIVERSITARIA

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.

AGRADECIMIENTOS

A GLORIA VAZQUEZ, MI MADRE

Por su amor, confianza y constante apoyo que ha depositado en toda mi vida.

A FRANCISCO PEREZ, MI PADRE

Por su ejemplo y dedicación al trabajo.

A LA DRA. CASTAÑEDA RIVAS

Por el tiempo e interés dedicado al presente trabajo el cual no hubiera sido posible sin su invaluable apoyo.

A MI UNIVERSIDAD

Por brindarme la oportunidad de estudiar en sus aulas y formarme como profesionalista.

**“PROBLEMÁTICA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL
CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, DEL 2000”**

PRÓLOGO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

I. Evolución histórica:.....	4
A. Roma.....	4
B. Francia.	15
C. España	19
D. México.....	26
II. Marco conceptual:	33
A. Concepto de guarda.....	33
B. Concepto de custodia.....	34
C. Concepto del término “compartida”	35
D. Semejanzas y diferencias de la guarda y custodia, con la patria potestad.	35
E. Concepto de derecho de convivencia	39

CAPÍTULO SEGUNDO

**PROPUESTA LEGISLATIVA PARA PROMOVER
LA GUARDA Y CUSTODIA EN MÉXICO.**

I. Decreto del 6 de septiembre del 2004.....	41
A. Exposición de motivos.....	54
B. Ventajas y desventajas.....	66
II. La conceptualización del niño, como ser indefenso de la sociedad. ¿En qué consiste el interés superior del niño?.....	68

III. La Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños, en el Distrito Federal.	73
--	----

CAPÍTULO TERCERO
NATURALEZA JURÍDICA DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

I. Concepto de naturaleza jurídica. Su aplicación a la guarda y custodia.	81
II. Naturaleza jurídica del derecho de convivencia.....	91
III. Disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, anteriores a la reforma del 6 de septiembre del 2004.....	98
IV. Análisis de los artículos 282, fracción V, 283, 293, 411, 417 y 447 del Código Civil para el Distrito Federal, reformados el 6 de septiembre del 2004.....	103
V. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en materia de guarda y custodia.	108
VI. Estudio comparativo de la guarda y custodia en algunas legislaciones a nivel nacional e internacional.	111

CAPÍTULO CUARTO
ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA EXISTENTE EN MÉXICO SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

I. Análisis crítico de los artículos 282 fracción V, 283, 293, 411, 417 y 447 del Código Civil vigente para el D.F.	121
II. La convivencia familiar y la alimentación en los menores.	130
III. El beneficio real a los hijos en la custodia.	137
IV. Medidas de protección ordenadas por el Juez Familiar, en materia de guarda, custodia y derecho de convivencia.	138
V. Propuestas para hacer efectiva la guarda y custodia, así como el derecho de convivencia de los menores.....	148

CONCLUSIONES	156
---------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	159
--------------------------------------	------------

PRÓLOGO

En el México actual, encontramos una problemática recurrente dentro del seno familiar, derivada de la guarda y custodia de los menores, para el caso de divorcio, y especialmente respecto del derecho de convivencia de los padres que no tienen dicha custodia. Esta investigación, tiene como propósito, hacer un estudio crítico sobre la propuesta del legislador sobre la guarda y custodia compartida de los hijos en caso de divorcio, así como el derecho de convivencia de éstos a la luz del Derecho Familiar.

Es verdad que en esta problemática debe tomarse en cuenta el sentir emocional del menor y bienestar personal de éste, en atención al concepto del interés superior del niño. Así, los legisladores, juzgadores, estudiosos del Derecho Familiar, juristas, psicólogos y demás encargados de las disciplinas involucradas en esta problemática, deben preocuparse de anteponer el interés de los menores, para tratar de resolver esta problemática, cuyos aspectos psicológicos, emocionales, de formación son importantes, pero también lo es la cuestión material, es decir, los medios para encauzar a los menores, como son: dinero, alimentos, vestido, educación, diversiones, asistencia médica, entre otros aspectos, para generar un desarrollo psicoemocional adecuado para el menor.

A nuestro juicio, la problemática se genera por la falta de precisión del legislador, en el sentido de establecer que ambos padres, compartan la custodia, hipótesis inexistente, ya que dicho derecho hace nugatorio el efecto de la guarda y

custodia. Tal vez sean buenas intenciones del legislador, pretender una convivencia permanente entre ambos progenitores y sus menores hijos, pero en la realidad, es imposible equilibrar dicha situación.

Consideramos que la propuesta del legislador, trajo más conflictos que beneficios e inclusive debemos tomar en cuenta las experiencias registradas en otros países y hacer una propuesta viable de acuerdo a nuestra idiosincrasia social, jurídica, económica y en general a los principios generales del Derecho Familiar.

En atención a la reflexión anterior presentamos esta investigación con el mejor de los ánimos de enriquecer al Derecho Familiar en materia de mejorar lo existente relacionado con el interés del menor y plantear una modificación a la actual regulación en materia de guarda, custodia y Derecho de Convivencia de los menores.

INTRODUCCIÓN

La elaboración, preparación, redacción e investigación de una tesis profesional, es siempre una labor difícil pero a la vez ilustrativa que nos conduce o abre la puerta para alcanzar por medio del régimen profesional el Título de Licenciado en Derecho que nos acreditará a ejercer legalmente dicha profesión.

El tema de tesis que seleccioné para su exposición y sustento, lo denominados **“PROBLEMÁTICA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DEL 2000”** donde hacemos un análisis de dichos artículos antes de las reformas del Código Civil para el Distrito Federal del año 2000, después de este año, así las reformas hechas a los artículos 282 fracción V, 283, 293, 411, 417 y 447 del ordenamiento civil en comentario para ver hasta dónde se protege el interés mayor del menor o lo que más beneficia a este.

Para tener una comprensión adecuada del tema, lo dividimos en cuatro capítulos, los cuales a continuación detallamos:

Los antecedentes de la guarda y custodia son motivo de análisis en el capítulo primero del presente trabajo recepcional se habla en su primera parte de una evolución histórica de este tópico en las legislaciones Romana, Francesa, Española y Mexicana; para después hacer referencia al marco conceptual que más ocuparemos en la tesis, como son los conceptos de Guarda, Custodia, Compartida y Derecho de Convivencia.

En el capítulo segundo, hago referencia a la propuesta hecha por el legislador para promover la Guarda y Custodia en México, desde el Decreto del 6 de septiembre del 2004, su exposición de motivos, las ventajas y desventajas de esto, así como la influencia que ha tenido en esto el interés superior del niño.

Lo relacionado a la naturaleza jurídica de la guarda y custodia es motivo de análisis en el capítulo tercero del trabajo para ver qué es lo que realmente llevó al legislador a tal hipótesis y si realmente dichas reformas del 6 de septiembre del 2004 han tenido los efectos que se pretendieron para tal efecto, hacemos un comparativo con algunas legislaciones internacionales y nacionales en esta materia.

Finalmente, en el capítulo cuarto de esta tesis, proponemos algunas alternativas de solución a la problemática existente sobre la guarda y custodia compartida para defender y resguardar el interés mayor del menor y tratar de que éste efectivamente esté protegido.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DE LA GUARDA Y CUSTODIA

La historia de la guarda y custodia nos demuestra un proceso paulatino, pero constante, de debilitamiento de la autoridad paternal. 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 que 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 permanentemente 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. 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 guarda y custodia de menores, no podrían existir sin hacer referencia a la patria potestad ya que ésta, no es, más que el reflejo de este poder que el padre ejercía en todos los ámbitos de las relaciones familiares.

La autora, Montero Duhalt Sara comenta lo siguiente:

“La historia de todos los pueblos de la antigüedad muestran, con ligeras variantes entre unos y otros, el primitivo poder absoluto del *pater familias*.”¹

¹ MONTERO DUHALT, Sara. “Derecho de Familia.” 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1994. p. 339.

Característica de la organización patriarcal y, por ende, de una patria potestad de carácter absolutista, fue la del pueblo romano. La evolución que presenta esta institución en sus diferentes etapas, desde la primitiva monarquía, la corta etapa de la república, y los quince siglos del imperio romano, de occidente y luego de oriente, es la de un original poder absoluto del padre, suavizado 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 acuciosamente estudiada por los investigadores históricos y de la que existen excelentes lecturas.

Por otra parte, esta gradual evolución de la patria potestad, guarda y custodia en el sentido de 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 ampliar su esfera, al minar la del Derecho Privado. La vida familiar, que es uno de los ámbitos más íntimos y privados del humano, recibe la influencia y la intervención estatal, al otorgar licitud a las relaciones entre los sujetos, al imponer normas imperativas o prohibitivas. De las instituciones del Derecho Familiar por el orden jurídico.

Por patria potestad entendemos, según el significado de la palabra, el poder que corresponde a los padres.

La patria potestad, tal como la conocemos en nuestros días, no se presenta a nuestra consideración y ejercicio en la forma en que antiguamente se practicó.

La misma autora, opina que:

“Entre los romanos, no era solamente el poder que se tenía sobre los hijos, sino que venía a constituir un verdadero derecho de propiedad sobre ellos, una vez que quien la ejercía podía venderlos, esclavizarlos, etc., y ejercer así un derecho semejante al que se tenía sobre las cosas inanimadas objeto de propiedad.”²

El ejercicio de este poder era de por vida y correspondía al ascendiente mayor que sobrevivía, al estar sometidos a él, cualquiera que fuera su condición, todos los miembros de la familia, de lo que resultaba que no llegaba a extinguirse, como actualmente, por la mayoría de edad.

Con la invasión de los pueblos germánicos y la introducción de su derecho consuetudinario, así como por la aportación de nuevas ideas, se modificó completamente el concepto de patria potestad, al considerarse como la ayuda y protección que los ascendientes deben impartir a las personas que de ellos descienden, con objeto de suplir su falta de desarrollo físico e

² Ibidem. p. 340.

intelectual y, de este modo, defenderlas en atención a que, por la falta de ese desarrollo, no pueden aquéllas hacerlo.

Con el propósito de ahondar sobre estas figuras jurídicas, será oportuno precisar lo siguiente.

I. Evolución Histórica.

Todo lo que en la actualidad existe, tiene antecedente, tiene historia y lo referente a la guarda y custodia de los hijos no es la excepción, es por ello que a continuación trataremos de explicar lo concerniente a este tópico en los incisos siguientes, referidos a los pueblos de Roma, Francia, España y México.

A. Roma.

Desde la antigüedad, una de las consecuencias del matrimonio era la adquisición por parte del marido de cierta autoridad o potestad, más o menos absoluta según los pueblos, sobre la mujer. La única excepción parece haberse dado entre los hebreos, donde el padre fue siempre jefe de la familia pero careció de un poder similar a la patria potestad sobre las personas que la integran; ya en el siglo II A.C., la mujer casada fue autorizada a disponer libremente de su salario si renunciaba al derecho de ser mantenida por el marido.

Los autores De la Mata Pizaña Felipe y Garzón Jiménez Roberto opinan que en el primitivo Derecho Romano:

“La potestad sobre la mujer no parece haberse diferenciado de la que ejercía el *paterfamilias* sobre todas las personas sujetas a su poder: hijos y sus descendientes (*patria potestas*), esposa o esposas de los descendientes (*manus o manu maritales*), esclavos (*dominica potestas*) y extraños sometidos a su poder por venta o entrega en noxa (*mancipium o causa mancipii*). Tanto es así que la expresión *manus* parece haberse usado primero con referencia a todas esas situaciones, aunque en la época histórica ya aparece aplicada sólo a la mujer.”³

También en la época histórica, la potestad sobre la mujer (*manus*) no se adquiría siempre sino únicamente en los casos de matrimonio *cum manu*. Según la generalidad de los romanistas, la *manus* no la ejercía necesariamente el marido: si éste era *sui iuris*, a él le correspondía la *manus*, pero si era *alieni iuris* le pertenecía a su *paterfamilias*.

Citado por la Enciclopedia Jurídica Omeba se advierte que:

“Esa interpretación es combatida por varios autores, en especial, últimamente, Volterra y Robleda, que afirman lo contrario, principalmente sobre la base de textos de Gayo y de Ulpiano que aluden a la mujer que está *in manu* del *filiusfamilias*; en tal caso, la consecuencia de la *manus* habría sido únicamente la de colocar a la esposa en la misma condición

³ DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. “Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal.” 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004. p. 5.

que una hija (*loco filia*) del marido, pero no habría constituido una potestad, pues ésta habría correspondido al *pater*.”⁴

Cuál fuera el contenido de la *manus* es cuestión íntimamente vinculada a la recién expuesta. Para la doctrina común, citado por la misma enciclopedia se considera que:

“La *conventio in manum* producía efectos muy similares a los de la adopción: la mujer quedaba colocada en la condición de hijo del marido (*loco filia*), nieta del padre de éste (*loco neptis*) y hermana de sus hijos (*loco sorosis*), ya que sufría una *capitis diminutio* que la hacía salir de su familia agnaticia para entrar en la del marido. Era honrada con la denominación de *materfamilias* por lo menos cuando su marido era *sui iuris* y la potestad a la cual quedaba sometida no tenía caracteres tan extremos como los de la patria potestad: no podía ser vendida, emancipada ni dada en *nox*, ni se ejercía sobre ella el *jus vital et necis*.”⁵

En el campo patrimonial, sus bienes pasaban al marido o al *pater* de éste, produciéndose una sucesión universal entre vivos; en la sucesión *ab intestato* ocupaba la posición correspondiente al vínculo agnaticio creado.

En el matrimonio *sine manu*, la mujer continuaba sometida a la potestad de su propio *paterfamilias* si era *alieni iuris*; si era *sui iuris*, permanecía libre, y luego de la desaparición de la tutela perpetuada de los agnados pudo ejercer todos los actos de la vida civil.

⁴ “Enciclopedia Jurídica Omeba”. T. VIII., 10ª edición, Editorial Dris-Kill, Argentina, 2002. p. 1264.

⁵ Ibidem. p. 1265.

A pesar de la inexistencia de **manus**, del matrimonio derivaba cierto poder disciplinario del marido sobre la mujer, ejercido con el concurso del **consilium familia**, manifestación de la **auctoritas** maritales, de la que derivaba también la colocación de la mujer en el rango social que tenía el marido, el derecho de éste de fijar el domicilio conyugal y hacer que la mujer lo siguiera, y aun la presunción **muciana**, por la que toda adquisición patrimonial hecha por la mujer sin poder demostrar su origen pertenecía al marido.

El Diccionario Jurídico Mexicano cita lo siguiente:

“El derecho de obtener que la mujer lo siguiera quedó asegurado a fines de la época clásica mediante el interdicto de *uxorem exhibenda et ducenda*; Antonio Pío le otorgó también una excepción contra el interdicto de *liberis exhibendis et ducendis* ejercido por el *pater* de la esposa, denominada de *matrimonium bene concordans*. Además, el marido tenía la representación de la mujer, su defensa en juicio civil y penal, y ejercía la *actio iniuriarum* contra quien la hubiera difamado.”⁶

En otro aspecto, los cónyuges estaban equiparados en cuanto a la reverencia mutua que se debían, la que excluía la deducción entre ellos de acciones penales o que condujesen a la tacha de infamia, de la **actio dolis** y de la acción derivada del hurto; sólo después de disuelto el matrimonio podía tener lugar a partir del derecho pretoriano, una **actio rerum anotarum** para obtener la restitución de las cosas hurtadas, fuera de la **reivindicatio** y la **actio ad exhibendum**. También se concedió a los cónyuges el beneficio de competencia.

⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas. “Diccionario Jurídico Mexicano.” T. P-Z. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003. p. 416.

A manera de resumen, se puede decir que la familia tradicional romana estaba constituida por el padre, su mujer, dos o tres hijos o hijas, los esclavos domésticos y los antiguos esclavos, ahora liberados, denominados libertos. Se trata de una familia absolutamente patriarcal donde el **pater familias** controla todo el poder sobre los demás miembros así como la disponibilidad de los bienes que poseen. La familia será uno de los elementos esenciales de la sociedad romana. Pertener a una familia vinculaba la posesión de derechos de ciudadanía por lo que los que perdían los derechos ciudadanos se veían excluidos de la posibilidad de formar una familia. Diversas familias forman una **gens**, caracterizada por la posesión de diferentes elementos que la identifican como el ritual funerario o el culto a los antepasados comunes. La importancia de la **gens** alcanzará su momento culminante durante la monarquía y los primeros años de la República. El **pater familias** es la pieza clave de la familia.

Subordinados a su autoridad se encuentran todos los demás miembros: esposa, hijos; ya estén casados o no, esclavos, libertos, serviles. Todo ciudadano romano que no tuviera ascendentes varones vivos o un **pater familias**. A la muerte del padre, los hijos se convertían en sus propios **pater familias**. El matrimonio romano es un acto privado, ningún poder público tiene que sancionarlo y no existen contratos matrimoniales. Bien es cierto que conocemos procedimientos matrimoniales, en concreto tres: el más antiguo se manifiesta cuando el **pater familias** posee a su familia durante un año ininterrumpidamente y poder ser disuelto cuando pasa tres noches consecutivas fuera del lecho conyugal. El segundo procedimiento consiste en la

realización de un sacrificio en honor de Júpiter ante su sacerdote y el Pontífice; el sacrificio consiste en la ofrenda de un pan de trigo. El tercero era una falsa compra que se realizaba en presencia del padre de la novia, cinco testigos y el portador de la balanza.

El segundo componente familiar eran los hijos. Hijos eran considerados aquellos niños y niñas nacidos del matrimonio que eran aceptados por el **pater familias**. Él decidía sobre la anticoncepción o el aborto pero si el niño nacía debía aceptarlo o no como hijo. Por eso se depositaba al recién nacido a los pies del **pater**; si levantaba a la criatura era considerada hijo/a pero si no, quedaba excluido de la familia, exponiéndose a la puerta del domicilio o en algún basurero público donde lo recogerá alguien que lo desee. Las criaturas malformadas eran expuestas o ahogadas.

Los pobres solían abandonar a aquellos bebés que no podían alimentar. Si el bebé era aceptado se integraba en la familia al octavo día del nacimiento cuando se le imponía el nombre individual, **praenomen**, y se le colgaba una pequeña cápsula de metal, bulla, rellena de sustancias que poseían propiedades favorables en una ceremonia llamada **illustratio**. Dada la elevada mortalidad infantil era bastante posible que la línea familiar se perdiera a la muerte del **pater** por carecer de herederos. Para evitar esto se instituyó la adopción, ceremonia de carácter privado celebrado delante de un magistrado en el que se separaba al adoptado de la **patria potestas** de su padre natural y se procedía a su integración en la familia del padre adoptivo.

Como hemos comentado, el **pater** tiene la potestad sobre los esclavos de su familia. Sólo él podrá manumitir al esclavo que pasará a ser liberto, y

adoptar el gentilicio de su patrono y establecer una serie de obligaciones jurídicas y materiales con el *pater*. El *pater* familias tiene también las prerrogativas religiosas de la familia, especialmente en lo relacionado con el culto doméstico. Tres elementos forman este culto: El culto al hogar, constituido por Lares y Penates, el culto al Genios, principio de la fertilidad, y el culto a los Manes, los antepasados. No es de extrañar que el *pater* tuviera la potestad de imponer castigos, mancipar, vender, a los hijos o concertar sus matrimonios, normalmente a edades muy tempranas como los siete años. En el acuerdo matrimonial se establecía la dote y el día de la boda. El divorcio era legal aunque sólo estaba justificado en determinados casos como el adulterio, el beber vino o la falsificación de la llave vinaria. Durante el Alto Imperio el fenómeno se generalizará y se agilizará los trámites necesarios. Los poderes del *pater* también se proyectaban sobre los bienes de la familia ya que ningún miembro puede tener o adquirir bienes propios.

El autor Coviello Nicolás opina que:

“A partir del siglo II A.C., la familia sufre una evolución acorde con los tiempos, manifestada especialmente en una limitación de las prerrogativas del *pater*. También se manifiesta una evolución en la atribución a la madre de determinadas potestades, concretamente en la posibilidad de ejercer la custodia sobre los hijos en el caso de tutela o si existe una conducta reprochable en el marido. El derecho de vida o muerte del padre sobre los hijos desaparece e incluso se castiga a los parricidas con el exilio.”⁷

⁷ COVIELLO, Nicolás. “**Doctrina General del Derecho Civil.**” 3ª edición, Editorial Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003. p. 232.

También, se aprecia una limitación de las prerrogativas sobre la esposa. En el Imperio se manifiesta una tendencia hacia el descenso de la natalidad entre los miembros de los ordines, el grupo privilegiado por excelencia.

Coviello continúa al comentar que:

“Para evitar la desaparición de esta clase social, Augusto estableció una serie de leyes que obligaban a los hombres entre 25 y 60 años a contraer matrimonio mientras que las mujeres debían hacerlo entre los 20 y los 50 años. De estos matrimonios debía nacer al menos un hijo legítimo. Durante el Bajo Imperio la *patria potestas* se limitará casi al máximo, castigándose con la muerte el asesinato de recién nacidos o la exposición, a su vez se excluirá el derecho a disponer del matrimonio de los hijos o disponer que los hijos pudieran recibir la herencia de la madre. La llegada del cristianismo provocó la realización de un acto donde se bendecía religiosamente el matrimonio y la limitación del divorcio a tres supuestos: adulterio femenino, que la esposa fuera alcahueta o se dedicara a violar tumbas.”⁸

Petit Eugene menciona que:

“Reconocer la *potestas* del padre es hacer de la casa romana el santuario inviolable del amor. Ningún tercero tiene derecho a intervenir en los asuntos domésticos. Los disentimientos interiores no pueden debatirse fuera de la casa. El padre es el Juez de la morada romana (*domesticus*

⁸ Ibidem. p. 233.

magistratus), y si no restablece la concordia debe acusarse a sí mismo por no haber sabido conservar su autoridad y mantener desde el principio la autoridad moral necesaria.”⁹

Esta autoridad no es sólo un derecho, sino un deber, una función en interés propio de sus subordinados y del Estado. Implica además de la tutela sobre los familiares su protección contra las injusticias exteriores y su representación en juicio.

El mismo autor dice:

“En la Instituta de Justiniano se consigna la siguiente disposición: El derecho de potestad que tenemos sobre nuestros hijos es propio de los ciudadanos romanos; porque no hay otros pueblos que tengan sobre sus hijos una potestad como la que nosotros tenemos. Así, pues, el que nace de ti y de tu esposa se halla bajo tu potestad. También el que nace de tu hijo y de su esposa, es decir, tu nieto o tu nieta, y de la misma manera tu biznieto y biznieta, y así los demás. Más el que nace de tu hija no se halla bajo tu potestad, sino bajo la de su padre.”¹⁰

En todo el texto, hemos sostenido que, debe advertirse que la palabra **potestas** no se identifica con el poder que la naturaleza, ni el sentimiento general de los hombres o la facultad que las leyes de la mayor parte de los pueblos otorgan al padre para la educación del hijo, y en bien de toda la familia.

⁹ PETIT, Eugene. “**Derecho Romano.**” 13ª edición, Editorial Porrúa, México, 2000. p. 117.

¹⁰ Ibidem. p. 118.

La patria potestad de los romanos, como una consecuencia del dominio quirritario, era de derecho civil. Así no tenía los límites que la razón y el consentimiento general de los pueblos suelen prefijarse, pues ni competía a ambos padres, ni reconocía por objeto principal la educación de los hijos, ni terminaba cuando estos podían llegar a constituir otras familias. Efecto de tal consideración era que el padre en su calidad de Juez doméstico tenía el derecho de vida y muerte sobre su hijo, que podía venderlo, darlo en uso, y hacer propias todas sus adquisiciones, y extender sobre sus nietos el mismo poder ilimitado.

Al respecto opina Rojina Villegas Rafael, lo siguiente:

“La costumbre en un principio, y después las leyes vinieron a dulcificar esta institución, al quedar limitada la potestad del padre: primero, a castigar módicamente a los hijos por las faltas que cometían, al ser peculiar del Juez el conocimiento de sus delitos; segundo, a vender el hijo recién nacido, sanguinolento, como le llama el Emperador Constantino, sólo en caso de extrema necesidad; tercero, a hacer suyas o tener participación en las adquisiciones de los hijos; cuarto, a retener en su poder a sus descendientes por línea de varón.”¹¹

Como podemos colegir, el sistema romano había llegado a desarrollar en forma notable la potestad paterna, sin embargo, parece ser que los verdaderos orígenes de la patria potestad todavía permanecen inciertos; precisa Eduardo B. Busso que:

¹¹ Cit. Por. ROJINA VILLEGAS, Rafael. **“Derecho Civil.”** T. IV. 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999. p. 368.

“Últimamente se ha llegado a la conclusión de que sus raíces ya se encuentran en el derecho ártico, y no exclusivamente en el romano, como fuera sostenido. Lo cierto es que nos llega de Roma la regulación del instituto, con ciertas características que sufrieron un ulterior desarrollo.”¹²

En todo lo anterior debemos advertir que la patria potestad es el poder que tiene el jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil. No es, como la autoridad del señor, una institución del derecho de gentes, sino una institución del derecho civil, que sólo puede ejercerla el ciudadano romano sobre su descendiente, también ciudadano romano. En ella se encuentra no la protección del hijo, sino el interés del jefe de la familia. Esta facultad se ejerce solo por y sobre los ciudadanos romanos.

B. Francia.

En el antiguo Derecho Francés se produjo una larga evolución que, al partir de la autoridad marital romana y del *mundium* germánico, bajo la influencia del Derecho Canónico, de las costumbres y de las ideas de los jurisconsultos, arribó al sometimiento de la mujer a la potestad marital y, finalmente, a su incapacidad civil.

Planiol Marcel comenta que:

¹² BUSSO, Eduardo. “**Derecho Elemental de la Patria Potestad.**” 3ª edición, Editorial Oxford, México, 1990. p. 221.

“A partir del siglo XI, reforzada la cohesión de las familias, también fueron acrecentándose los poderes del marido sobre la mujer. Al redactarse por escrito las costumbres, entre los siglos XV y XVI, ya aparece configurada la potestad marital, que incluía hasta la posibilidad de corrección mediante castigos físicos, así como la sujeción de la mujer a los deberes de fidelidad, respeto y obediencia. Los derechos maritales eran considerados como una consecuencia de las exigencias de la vida común, pues el matrimonio, como toda sociedad, debía tener un jefe que la mantuviera y dirigiera. Inclusive en las regiones de derecho escrito, donde se aplicaba el Derecho Romano, se admitió el derecho de corrección del marido. En los últimos tres siglos de la monarquía, la potestad marital se complementó con la incapacidad de la mujer casada.”¹³

El Código Napoleón no innovó en esta materia; por el contrario, reafirmó la sujeción de la mujer casada a la potestad marital en sus términos más absolutos. Su artículo 213 expresaba terminantemente:

“Artículo 213. El marido debe protección a su mujer, la mujer obediencia a su marido.”

No era, sin embargo, fácil determinar cuál era el contenido de ese deber de obediencia. La doctrina estimó que incluía la facultad del marido de determinar el género de vida de la mujer y de la familia, pero que no podía

¹³ PLANIOL, Marcel. **“Tratado Elemental de Derecho Civil Francés.”** 8ª edición, Editorial Depalma, La Habana, Cuba, 1998. p. 411.

afectar los derechos individuales de la mujer, así como el jefe de la familia podía determinar la religión de los hijos, pero no podía impedir a la esposa practicar la suya. Por otra parte, se afirmó que su gobierno no podía degenerar en despotismo, ni la dependencia de la mujer en servidumbre, por lo que ésta podía recurrir a los tribunales en caso de abuso de poder netamente caracterizado.

En general, los alcances de la potestad marital se consideró que eran los siguientes: la adquisición por la mujer del nombre y, algunas veces, del título honorífico del marido; la elección por éste del domicilio conyugal; su control de las relaciones y la correspondencia de la mujer; su derecho de autorizarla a ejercer una profesión; la dirección del hogar, y la autorización a la mujer para los actos de la vida civil.

La codificación civil del siglo XIX, basada en la napoleónica, se orientó en el mismo sentido que su fuente fundamental, somete a la mujer casada a la potestad marital.

Sin embargo, con las disposiciones de los códigos más modernos o las modificaciones introducidas en los antiguos, puede considerarse consumada la desaparición de la autoridad marital como potestad jurídica en la mayor parte del mundo. La evolución presenta dos fases: en una primera, la supresión de la autoridad marital no implica absoluta igualdad entre los cónyuges, pues se mantiene el carácter del marido de jefe del hogar o su derecho preeminente de decisión en caso de divergencias; en la segunda, la igualdad se hace total. Casos característicos de la primera fase son, por ejemplo, el Código Civil argentino, el alemán, en su texto originario, vigente desde 1900, el suizo, el

italiano de 1942, el portugués de 1966 y las leyes francesas de 1938 y 1942; de la segunda, el Código Civil Federal Mejicano de 1928, la legislación de la Unión Soviética y los países comunistas, y las reformas alemana de 1957, francesa de 1970 e italiana de 1975.

En algunos casos, como el de Francia, se observa claramente el paso por las dos etapas de la evolución, mientras que en otros se pasa súbitamente del sometimiento de la mujer a la igualdad de los esposos, como ocurrió en China con el advenimiento del régimen comunista. Además, en muchos casos, como, por ejemplo, en Alemania, la reforma de la legislación es una consecuencia de disposiciones constitucionales que establecen, o bien, la igualdad jurídica de los cónyuges, o bien, la del hombre y la mujer.

La legislación que reconoce a esta institución, por lo general dota a los padres la posibilidad de elegir entre la Custodia Exclusiva y la Compartida, aunque establece la obligación del Juez de orientar y recomendar la alternativa compartida (Francia, artículo 373-2-12, Suecia). Hoy son incontables los estudios psicosociológicos que avalan la custodia compartida pese al escepticismo inicial.

Existen tantas modalidades de Custodia Compartida como se pretenda, ya decía que es bien difícil acotar la realidad. Cada caso es muy particular, hay que atender a factores como la ubicación geográfica, el horario escolar, la carga laboral de los padres, el número de hijos, etc. Pero existe una subclasificación que de algún modo engloba muchas otras y es la que dirime entre:

Custodia Física Conjunta: Cuando se divide en intervalos similares la permanencia del hijo con uno u otro progenitor. A la vez esta puede tomar muchas manifestaciones, y llegar incluso a situaciones tan creativas como que el menor habite en una misma casa y sean los padres quienes roten de domicilio.

Opinan al respecto Hernández López Aarón y Pérez-Porrúa María, lo siguiente:

“Es más usual en Francia. La legislación norteamericana impone un mínimo de 35% de convivencia con cada uno de los padres a raíz de un estudio realizado por el Centro Nacional de Estadísticas Sanitarias (Nacional Center for Health Statistics, NCHS 1995) que encontró gran disparidad en tales por cientos y propuso fijar una cifra mínima; actualmente los estados de más altos resultados son Montana (44.0%), Kansas (43.6%) y Connecticut (36.4%).”¹⁴

Custodia Legal Conjunta: El menor reside excluidamente con uno de sus progenitores pero tiene una relación fluida con el otro; sin los rigores del régimen de visitas. Los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño (California, artículo 3003).

Específicamente en las normas norteamericanas tenemos que en algunos estados (California, Montana) la custodia compartida comprende tanto la custodia legal como la custodia física; mientras que la custodia legal conjunta

¹⁴ HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón y PÉREZ-PORRÚA SUÁREZ, María. **“El Divorcio.”** 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004. p. 57.

ha sido ya adoptada por la práctica totalidad de los estados, y la custodia física conjunta es la fórmula considerada a priori como más idónea, las cuales además de ser respaldadas por las legislaciones individuales de los estados se encuentran recogidas en la Ley Uniforme sobre Jurisdicción y Aplicación de la Custodia de Niños.

C. España.

El Código Civil español configuraba el sometimiento de la mujer casada a la autoridad marital mediante varias disposiciones: el artículo 57, que le imponía el deber de obediencia, según comenta Cicú Antonio, lo siguiente:

“(El marido debe proteger a la mujer, y ésta, obedecer al marido); el artículo 58, que la obligaba a seguir a su marido dondequiera que fije su residencia, obligación de la cual los tribunales podían eximirla con justa causa... cuando el marido traslade su residencia a ultramar o a país extranjero; el artículo 60, que la sometía a la representación del marido, prohibiéndole comparecer en juicio sin su licencia, salvo para defenderse criminalmente o litigar con el marido; y el artículo 61, que le prohibía adquirir o enajenar bienes, y obligarse, sin licencia o poder del marido, salvo en cuanto a las joyas, muebles y objetos preciosos cuando el marido hubiera consentido su uso y disfrute, al otorgamiento de testamento, y al ejercicio de derechos y deberes relativos a hijos naturales o de matrimonio anterior (artículos 62 y 63).”¹⁵

¹⁵ CICÚ, Antonio. **“Derecho Civil Español Común y Foral.”** 3ª edición, Editorial Temis, España, 1997. p. 191.

Se estimaba que la autoridad marital tenía dos manifestaciones: en primer lugar, la dirección económica de la familia, que atribuía al marido la facultad de determinar el tenor de vida, las sumas que debían ser destinadas al consumo familiar, y las deudas que podían contraerse; en segundo término, la ***auctoritatis interpositio***, que sometía a la aprobación marital casi todos los contratos importantes de la mujer que excedieran de la mera administración. Sin embargo, la doctrina contemporánea se inclinó hacia soluciones que implicaban una revisión del concepto absoluto de autoridad marital. Así, más que una potestad, se la ha llegado a considerar como un derecho-función que debe ser ejercido única y exclusivamente para el mejor gobierno del matrimonio, sin abuso ni desviación de poder, y con recurso judicial para la mujer en caso de incurrirse en ellos. Con relación al deber de obediencia, se señalaba que, a pesar del rigor de los términos del artículo 57, no tenía carácter absoluto y sólo implicaba la exigencia de acatamiento a la voluntad jerarquizada del cabeza de familia en los casos de discrepancia, y en tanto la obediencia no lastimase la personalidad de la esposa. Igualmente, sobre la base del artículo 62, según el cual eran válidas las compras de la mujer para el hogar, se construyó la teoría de que existía un ámbito de poder propio de la mujer, dentro del cual gozaba de plena capacidad.

Por cierto, la potestad del marido no alcanzaba a la esfera puramente personal de la mujer, de modo que no podía prohibirle que profesara sus propias opiniones políticas o religiosas, ni imponerle una manera de vestirse o de nutrirse, ni regular el cuidado de su persona (por ejemplo, imponiéndole o negándole una intervención quirúrgica). En cambio, se admitía cierto control de las relaciones personales, especialmente la prohibición de hacer visitas a

determinadas personas o recibirlas de ellas, salvo que la prohibición fuere inmotivada; se discutía si era admisible el control de la correspondencia, pues mientras para algunos la solución afirmativa resultaba de la autoridad marital, para otros la negativa era consecuencia del secreto epistolar.

El mismo autor menciona que:

“La ley del 2 de mayo de 1975 reformó los citados artículos del Código Civil Español y muchos otros que eran su consecuencia, al suprimir la autoridad marital y llevar a la legislación española a ser incluida entre las que aplican el principio de igualdad total de los esposos.”¹⁶

Por el nuevo artículo 57, “el marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos, y actuarán siempre en interés de la familia.” Según el artículo 58, los cónyuges deben fijar el lugar de su residencia de común acuerdo; a falta de acuerdo, si hay hijos comunes prevalece la decisión de quien ejerce la patria potestad, sin perjuicio de que a instancia del otro cónyuge el Juez pueda determinar lo procedente en interés de la familia, y si no los hay resuelve el Juez. La administración de los bienes de la sociedad conyugal sólo corresponde al marido a falta de estipulación en contrario.

Entre otras disposiciones, se establece que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los esposos, que ninguno de ellos puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiera sido conferida voluntariamente (artículo 63), y que cualquiera de los cónyuges puede realizar los actos relativos a cosas o servicios para atender las necesidades ordinarias

¹⁶ CICÚ, Antonio. Op. cit. p. 192.

de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y las circunstancias y posición de ella.

En relación al tema que nos ocupa, vemos pues como la autoridad paternal es más que eso, no sólo en el revestimiento de una facultad de un encargado del ejercicio de un cargo, sino en una fuerza similar al imperio, que vigorosamente y a la vez en forma severa se exterioriza como un dominio que abarca la protección y la tutela de la familia en forma excepcional y que, obligándola a estarle sometida, establecía un sistema monárquico en la relación familiar. En razón de esas manifestaciones, Petit, expone tres consecuencias principales que se presentan en relación con la protección del hijo:

- 1. “No se modifican a medida de este desarrollo las facultades de los que están sometidos, ni por la edad ni por el matrimonio se les puede liberar;**
- 2. Sólo pertenece al jefe de familia, aunque no siempre es el padre quien la ejerce; mientras le esté sometido, su autoridad se borra delante de la del abuelo paterno;**
- 3. La madre no puede tener nunca la potestad paternal.”¹⁷**

En la actualidad, la patria potestad se explica como la adquisición de ciertas obligaciones, por ejemplo, la obligación de educar convenientemente a sus descendientes; la obligación de dar un buen ejemplo de vida; la obligación mutua de tenerse respeto; y la obligación de los descendientes sujetos a la

¹⁷ PETIT, Eugene. Op. cit. p. 397.

patria potestad de vivir al lado de quienes la ejercen, y sólo podrán abandonar el domicilio cuando el Juez de lo familiar lo autorice o cuando contraigan matrimonio al ser aún menores de edad.

Debe quedar claro que aunque se reconoce el derecho de corregir, esto no implica que en el ejercicio de tal derecho se infrinjan al menor acto de fuerza que atenten contra su integridad física o psicológica o que impliquen actos de violencia familiar.

Todo menor de edad necesariamente está sujeto a la patria potestad de alguno de sus ascendientes hasta que alcance la mayoría de edad, y en caso de que no existiera ascendiente que la ejerciera, el Juez de lo familiar determinará lo conducente.

En un primer término, el ejercicio de la patria potestad corresponde a los padres, si por alguna razón alguno de ellos no puede ejercerla lo hará el otro (el padre o la madre según sea el caso). Cuando faltaren ambos padres, el ejercicio de la patria potestad corresponderá entonces a los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el Juez de lo familiar (abuelos paternos o abuelos maternos). Si no hay quien ejerza la patria potestad en estos términos, entonces se podrá nombrar tutor, que podrá ser alguno de los hermanos, de preferencia los que sean de padre y madre, y a falta de éstos los parientes colaterales hasta el cuarto grado (tíos o primos hermanos).

Para concluir, diremos que, desde que en 1981 se aprobó en España la Ley del Divorcio, el número de rupturas matrimoniales ha ido en aumento. Según los datos del Consejo General del Poder Judicial, en 2002 hubo en ese

país 115.049 demandas por separación o divorcio, un 20% más que en el año 2000.

Toledo Martínez María y Ortega Castro Juan Carlos consideran que:

“En la actualidad, se calcula que el número de parejas separadas españolas ronda 1.800.000, con un total aproximado de un millón de niños afectados por esta nueva situación familiar. Respecto a la asignación de los hijos no emancipados, nuestra legislación establece que sea el Juez quien decida y, a diferencia de otras, distingue entre dos conceptos: la custodia, que se define como la tenencia o control físico de los padres sobre sus hijos; y la patria potestad, que es el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre cada hijo no emancipado.”¹⁸

Según este sistema, después de la separación o divorcio, la patria potestad sigue correspondiendo normalmente a los dos progenitores. Sin embargo, aunque la legislación establece que cualquiera de los cónyuges pueda optar por igual a la guarda y custodia de sus hijos, la estadística se aleja mucho de esta igualdad jurídica: en los procesos de ruptura matrimonial que se producen en España, la custodia de los hijos se adjudica a la madre en el 95% de los casos, y cuando los niños son menores de siete años, la asignación de estos derechos a la madre es prácticamente automática. Además, el progenitor custodio también suele disfrutar en la práctica del domicilio conyugal, por lo que el ejercicio de la patria potestad le resulta mucho más fácil que al otro progenitor.

¹⁸ TOLEDO MARTÍNEZ, María Gabriela y ORTEGA CASTRO, Juan Carlos. **“La Pérdida de la Patria Potestad.”** 3ª edición, Editorial Incija ediciones, México, 2003. p. 86.

Frente a esta situación, que afecta a unos cuatro millones de personas en España entre progenitores, hijos y familiares directos, muchos son los padres que reclaman la implantación de la custodia compartida, también denominada coparentalidad o responsabilidad parental conjunta. Este concepto implica un acuerdo mediante el cual, tras la ruptura matrimonial, los hijos pasan una parte de su tiempo con un progenitor y otra parte con el otro, de una forma más o menos equitativa. El acuerdo se toma a través de la mediación, es decir, mediante profesionales o familiares que llevan a las dos partes a buscar puntos en común acerca de los hijos, y evitar así cualquier litigio.

D. México.

Hernández López Aarón y Pérez-Porrúa María mencionan que:

“El divorcio fue introducido en la legislación civil mexicana, por decreto de 29 de diciembre de 1914 publicado el 2 de enero de 1915 en El Constitucionalista, periódico oficial de la federación que se editaba en Veracruz, sede entonces del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista. En ese decreto, se modificó la fracción IX del artículo 23 de la Ley de 14 de diciembre de 1874 reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal decretadas el 25 de diciembre de 1873.”¹⁹

El divorcio remedio se extiende a hipótesis de abandono de hogar, de malos tratos o de otros semejantes, en los cuales ya no es una falta grave la que origina o causa el divorcio, sino son situaciones más o menos

¹⁹ HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón y PÉREZ-PORRÚA SUÁREZ, María. Op. cit. p. 68.

permanentes, que han vuelto difícil la vida conyugal o han disuelto de hecho la comunidad de vida armoniosa y feliz que debía existir en todo matrimonio.

El autor Busso Eduardo comenta que:

“El divorcio por mutuo consentimiento es uno de los principios de la doctrina liberal, basada en las tesis de los enciclopedistas del siglo XVIII. Estos pensadores en su prurito laicista, de rescatar, según decían, para el Estado y para la sociedad todas las instituciones que la iglesia Católica había absorbido dentro de su jurisdicción eclesiástica, afirmaban que el matrimonio no es más que un contrato civil y que por tanto al ser un contrato civil, puede terminarse por voluntad de quienes lo contrajeron.”²⁰

Al divorcio por mutuo consentimiento, se le ha llamado también divorcio capricho, ya que no es necesario exponer cuál es la causa o razón del divorcio sino única y exclusivamente la voluntad, el capricho de los cónyuges, que no quieren seguir en vida común.

La evolución, puede continuar hacia el repudio, o sea, el divorcio unilateral en el cual una de las partes puede pedir el divorcio sin que la otra se entere.

Nuestra sociedad moderna sólo debe comprobar que el matrimonio ha fracasado para declararlo disuelto, y esa prueba no requiere que sean ambos cónyuges quienes lo acepten (divorcio por mutuo consentimiento), basta que uno solo manifieste que la armonía se ha roto.

²⁰ BUSO, Eduardo. Op. cit. p. 227.

Durante el procedimiento de divorcio, los hijos quedan bajo la custodia de la persona que los divorciantes hayan acordado (artículo 273, fracción I, para los divorcios voluntarios y fracción VI del 282 para los causales) o de quien señale el Juez (artículo 282, fracción VI in fine). Si los hijos son menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo peligro grave para los hijos, según señala el segundo párrafo de la fracción VI del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, reformado el 25 de mayo del 2000 que rectificó actitudes falsamente feministas de las reformas de 1972.

Magallón Ibarra considera:

“La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos conforme a lo que indica el artículo 283, el cual, en la nueva redacción de 1984, otorga facultades al Juez para resolver todo lo relativo a la situación jurídica de los hijos: puede condenarse a uno o ambos de los divorciantes a perder la patria potestad, o quedar esta suspendida, sin que ello implique que se les dispensa de la obligación de alimentarlos, pues ésta deriva de la filiación, y no del matrimonio que ya no existe.”²¹

La obligación alimentaria termina con la mayoría de edad del hijo, a menos que éste se encuentre en estado de necesidad (artículos 287 in fine y 311).

El llamado derecho de visita es objeto de estudio en la dogmática jurídica reciente. Si bien, no se restringe sólo a los hijos de divorciados, es en

²¹ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. **“Instituciones de Derecho Civil.”** T. III 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003. p. 406.

relación con éstos como se presenta con mayor frecuencia y en sus formas más agudas y problemáticas y por eso, parece correcta su inclusión en este apartado.

La expresión derecho de visita, no es del todo adecuada por insuficiente, pero ha tomado carta de naturaleza y es como en la actualidad se conoce a esa serie de relaciones jurídica que la jurisprudencia extranjera, sobre todo francesa, ha hecho extender cada vez a hipótesis más diversas, pero relacionadas siempre con el deseo de un progenitor o un pariente cercano de relacionarse con su hijo o pariente menor de edad, con el cual, por cualquier circunstancia, no convive.

Corresponde la patria potestad por igual a los progenitores, y esto implica que, al vivir juntos, las decisiones concernientes a los hijos no emancipados habrán de ser adoptadas de común acuerdo. En caso de desacuerdo, cualquiera de ellos podrá acudir al Juez, quien atribuirá a uno solo la facultad de decidir. Si se mantienen los desacuerdos, podrá atribuir la potestad a uno o repartir entre ellos sus funciones. Si los padres se hallan separados, se ejercerá por aquél que conviva con el hijo, con la participación del otro que fije el Juez.

La patria potestad la reciben los padres en el momento de nacer el hijo; si éste es extramatrimonial, en cuanto lo reconocen.

Se pierde la potestad sobre el menor por incumplir los deberes inherentes a ella, como consecuencia de una condena penal, o de la

separación, disolución o nulidad del matrimonio. Se extingue por alcanzar el hijo la mayoría de edad o por la emancipación.

En el contenido de la patria potestad se pueden apreciar cinco aspectos.

Personal. En este aspecto deben los padres velar por sus hijos: cuidarlos en forma correspondiente a su edad y circunstancias; tenerlos en su compañía y prodigarles un trato afectuoso; alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, o sea, física, moral e intelectual, en la medida de sus posibilidades. Están facultados para corregirlos de un modo razonable y con moderación; en correspondencia, éstos deben obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo potestad, y respetarles siempre.

Patrimonial. Los padres deben administrar los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios. En casi todos los países ha desaparecido el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos, pero éstos deben contribuir al levantamiento de las cargas familiares cuando sea preciso.

Representación. En los asuntos personales y patrimoniales el hijo no emancipado no puede actuar por sí y en lugar suyo actúa su padre o madre, que lo representan. No pueden representar los padres al hijo cuando exista conflicto de intereses con él; en estos casos se nombrará al hijo un defensor judicial.

Tutela. La tutela es la institución ordinaria de guarda legal de los menores de edad no emancipados que sean huérfanos o cuyos progenitores se hallan privados de la patria potestad, así como los incapacitados por locura o sordomudez, cuando no están sometidos a la patria potestad prorrogada. A los dementes mayores de edad, en cambio, no se les puede nombrar tutor sin previa incapacitación.

La tutela es de ejercicio permanente y habitual: no se nombra tutor para un acto o negocio, sino para cuidar de modo global de las incumbencias patrimoniales y personales del sujeto a tutela.

Se organiza mediante un órgano ejecutivo y de asistencia inmediata: el tutor, y otro que establece al primero y lo vigila: el Juez.

El tutor se nombra entre los familiares más próximos y lo deciden la ley o el Juez. La ley establece un orden de preferencia para ser nombrado tutor, que el Juez puede alterar con carácter excepcional. Es una persona física, aunque pueden serlo las personas jurídicas sin finalidad lucrativa dedicadas a la protección de menores e incapacitados. Puede haber varios tutores, con la misma competencia, o con competencias diferentes. Al tutor le incumbe el cuidado directo del incapaz cuando resulte necesario; la gestión inmediata de sus negocios y administración de sus bienes, y su representación. La relación con el pupilo muestra, en la tutela de menores, semejanza con la **paternofilia**. Actúa en lugar del pupilo siempre que éste no pueda hacerlo por sí, como representante legal. Es administrador legal del patrimonio; para los actos más

importantes precisa autorización judicial y debe rendir cuentas al finalizar la tutela.

Cicú Antonio establece que:

“Guarda de hecho. Esta figura se contempla en el Código Civil español en el capítulo V, título X, libro I. Sin constitución de tutela, cuyas formalidades en la vida real sólo se cumplen cuando hay que enajenar bienes, muchos menores y algunos discapacitados viven en el hogar bajo la hipotética potestad de los cabezas de familia. A estas situaciones atiende el artículo 303 del Código Civil Español, al autorizar al Juez para pedir informes en relación con la persona y bienes del pseudo-pupilo y establecer medidas de control y vigilancia del pseudo-tutor. Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad (artículo 304 del Código Civil).”²²

De lo anterior se puede decir que por lo general, siempre en busca del bien del pupilo, el Juez tiene poderes extraordinarios en el establecimiento de la tutela. Por lo demás, es él quien, tiene noticia del hecho que origina la tutela, dispone que ésta se constituya; señala y exige fianza al tutor; preside la formación del inventario de los bienes del pupilo y determina qué dinero, valores y objetos preciosos han de quedar depositados. Mientras la

²² CICÚ, Antonio. Op. cit. p. 216.

constitución no se perfecciona, asume el ministerio fiscal la representación o defensa del menor o el presunto incapaz (artículo 299-Bis).

“La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Juez, que actuará, de oficio, a solicitud del ministerio fiscal, o a instancia de cualquier interesado (artículo 232), así además puede el Juez establecer en cualquier momento las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en beneficio del tutelado y asimismo, exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o incapacitado y el estado de la administración” (artículo 233).

Expresión de esa vigilancia permanente del Juez sobre la tutela es la necesidad de autorización judicial para cualquier actuación del tutor que exceda de la ordinaria guía de la persona y administración de los bienes.

II. Marco conceptual.

A continuación, trataremos de precisar algunos conceptos que tienen estrecha relación con el tema en comento, para así tener un mejor panorama jurídico y comprender adecuadamente el tema a desarrollar las palabras, guarda, custodia compartida, el derecho de convivencia, así como las semejanzas y diferencias de la guarda y custodia con la patria potestad son términos que enseguida trataremos.

A. Concepto de Guarda.

Al oír la palabra guarda, enseguida nos viene a la mente que es algo que hay que ocultar o esconder.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, Guarda significa:

“El que guarda una cosa.”²³

Para Rafael De Pina, en su Diccionario de Derecho, Guarda significa:

“Cuidar, custodiar, vigilar, cumplir.”²⁴

En relación al tema que nos ocupa, por guarda deberá entenderse, aquélla persona que en su nombre cuida o vigila de otra ya sea por voluntad o por resolución judicial.

B. Concepto de Custodia.

De igual forma que discernimos la anterior definición, corresponderá hacer lo propio con el término “Custodia” el cual nos da la idea de seguir o de vigilar a alguien, de resguardarla o protegerla.

Pero según el Diccionario de la Lengua Española, Custodia significa:

“La persona encargada de custodiar o encargada de escoltar a un preso.”²⁵

Para Rafael De Pina, Custodia es:

²³ Diccionario de la Lengua Española. 4ª edición, Editorial Salvat, España-México, 2003. p. 172.

²⁴ DE PINA VARA, Rafael. **“Diccionario de Derecho.”** 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004. p. 304.

²⁵ Diccionario de la Lengua Española. Op. cit. p. 81.

“La guarda o cuidado de una cosa ajena o vigilancia ejercida sobre persona privada de libertad por autoridad competente.”²⁶

De acuerdo al tema que nos ocupa, la custodia es la acción y efecto de custodiar o guardar con cuidado al o a los hijos por los progenitores o encargados de ello.

Para nosotros la guarda y custodia, son términos semejantes porque nadie puede custodiar a otro, si no tiene la guarda de este, es decir, la guarda es el género y la custodia, la especie o la consecuencia.

C. Concepto del término “compartida”.

Este vocablo está mal empleado, porque en el Diccionario de la Lengua Española, únicamente está, el concepto de Compartido que nos remite a ver la palabra tiempo, sin embargo, sí está compartidor, que significa:

“Aquella persona que comparte en unión con otra u otras.”²⁷

Por lo anterior, consideramos que el concepto Compartida debe cambiarse por alternancia o alternada que está más acorde con los términos de tiempo, espacio y lugar.

D. Semejanzas y diferencias de la Guarda y Custodia con la patria potestad.

²⁶ DE PINA VARA, Rafael. Op. cit. p. 122.

²⁷ Diccionario de la Lengua Española. Op. cit. p. 82.

En primer término, se señalarán las semejanzas de la guarda y custodia con la patria potestad, las cuales son:

- En éstas, se trata de proteger, vigilar y cuidar del menor.
- También procuran ejercerse de manera voluntaria o legal.
- Se trata de procurar el mejor interés del menor.
- Éstas se ejercen por los padres o por quienes estén legitimados a ejercerla.
- En todas se otorga por el Juez cuando hay conflicto familiar y a este le corresponde restringirlos, limitarlas, concederlas o terminarlas.
- Todas, en su mayoría surgen del matrimonio a excepción del concubinato, filiación, reconocimiento, adopción o por resolución judicial.

En Relación a sus diferencias, se puede decir que una es la que distingue básicamente a la Guarda y Custodia de la patria potestad en que las primeras, son derivadas del divorcio y la patria potestad del matrimonio, concubinato, adopción y del reconocimiento.

A manera de resumen, diremos que el término “Custodia Compartida”, también denominada coparentalidad o responsabilidad parental conjunta, parece atentar contra las leyes físicas del espacio y el tiempo, bien es sabido que no se puede estar en dos lugares a la vez.

Chávez Asencio opina que una apropiada definición, para los que gustan de no dejar escapar ningún elemento, puede ser:

“La asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes; el respeto al derecho de los niños a tener presente de forma, afectiva y realmente con un padre y una madre, y el aprendizaje de modelos solidarios entre ex esposos pero aún socios parentales.”²⁸

El mismo autor comenta que otras adquisiciones más pragmáticas podrán encontrarse en la legislación de los estados norteamericanos, donde resaltan las expresiones:

“Igualdad de derechos y responsabilidades (Alabama, Michigan), contacto continuo, frecuente y significativo (Lousiana, Idazo, Montana), bajo su cuidado y supervisión (Missouri) y acceso material a ambos (padres) (Pensilvania).”²⁹

De cualquier modo todas las definiciones redundan en reconocimiento de la responsabilidad de los dos padres para con sus hijos aun luego de la ruptura matrimonial, ejerciéndola de igual manera sin que dicho suceso provoque transformaciones sustanciales.

No obstante, no creo que se trate de redefinir nada, sino de aplicar a uno y otro padre el antiquísimo concepto de custodia.

Al respecto, Belluscio comenta lo siguiente:

²⁸ CHÁVEZ ASECIO, Manuel. **“La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales.”** 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003. p. 97.

²⁹ Ibidem. p. 98.

“Incluso algunos optan por obviar el vocablo, tal es el caso de la legislación francesa donde no encontraran los términos garde (custodia) en toda la Ley sobre la Autoridad Parental que entró en vigor el 5 de marzo de 2002 mientras que solo se habla de autoridad parental (*autorité parentale*) ejercida en coparentalidad (*coparentalité*).”³⁰

Asimismo, opina Royal Segolène:

“De modo similar sucede en las recomendaciones de su Comité redactor canadiense, y que han desahuciado las palabras custodia y acceso por el de coparentalidad. Guante el debate parlamentario francés, su principal promotora Sra. Segolène Royal, Ministra Delegada de la Familia, en su proyecto titulado La reforma de la autoridad parental: los nuevos derechos de las familias se deshizo de algunas otras categorías: es preciso desterrar de nuestro vocabulario esa noción tan absurda como obsoleta del derecho de visita y alojamiento. ¿Qué puede significar hoy para un padre el derecho de visitar a su hijo?, ¿Cómo explicar a cualquier padre que no se trata de una prerrogativa discrecional, que su hijo le espera el tercer sábado del mes y que una falta a esa cita será vivida por el niño como un abandono?”³¹

³⁰ BELLUSCIO, Augusto César. “Derecho de Familia.” T.II. 10ª edición, Editorial Depalma, Argentina, 2003. p. 188.

³¹ ROYAL, Segolène. “La Reforma de la Autoridad Parental.” 2ª edición, Editorial Wis-Hill, Canadá-México, 2005. p. 162.

Esta posición se fundamenta en hacer nacer la institución de Custodia Compartida sobre la negación de todo concepto anterior respecto a custodia y así liberarla de ataduras retrógradas.

Sospechamos que lo incomprensible no hay que buscarlo en las adquisiciones doctrinales, sino en la rica realidad, donde todo se entrelaza y es considerablemente difícil acotar términos.

E. Concepto de Derecho de Convivencia.

De manera general, se puede decir que el Derecho de Convivencia es la facultad que tienen las personas de convivir y estar junto a sus seres queridos ya sean amigos, familiares o sociedad.

En lo que a los hijos se refiere este derecho significa la posibilidad de que los hijos estén con sus padres o con quienes ejercen la patria potestad, pero más aún con quien los hijos deseen estar.

De acuerdo al artículo 4.95., del Código Civil para el Estado de México establece en su fracción III, que al admitirse la demanda de divorcio, o antes, si hubiere urgencia, podrán dictarse sólo mientras dure el juicio de divorcio: A falta de acuerdo entre los cónyuges, la guarda y custodia de los hijos se decretará por el Juez, en función del mayor interés de los menores y de los sujetos a tutela.

Sin embargo, el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 283 establece para el caso en que la sentencia de divorcio no se haya hecho pronunciamiento en relación a la convivencia familiar, los Jueces tienen amplia

facultad para resolver en dicha sentencia de divorcio todo lo referente a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación de acuerdo al caso de que se trate, pero sobre todo en lo que a la custodia y cuidado de los hijos se refiere.

Para tal efecto, si en la sentencia de divorcio se resolvió que ambos cónyuges conservarían la patria potestad de sus menores hijos, y que la guarda y custodia quedaría a cargo de uno de ellos, la fijación de reglas para tal convivencia familiar quedará como un derecho de los padres, íntimamente relacionada al ejercicio de la patria potestad la cual podrá pedirse en juicio autónomo o mediante incidente después de concluido el juicio de divorcio.

De manera general, se puede decir que las legislaciones civiles en el Derecho Mexicano establecen de acuerdo al derecho de convivencia del padre con sus menores hijos que los juzgadores familiares tendrán amplísimas facultades para resolver sobre tal situación, inclusive, sin tomar en cuenta muchas de las veces lo que más le conviene de manera efectiva al menor, aún cuando las legislaciones civiles señalan que se debe tomar en cuenta lo que más beneficia a los menores, razón por la cual, procuramos, por medio del presente trabajo que el juzgador tome en cuenta que el derecho de convivencia efectivamente se cumpla y hacer válido el criterio del menor para que éste de acuerdo a su edad decida convivir o no, con las personas que éste desee.

CAPÍTULO SEGUNDO
PROPUESTA LEGISLATIVA PARA PROMOVER LA GUARDA Y CUSTODIA
EN MÉXICO

El capítulo que a continuación vamos a desarrollar, como su nombre lo indica, tiene como propósito que en el mismo se conozca lo que motivó al legislador con la propuesta realizada, es decir, qué fue lo que se pretendió proteger con dichas propuestas, si se protegió más a los padres o a los menores, y más aún la efectividad de dichas acciones. En este entendido será necesario puntualizar lo siguiente.

I. Decreto del 6 de septiembre del 2004.

En este punto, transcribiremos el decreto mediante el cual se adicionaron y se reformaron algunos artículos del Código Civil, Código de Procedimientos Civiles y el Código Penal, todos para el Distrito Federal. El documento en comentario reza lo siguiente.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL

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

(Al margen superior izquierdo dos escudos que dicen: **GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL.- México, la Ciudad de la Esperanza.- JEFE DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL**).

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

ANDRÉS MANUEL LÓPEZ OBRADOR, Jefe de Gobierno del Distrito Federal, a sus habitantes sabed:

Que la Honorable Asamblea Legislativa del Distrito Federal III Legislatura, se ha servido dirigirme el siguiente:

DECRETO

(Al margen superior izquierdo del Escudo Nacional que dice: **ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.- ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL III LEGISLATURA**).

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL

III LEGISLATURA

DECRETA:

DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y

DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE GUARDA, CUSTODIA Y DERECHO DE CONVIVENCIA DE LOS MENORES SUJETOS A PATRIA POTESTAD.

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

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

I a IV...

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

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

VI a X...

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

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

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

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

Artículo 293. ...

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

...

Artículo 411...

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

Artículo 417...

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

Artículo 447. La patria potestad se suspende:

I a IV...

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

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

SEGUNDO: Se reforman los artículos 205, el primer párrafo del artículo 255; asimismo, se adiciona un artículo 73-Bis, un último párrafo al artículo 114, un segundo párrafo al artículo 123, una fracción al artículo 255 y los artículos 941-Bis, 941-Ter, 941-Quáter, 941-Quintus, 941-Sextus; y se modifica la denominación del Capítulo Único del Título Decimosexto para quedar con el nombre de “Disposiciones Generales”, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal para quedar como sigue:

Artículo 73-Bis. Los Jueces de lo Familiar, respecto a la convivencia de menores, podrán emplear:

I. Arresto hasta por 36 horas.

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

Artículo 114...

I a VII...

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

Artículo 123...

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

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

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

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

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

I a VIII...

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

CAPÍTULO ÚNICO

Disposiciones Generales.

Artículo 941-Bis.- Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus parientes por consanguinidad en línea colateral hasta por el cuarto grado, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y las convivencias de los menores, misma que se verificará dentro de los quince días siguientes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- I. Que haya perdido la patria potestad o llevar a cabo ésta se encuentre suspendido o limitado;**
- II. No tenga la guarda y custodia provisional o definitiva o la tutela sobre él;**
- III. No permita las convivencias decretadas por resolución judicial; o**

IV. Al tener la guarda y custodia compartida, no devuelva al menor en los términos de la resolución que se haya dictado para ello.

Este delito se perseguirá por querrela.

Artículo 284...

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

TRANSITORIOS

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

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

ARTÍCULO TERCERO.- Las presentes disposiciones se aplicarán a todos los procedimientos judiciales y administrativos en trámite ante las autoridades correspondientes y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 94 de Código de Procedimientos Civiles del D.F.; los interesados podrán promover los beneficios que le concede la presente Ley.

Recinto de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, a los veintinueve días del mes de julio del año dos mil cuatro.- POR LA MESA DIRECTIVA.- DIP. JOSÉ JIMÉNEZ MAGAÑA, PRESIDENTE.- DIP. MIGUEL ÁNGEL SOLARES CHÁVEZ, SECRETARIO.- DIP. MARÍA GABRIELA GONZÁLEZ MARTÍNEZ, SECRETARIA.-
(Firmas)

En cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 122, apartado C, Base Segunda, fracción II, inciso b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 48, 49 y 67 fracción II, del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, y para su debida publicación y observancia, expido el presente Decreto Promulgatorio, en la Residencia Oficial del Jefe de Gobierno del Distrito Federal, en la Ciudad de México, a los veintitrés días del mes de agosto del dos mil cuatro.- EL JEFE DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL, LIC. ANDRÉS MANUEL LÓPEZ OBRADOR.- FIRMA.- EL SECRETARIO DE GOBIERNO, ALEJANDRO ENCINAS RODRÍGUEZ.- FIRMA.

Se quiso transcribir en su totalidad el decreto de 6 de septiembre de 2004 en razón de la importancia que tuvo tal reforma y así saber el porqué los ordenamiento procesal civil y el Código Penal para el Distrito Federal también se reformaron porque de no hacerlo, tal reforma quedaría incompleta.

A. Exposición de motivos.

El pleno de la III Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF), aprobó las reformas al nuevo Código Penal, Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en materia de guarda, custodia y patria potestad.

En sesión extraordinaria, la iniciativa propuesta por las comisiones unidas de Administración y Procuración de Justicia y de Atención a Grupos Vulnerables de esa instancia legislativa, contó con 55 votos a favor.

El presidente de la Comisión de Atención a Grupos Vulnerables, José Antonio Arévalo destacó ante el pleno:

“La creación de una nueva figura jurídica de custodia compartida que otorga los mismos derechos y obligaciones a la madre y al padre con las y los niños que hayan procreado, quienes podrán convivir y ser visitados por quien no cuente con la custodia legal”.¹

Dicha iniciativa obliga a ambos padres a notificar y proporcionar número de teléfono, nuevo domicilio, tanto al Juez como a su contraparte para mantener el contacto directo con la niña y el niño en cuestión.

De no hacerlo y de no permitir la convivencia, además de perder la custodia se le impondrá las penas previstas que en materia penal se contemplan, como la multa de 100 salarios mínimos, arresto por 36 horas y hasta cinco años de cárcel. Asimismo, la reiteración inmediata de quien ejerza la custodia del menor, dará lugar a la intervención de Ministerio Público, para ejercer la acción penal correspondiente.

También, la mayoría de las y los asambleístas, aprobaron reformas y adiciones a diversos artículos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, entre ellas las que tienen que ver con el tratamiento de los testigos a fin de diferenciar los mecanismos que se deben aplicar para que una niña o un niño se presenten a declarar en un proceso en el que se les involucre como víctimas.

¹ Exposición de motivos de las reformas del 6 de septiembre del 2004 al Código Civil para el Distrito Federal. El Código de Procedimientos Civiles Código Penal ambos para el Distrito Federal en materia de guarda, custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad, México, 2001. p. 12.

Dichas reformas están orientadas a ampliar las garantías de las niñas y niños en materia de procuración de justicia. La iniciativa fue propuesta por la Comisión de Administración y Procuración de Justicia de ese órgano legislativo.

Alejandra Barrales, diputada del Partido de la Revolución Democrática (PRD), explicó que:

“Con la aprobación de la reforma al Código Penal, uno de los aspectos relevantes, es que se especifican las circunstancias bajo las cuales no se admitirá el perdón de la víctima de delitos sexuales.

Ello, al pensar sobre todo en los intereses superiores de las y los menores e incluso de las mujeres, ya que al contemplarse todavía la posibilidad de que las víctimas puedan otorgar el perdón a sus agresores se genera un círculo vicioso de impunidad”.²

Establecer un régimen de visitas y crear la figura jurídica de la custodia compartida para que las parejas divorciados no se rehúsen a cumplir con el derecho de convivencia entre los padres e hijos, ya que este es el objetivo de la iniciativa de reforma a las disposiciones en materia de guarda y custodia y derechos de convivencia de los menores del Código Civil para el Distrito Federal.

José Antonio Arévalo, presidente de la Comisión de Atención a Grupos Vulnerables de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF), dijo que:

² Ibidem. p. 4

“Los vacíos legales existentes en el Código Civil capitalino en ese aspecto han ocasionado diversas controversias de carácter jurídico, familiar y ocasionado una problemática en materia social”.³

Al inaugurar el Foro Interdisciplinario para promover la iniciativa de decreto que reforma diversas disposiciones en la materia, realizado en el salón Luis Donaldo Colosio de la ALDF, Arévalo dijo que cuanto los padres se separan, las y los hijos se convierten en parte esencial de la disputa.

Dejó claro que por lo regular es la madre a quien se le otorga la custodia del menor, por especificación del artículo 282 fracción V del Código Civil, lo cual imposibilita a los jueces dictar un régimen de visitas, entre padres e hijos que satisfaga una convivencia sana y afectiva entre éstos.

En materia penal, la iniciativa propone adicionar el artículo 173 bis para tipificar como delito la retención del menor a quienes al tener la custodia provisional o definitiva legalmente decretada por resolución judicial, impida la convivencia de la niña o el niño con la persona que tenga reconocido el derecho de visitar y convivir con ellos.

Por su parte, el presidente de Administración, y Procuración de Justicia de la ALDF, el perredista Alfredo Hernández Raigosa dijo que:

³ Asamblea Legislativa del Distrito Federal. **“Comisión de Atención a Grupos Vulnerables.”** Debate de las reformas. México, 2004. p. 2.

“En estas reformas en la materia tendrá que mantener el equilibrio para lograr igual beneficios tanto para la madre como para el padre, porque no se permitirá que en ella exista una tendencia misógina”.⁴

Al respecto, la presidenta del Movimiento de Padres en Defensa de su Paternidad, Rebeca Maldonado comentó que:

“De acuerdo al informe del 2003 del Centro de Convivencia Familiar Supervisada, se registraron 25 mil 728 convivencias, de las cuales sólo 7 mil 730 se llevaron a cabo, que representan el 30 por ciento del total debido a la oposición de quien cuenta con la custodia, sin embargo, esta cifra significa un aumento de un 52 por ciento respecto al año anterior.”⁵

En otra modalidad de convivencia, de entregas y regresos de los infantes, el estudio destaca que se programaron ocho mil 524, habiéndose realizado únicamente dos mil 633, es decir, que representa un 70 por ciento de incumplimientos.

Rebeca Maldonado dijo que:

“Los padres de familia en defensa de su paternidad reconocen el gran paso que se pretende dar para renovar el Código Civil para el Distrito Federal y demás ordenamientos jurídicos”.⁶

Sin embargo, considero que no bastará renovar la impartición de justicia si no se renueva su infraestructura administrativa.

⁴ Ibidem. p. 3.

⁵ Ibidem. p.p. 4 y 5.

⁶ Ibidem. p. 4.

En su intervención, Alfredo Luna, presidente de la Asociación Mexicana de Padres de Familia Separados, comentó:

“Es necesario que se respeten los derechos de las niñas y niños a decidir porque en la actualidad se les ignora y los padres son los que determinan su futuro, al originar un síndrome de alineación parental o rechazo inducido por el otro progenitor. Es decir, esta situación no se contempla en la ley y por ello se demanda imponer sanciones con todo rigor para quien impida el ejercicio a convivir con las hijas e hijos.

Se debe legislar y sancionar como delito grave el Síndrome de alineación parental o rechazo inducido contra el progenitor no custodio”.⁷

El Gobierno Capitalino, respecto a las reformas, sostuvo que:

“El divorcio, la separación o la conclusión del matrimonio no son sólo sinónimos del final de una familia, sino también el principio de un infierno para aquellos hijos que, utilizados por los cónyuges como armas para agredirse mutuamente, sufren por ello depresión, ansiedad, fobias o conductas represivas, lo que al parecer no hay quien impida debido a vacíos legales en el Código Civil.

En el caso del Distrito Federal, desde 1932 esta herramienta jurídica no presenta reformas ni adecuaciones en materia familiar para estar en armonía con la vida moderna, aunque hoy están en proceso de divorcio

⁷ Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Op. cit. p. 5.

más de 20 mil parejas y esa situación tiene graves efectos en miles de niños y adolescentes”.⁸

⁸ Exposición de Motivos de las reformas. Op. cit. p. 8.

⁹ LOZANO RAMÍREZ, Raúl. “**Derecho Civil.**” T.I. Derecho Familiar. 2ª edición, Editorial Pac, México, 2005. p. 167.

¹⁰ Ibidem. p. 9.

¹¹ Asamblea Legislativa. Op. cit. p. 19.

¹² <http://www.asamblealegislativa.com.mx> Reformas 6 de Septiembre del 2004. p. 2.

¹³ Ibidem. p. 3.

¹⁴ Ibidem. p. 4.

¹⁵ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. “**¿Qué es el Derecho Familiar?**” Vol. II. 2ª edición, Editorial Promociones Jurídicas y Culturales, S.C., México, 2000. p. 40.

¹⁶ PÉREZ DUARTE, Alicia Elena. “**Derecho de Familia.**” 2ª edición, Editorial UNAM, México, 1999. p. 72.

¹⁷ DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. Op. cit. p. 358.

¹⁸ CHÁVEZ ASECIO, Manuel, HERNÁNDEZ BARRIOS, Julio. “**La Violencia Intrafamiliar en la Legislación Mexicana.**” 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 2000. p. 6.

¹⁹ FUENTES MARIO, Luis. “**Ámbitos de Familia.**” 2ª edición, Editorial DIF., México, 1990. p. 18.

²⁰ FUENTES, Mario Luis. Op. cit. p. 22.

²¹ Ibidem. p. 23.

El mayor número de separaciones o divorcios ocurre, según diversos estudios, en los primeros dos años de convivencia en pareja. Esto explica en parte que se hayan presentado de 1993 a 2001 más de 54 mil demandas de divorcio, las cuales atienden sólo 40 jueces de lo Familiar en el Tribunal Superior de Justicia del DF (TSJDF), especializados en materia familiar.

Esto implica una saturación de trabajo para quienes deben resolver casi al vapor todo lo relacionado a la guarda, custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad.

Lo más grave sin embargo es la experiencia emocional traumática que sufren los hijos de divorciados, quienes al conocer la decisión de los padres viven una ambivalencia porque ellos quieren de igual forma a la madre y al padre.

En algunos casos, y al depender de la edad, presentan conductas regresivas como mojar la cama, chuparse el dedo o tornarse agresivos porque es la forma de expresar su ansiedad; pero también hay menores que desarrollan un gran sentimiento de culpa, lo cual inhibe su aprendizaje y cambia su conducta en la escuela.

Los más difíciles de detectar son los que se vuelven “niños buenos”, que no dan problema y más tardíamente reciben ayuda psicológica, explica Estela Rubio Murillo, sicóloga de la Infancia y Aprendizaje Escolar.

Lozano Ramírez Raúl, comenta que esta situación ha alertado a las autoridades del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (Unicef), que en voz de Dilcya García Espinosa, oficial de Reformas Legislativas e Institucionales, destaca que:

“La Convención sobre los Derechos de la Niñez y particularmente la Ley para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes recoge los lineamientos y los aterriza en el sistema jurídico mexicano reglamentado en el artículo 4º constitucional, mismo que establece: Los infantes tienen el derecho de convivir de manera plena con sus padres y madres, con su familia extendida (abuelos, tíos, primos, etcétera), a menos que un Juez determine lo contrario”.⁹

Como se sabe, las leyes mexicanas otorgan la custodia de los hijos a la madre en la mayoría de los casos, porque se tiene la creencia de que es ella quien cuenta con mayor capacidad para cuidarlos y criarlos mejor que el padre. Así se especifica en el artículo 282, fracción V del Código Civil.

Empero, este derecho es utilizado muchas veces para manipular o violentar a los miembros de la familia. El abuso de autoridad de uno de los cónyuges puede negar el derecho del otro al impedirle la custodia.

Mientras dura el proceso del juicio de divorcio de uno a tres años o más, los hijos reciben un bombardeo de odio, rencor y violencia contra el otro progenitor, el cual se ha definido como Síndrome de Alienación Parental, cuyas repercusiones en la personalidad del menor aún se desconocen.

Otro riesgo consiste en que uno de los padres secuestre al hijo, se trasladen a otra ciudad e incluso otro país, como forma de vengarse del ex cónyuge debido al abandono, infidelidad o como resultado de desacuerdos económicos.

El mismo autor resalta que:

“Ante los huecos legales y el desequilibrio en la balanza de la justicia, la Asociación Mexicana de Madres y Padres Separados AC (AMMPS) y dos asociaciones más han solicitado a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF) la modificación de 20 artículos de los códigos Civil, de Procedimientos Civiles y Penal en materia de guarda y custodia provisional o definitiva para que se convierta en una custodia compartida”.¹⁰

Raúl Meléndez García, presidente de la AMMPS, resalta que:

“El objetivo es buscar enlaces y mecanismos para poder llegar a una solución eficaz; y uno de ellos es la creación de la figura jurídica de custodia compartida, donde ambos padres compartan la responsabilidad de la educación, cuidados, emociones y vivencias cotidianas de sus hijos. Precisa que hay en su asociación casi 300 padres separados o en proceso de divorcio que buscan la defensa de los derechos de los niños, los cuales, dice, son lastimados y afectados física, mental y moralmente a causa de un mal divorcio o separación de sus padres. Día a día viven

rodeados de violencia familiar y se les utiliza como mercancía, como rehenes, dado que el progenitor que cuenta con la guarda y custodia no les permite ver ni convivir con el otro progenitor; esto con un fin tan banal como el de cumplir sus caprichos, venganzas o simplemente obtener un bien material.

Ante la urgencia de la aplicación de una justicia expedita, apegada a Derecho y prevista en una legislación actualizada, los miembros de la Asociación Mexicana de Madres y Padres Separados, así como otras asociaciones, se acercaron al TSJDF con una llamada de ayuda para resolver dicha situación”.¹¹

En respuesta el tribunal, en la persona del doctor David Vega Vera y el Juez 38 de lo Familiar, Juan Tapia Mejía, elaboró un proyecto de reformas a los códigos Civil, de Procedimientos Civiles y Penal.

Este acercamiento les permitió conocer que desde hace 17 años sólo existen 40 jueces y 12 magistrados de lo Familiar en el Distrito Federal para atender las necesidades de las parejas que desean separarse, al grado que cada Juez atiende un promedio de 521 casos por año (2003), lo que ha provocado rezago en los juicios familiares, que se traducen en procesos largos, costosos y que vulneran los derechos de los hijos.

En la página de Internet <http://www.asamblealegislativa.com.mx> Reformas 6 de Septiembre del 2004 Raúl Meléndez García expresa:

“Hoy la ciudadanía mexicana tomó su responsabilidad, somos vivo ejemplo de una sociedad que dice ya basta; pero con hechos organizados, respetuosos y bien dirigidos. La ciudadanía siempre

presenta sinergias de trabajo que involucran a diferentes entidades gubernamentales para lograr cambios de fondo como éste, que ayudará a las actuales y futuras generaciones, especialmente a los menores. Los padres van a saber que ya no pelearán por la custodia, sino que tendrán que llegar a acuerdos para salvaguardar el sano desarrollo de los hijos: el matrimonio se disuelve, la familia no”.¹²

En el seno del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el Juez 38 de lo Familiar y autor de la redacción de las modificaciones, Juan Tapia Mejía, explica la importancia de llevar a cabo las iniciativas de reforma a las disposiciones en materia de guarda y custodia, así como derechos de convivencia de los menores en el Código Civil capitalino.

En la misma página se cita que:

“Se propone modificar la fracción V del artículo 282, a fin de introducir la figura jurídica en materia familiar de la custodia compartida para transmitir los mismos derechos y obligaciones hacia ambos progenitores y evitar que los menores sean utilizados como elementos de venganza de quien conserva la custodia hacia quien no la ejerce”.¹³

Además existe la propuesta de otorgar facultades al Centro de Justicia Alternativa con el objetivo de auxiliar en la administración de justicia y agilizar la solución de conflictos familiares.

El Juez resalta que con el apoyo del catedrático Fernando Barrera Zamorategui, también se prevé reformar lo relacionado con la retención y sustracción de menores o incapaces, con el fin de sancionar que se impida la convivencia de los menores con el otro cónyuge y otros parientes y castigar la no reincorporación de los hijos al concluir la convivencia, lo que brindaría seguridad a los progenitores que tienen la patria potestad.

En caso de que se evite la convivencia con los menores se ha propuesto adicionar un párrafo tercero al artículo 417, en el que el Juez de lo Familiar podrá dictar el cambio de custodia.

Y en caso de no cumplir la obligación alimentaria, en el Código de Procedimientos Penales, en el artículo 941, se establece la suspensión del derecho de convivencia por este motivo. Además se ejercerá acción penal de uno a cinco años de prisión contra el cónyuge que no permita la convivencia de los hijos con el otro padre o que no reincorpore a los menores al seno familiar.

En la página <http://www.asamblealegislativa.com.mx> Reformas 6 de Septiembre del 2004 se encuentra:

“Hemos escuchado aquí a madres de familia que dicen que si realmente el padre quiere a sus hijos que los deje en paz, los deje de ver, los deje hacer su vida y uno les dice: ¿Cómo? El otro padre, si lo quiere, tiene que acercarse a los hijos para conocer sus necesidades. Y uno como Juez le plantea a la madre: Si usted cree que esto demuestra el amor que le tiene, ¿qué le parece si volteamos los papeles y el niño se queda con él y usted

se aparta de su vida?’ Esto es equitativo, tenemos que razonar las cosas, el niño no es un capricho o instrumento de venganza, comenta Tapia.”¹⁴

De lo anterior se infiere que, de acuerdo a la exposición de motivos sustentada por los legisladores, de manera aparente se busca el derecho de convivencia sana, que tienen padres e hijos, pero al analizarlas detenidamente, nos damos cuenta que favorecen más a los padres que a los hijos y que el legislador no puntualizó en algunos otros derechos preferentes de los menores como son la alimentación, salud y educación entre otros, pero esto, será motivo de estudio en otro capítulo.

B. Ventajas y desventajas.

Como es sabido, toda ley o reforma tiene al entrar en vigor y empezarse a aplicar, sus ventajas y desventajas.

El tema que nos ocupa, no es la excepción y así, dentro de las ventajas se pueden señalar las siguientes.

- Otorga los mismos derechos y obligaciones a los padres con los niños que se procrearon.
- Dichas reformas obligan a ambos padres a tener informado al otro cónyuge y al Juez de su domicilio y cambios de éste, así como de su número telefónico.
- Se tiene una mejor coercibilidad para cumplir con la obligación antes indicada.
- Dichas reformas tienden a cumplir las garantías de los niños y de las niñas en materia de procuración de justicia.

- Se incentiva la figura jurídica de la custodia compartida.
- Que los niños no sean la parte medular de la disputa.
- Se crea también el delito de retención del menor para aquél, que se oponga a la custodia compartida.
- Se pretende que no se utilice a los menores como armas de ataque contra los padres.
- El derecho de cuidar a los hijos se hace más equitativo para los padres.

Como podemos ver, las ventajas en relación a los derechos de los niños son varias pero aún así se dejan algunas lagunas que en otro capítulo se analizarán.

Respecto a las desventajas de dichas reformas del 6 de septiembre del 2004 se pueden señalar, las siguientes:

- No se le dio la importancia debida a un problema añejo, como es el cumplimiento de la obligación alimenticia.
- No se buscaron los medios idóneos para hacer cumplir al deudor alimentista con su obligación.
- Se debió disminuir la edad en los menores para decidir con cuál de los padres se queda.
- No se tomó en cuenta varios de los derechos de las niñas y de los niños.

De lo anterior se deduce que, aparentemente, con las reformas se logró un gran paso en cuanto a la custodia compartida de los padres para con los

hijos, pero debieron ser más acertadas si se toma en cuenta el sentir emocional del menor y la convivencia comprobada de con quién le corresponde estar el hijo.

II. La conceptualización del niño, como ser indefenso de la sociedad. ¿En qué consiste el interés superior del niño?

Las familias son las primeras en cuidar, educar y proteger al menor y sus derechos. Los valores familiares son esenciales para la percepción que tiene el niño de sí mismo y del mundo en el que vive, cuando por la razón que sea, la familia no cumple con esa obligación y responsabilidad, se desmorona la primera línea de defensa del niño contra un mundo incomprensible e inseguro.

El Doctor en Derecho Julián Güitrón Fuentesvilla opina lo siguiente:

“La familia es la base de la organización social y responsable para formar la personalidad de los individuos, debe enseñar y promover los valores morales, humanos, sociales, culturales e incluso religiosos de la vida en sociedad y con base en ellos a relaciones socialmente, ya que es una institución que el Estado y los individuos deben proteger para que su núcleo sea el ambiente idóneo para educar al niño.

La desunión familiar no sólo ocurre en la actualidad sino que ha ocurrido a lo largo de la historia de la humanidad. Es uno de los problemas más graves y dolorosos de la sociedad moderna. Es quizás la primera causa de deserción familiar, además de lo escolar da origen a la huida infantil y

al resentimiento social. La vida de miles de niños se ve amenazada por los malos tratos que reciben de sus familiares divorciados, instituciones y sociedad en general.”¹⁵

Dicho maltrato con sus modalidades, ocurre en todos los estratos sociales, pero es más recurrente en ambientes sociales marginales o especialmente difíciles, que padecen los efectos de la suma pobreza, nula instrucción académica o toxicomanías. Es una vergüenza social, un déficit de humanidad, sensibilidad y cultura cívica que duele asumir como lo que es, una enfermedad del sistema de convivencia social que crece día a día entre la sociedad mexicana y que descarga sus frustraciones en los más débiles: los niños.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad, por lo tanto debemos fortalecerla pues para los niños donde empieza la familia, empieza la calle, que se les presenta en un principio atractiva por la falta de reglas. Cuando la familia no puede o no quiere cumplir con sus obligaciones naturales y jurídicas hacia sus hijos, el Estado debe presentar y crear alternativas para que estos no sean arrojados al arroyo a descomponerse y devolverle a la sociedad a corto plazo, ciudadanos inconformes, resentidos, delincuentes e irresponsables que repiten hacia sus hijos la misma conducta.

También corresponde a la sociedad en su conjunto pugnar para que se aumenten los niveles educativos de la población, principalmente entre la población infantil menos favorecida económica y culturalmente ya que resulta

más fácil y económico invertir en educar a los ciudadanos desde la infancia que castigar y mantener a adultos irresponsables, improductivos y delincuentes. Además, un adulto con educación procurará una familia con educación y de esta manera disminuirá la carga real del Estado en esta materia a largo plazo.

No sólo la familia sino solidariamente con ella el Estado y la sociedad en su conjunto tienen el deber de velar por los derechos de los menores, pues es la etapa de la vida en que una persona tiene un mayor grado de vulnerabilidad, al correr el peligro de ser sujeto de maltrato por acción u omisión, debido a abusos, explotación y corrupción. Como miembro de las Naciones Unidas, México comparte la inquietud y el interés de las demás naciones para perfeccionar estos derechos del niño.

Consideramos fundamental la creación de aquellos programas que estén dirigidos a educar a los padres en su función de guías de sus hijos, al orientar a la familia a la unión y al respeto, haciéndoles saber que existen métodos diferentes de corrección y límites legales a su derecho de educación al incurrir en el delito de maltrato físico y psicológico. Podemos aprovechar los estudios de audiencia elaborados por los diversos medios de comunicación para que sean difundidos de tal manera que lleguen a la mayoría de la población.

Es necesario que el Congreso regule específicamente los límites al derecho de corrección y convivencia que los padres, tutores y maestros tienen sobre sus hijos, pupilos y alumnos a fin de imponer penas que vayan desde la amonestación hasta la sanción económica, pérdida de la patria potestad permanente y prisión, al haberse constituido el abuso de este derecho como

causa primordial de deserción familiar y escolar por parte de los infantes maltratados.

El derecho a corregir de los padres termina cuando el castigo físico atenta contra la dignidad y la autoestima del niño o le causen daños emocionales, es por esto que la mejor manera de evitar conductas indeseables siempre será previniéndolas. Cualquier atención que se proporcione a un niño, debe ir perneada de un espíritu educativo.

Pérez Duarte Alicia Elena considera que todo programa y ley dirigida a la protección del menor deberá tomar en consideración los derechos que tienen los niños a:

- **“La completa protección penal.**
- **Preservar su integridad corporal dentro y fuera del hogar.**
- **Emanciparse de una relación destruida.**
- **La representación legal en caso de ser necesario.”¹⁶**

Cualquier esfuerzo para mejorar la sociedad resultara inútil si no ponemos atención a la crianza sana, feliz y constructiva de nuestros niños. Hay que dar énfasis a la educación tanto de los mayores como de los pequeños, solo así lograremos que perduren los valores fundamentales.

Es aquí donde el Estado debe invertir su mayor esfuerzo, si respondemos en forma adecuada a esta apremiante realidad social y moral, empezaremos a caminar hacia un mejor futuro.

En relación al interés superior del niño, este consiste en que el legislador, juzgador, padres y sociedad en general deben buscar lo que más convenga o beneficie a este en razón del lugar, actividad o educación que este reciba es decir, en términos generales, debe prevalecer el beneficio que más se obtenga de la guarda y custodia del infante para un adecuado desarrollo psicoemocional.

II. La Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal.

La protección jurídica y social descrita en forma de modelo, se fundamenta jurídicamente en la Convención sobre los Derechos de las Niñas y los Niños, pero especialmente emana de la necesidad de dotar a la niñez de instrumentos que posibiliten su desarrollo integral. En tal virtud, afirmamos que la actividad legislativa del Distrito Federal tuvo como fin, desarrollar en leyes ordinarias, los postulados y contenidos de la citada Convención y, de esa manera alterar en forma positiva la situación de la niñez y la adolescencia.

De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto opinan al respecto que:

“Este es el marco en el que la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal se sitúa, partir de los derechos reconocidos en la Constitución Mexicana y en la propia Convención sobre los Derechos de las niñas y los niños, reconocer los derechos complementarios, delimitar las responsabilidades de cada individuo en la

sociedad a favor de la infancia, a través de la función protectora o tutelar y determinar los lineamientos precisos para la implementación de políticas y el desarrollo de sus respectivas funciones y acciones de gobierno por los diferentes organismos administrativos, para favorecer a las niñas y niños que tienen derecho a los servicios y beneficios de la política social grupo de atención prioritaria, a los que están en riesgo de ser privados de sus derechos y a quienes por acción u omisión ya se encuentran privados de ellos.”¹⁷

Chávez Asencio y Hernández Barrios Julio expresan que la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal contiene cuatro vertientes:

- **“Los principios normativos.**
- **Los conceptos y las definiciones esenciales.**
- **Las disposiciones que determinan atribuciones concretas a los Órganos Locales de Gobierno del Distrito Federal.**
- **El establecimiento de acciones afirmativas por parte del gobierno, para la aplicación de las normas y las medidas contenidas en la Ley”.**¹⁸

La Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal no sólo pretende ser una Ley marco, sino establecer mecanismo en el orden jurídico y social para la adecuada atención e integración social de las niñas y los niños, y debe manejar las cuatro vertientes referenciales; ya que son las que dotan al instrumento normativo de plena eficacia jurídica. Sería

precisamente la falta de alguna de ellas lo que dejaría al documento normativo, privado de la capacidad de cumplir los objetivos propuestos.

La ley pretende asimismo, establecer y aterrizar principios fundamentales en las actuaciones a favor de la niñez, tales como: el interés superior de la niñez, la no discriminación, la corresponsabilidad o concurrencia entre familia, sociedad y gobierno, el reconocimiento de la diversidad de necesidades y etapas de desarrollo, que requieren respuestas gubernamentales adecuadas a las mismas: la igualdad y equidad para la niñez, que la familia sea el espacio primordial para su desarrollo; el derecho a una vida libre de violencia y respeto a la diversidad cultural.

El fortalecimiento del papel de la familia y el derecho de las niñas y los niños a la preservación de su medio familiar; el objetivo rehabilitador de toda intervención protectora; la primacía de programas sociales que proporcionen adecuada asistencia a las niñas y los niños afectados; y la necesaria diferenciación de funciones entre órganos judiciales que se encargan de impartir justicia, los administrativos, quienes intervendrán para restituir los derechos que hayan sido violados son, entre otros, los criterios que vinieron a reforzar los planteamientos innovadores contenidos en la Ley.

La Ley en comento prevé la creación de instancias de concertación de acciones a favor de la niñez y la adolescencia, denominadas Consejos, donde confluyen entes gubernamentales y organizaciones de la Sociedad Civil, y ser constituidas tanto a nivel central como en cada una de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal.

Cabe mencionar que el reconocimiento del interés público sobre el ejercicio del cuidado y la asistencia de los padres y las madres a sus hijas e hijos, es un principio esencial derivado del artículo 19.1 de la Convención, mismo que ha cuestionado la tradicional concepción de la patria potestad como una relación jurídica de orden estrictamente familiar, sometida a criterios de privacidad y de intimidad, puesto que ha permitido configurar y legitimar socialmente la intervención de los poderes públicos cuando la niña o el niño se encuentre en riesgo o peligro, mientras está bajo la custodia de quienes ejercen la patria potestad o de cualquier otra persona.

Fuentes Mario Luis comenta:

“La ley aprobada, define al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal (DIF-DF), como el órgano de la Administración Pública que realizará la intervención socio-familiar, que dé amparo jurídico-social a las niñas y los niños privados de sus derechos fundamentales, en virtud de su tradicional función integradora de la familia y protección a la niñez y adolescencia”.¹⁹

La función decisoria y de tutela judicial, no cabe duda, debe ser realizada por los Jueces de lo Familiar, quienes en el ejercicio de sus funciones, deben actuar siempre en cumplimiento del Interés Superior de la Niñez. El diseño y la operación de un nuevo modelo de atención a las niñas y los niños privados de sus derechos requiere una minuciosa articulación de las medidas de protección jurídica precisas para dotar de eficacia a las intervenciones de carácter psicosocial y educativo que deban realizarse. La reforma al Código Civil fue una oportunidad que hubiera permitido articular de

una manera completa, el sustento jurídico del nuevo modelo de protección jurídico-social de las niñas y los niños del Distrito Federal, hecho que no sucedió.

De no haberse aprobado la Ley, sería menester abrir un proceso no excesivamente dilatado en el tiempo, pero que ofrezca la posibilidad de regularizar la normatividad, los recursos existentes, los nuevos procedimientos e incluso generar recursos alternativos a los actuales que permitan diversificar las posibilidades de actuación con las niñas y los niños dadas las distintas realidades sobre las que habrá de trabajar.

La Ley, necesariamente busca abordar un número de tareas complejas, y propiciar la discusión sobre las acciones pendientes a favor de la niñez y la adolescencia. No parece exagerado por ello, plantear la necesidad de un plazo transitorio de puesta en ejecución del nuevo modelo que otorgue un período próximo al año para el abordaje paulatino y programado de todas las tareas apuntadas.

Esta protección jurídica puede dividirse en dos niveles; uno sustantivo y otro adjetivo. El primero de ellos consiste en declarar que las niñas y niños son sujetos de derecho, y como consecuencia de lo anterior, el segundo nivel se refiere al reconocimiento legal de todos los derechos que le asisten en materia de derechos humanos, así como los principales dentro de los cuales debe de gozarse y ejercitarse.

La administración de justicia presenta dos variantes; la primera es aquélla que se construye para la restitución del o los derechos violados a la

niñez y la adolescencia, es decir, cuando ellas o ellos son víctimas, por acciones u omisiones de su padre, madre o tutores responsables, sociedad o Estado; y la segunda se refiere a la adopción y aplicación de medidas socioeducativas para aquellos adolescentes que se les ha comprobado haber cometido infracciones a las leyes penales. En ambos casos se deben respetar todos los derechos que les son propios.

Por su parte, la Protección Social de la niñez se equipara con la generación de sistema de protección social públicos, el desarrollo de prestaciones sociales de manera sistemática; en fin, la constitución de un sistema de Servicios Sociales paralelo al sistema educativo o de salud.

Fuentes Mario Luis continúa al decir que:

“Este tipo de protección tiende a redefinir la construcción de las Políticas Públicas para que los derechos y principios declarados no sean retóricos, y concertar con la sociedad civil, corresponsabilidad en el desarrollo de las mismas, lo que no significa desde ningún punto de vista que el poder político eluda su responsabilidad frente a la sociedad como Estado, o que traslade a ésta, el cumplimiento de obligaciones que le son propias por su naturaleza o esencia. Estas políticas deben incorporarse a un esquema de actuación pública generadora de acciones dirigidas a ofrecer una atención integral a todas las niñas y niños que se encuentren en el ámbito de actuación de los poderes públicos”.²⁰

De esta manera, sus derechos como: alimentación, salud, educación, el respeto a la integridad, intimidad y protección al medio de convivencia, a las

relaciones familiares, a sus opiniones, a su necesidad de estar informado, a condiciones de bienestar adecuadas y dotar de seguridad su vida, entre otras, se convierten en condiciones esenciales para el desarrollo evolutivo de la personalidad humana y por lo tanto, como cita Fuentes Mario Luis, en objetivos necesarios de las políticas públicas de atención a la niñez y la adolescencia, como son:

- a) **“Políticas de provisión de servicios que aseguren condiciones de vida mínimas en relación con los derechos económicos, sociales y culturales que les corresponden y el mayor nivel de recursos disponibles.**
- b) **Políticas de protección y garantía del ejercicio de los derechos, tanto en su vertiente preventiva, compensatoria, como en la de restitución de derechos frente a situaciones de privación.**
- c) **Políticas de promoción que contemplen tanto acciones de participación como de divulgación y extensión de los derechos.”²¹**

Por lo anterior, creemos que las políticas de prevención al menor deben incrementarse y más que sancionadoras deben ser preventivas-sancionadoras, al tomar siempre en cuenta los principios generales del derecho y el derecho civil en lo que a protección del menor se refiere.

No es suficiente reconocer que los derechos de estos menores han sido confiscados y que debemos hacer todo lo posible para devolverles los cuidados y protección que como infantes merecen. Debemos reflexionar y analizar si la familia, sociedad y Estado están en cumplimiento o no con sus obligaciones

hacia los niños, pues la milenaria conducta de olvido infantil adquiere cada vez un rostro más joven.

CAPÍTULO TERCERO

NATURALEZA JURÍDICA DE LA GUARDA Y CUSTODIA

Con el propósito de ahondar sobre el tema que nos ocupa, consideramos pertinente desentrañar lo referido a la naturaleza jurídica de la guarda y custodia en el derecho mexicano para así tener una comprensión adecuada sobre los tópicos que se estudian. Ante tal situación nos es preciso desarrollar los puntos siguientes.

I. Concepto de Naturaleza Jurídica. Su aplicación en la guarda y custodia.

Al hablar de naturaleza jurídica, nos remontamos a la esencia de las cosas, en este caso de la guarda y custodia es decir, cual fue intención o pensamiento del legislador al emitir tal precepto. Obviamente esto, no es único en la emisión de leyes ni tampoco prevé todas las situaciones de hecho y de derecho que puedan presentarse.

De manera general se puede decir que naturaleza jurídica significa, todo lo que constituye el fundamento de una ley o de algo para su realización, qué fue lo que motivó a tal disposición, es decir, en qué consiste, de qué está hecho y hacia dónde se dirige.

En su obra Etimologías Grecolatinas del Español, el autor Mateos M., Agustín opina que:

“Las palabras guardar y custodiar proceden, respectivamente, del germanesco *wardon* que significa cuidar, y del latín *custos* derivado de *curtos*, forma agente del verbo *curate*, que también quiere decir cuidar.”¹

¹ MATEOS M., Agustín. **“Etimologías Grecolatinas del Español.”** 7ª edición, Editorial Esfinge, México, 2004. p.p. 88 y 89.

² Instituto de Investigaciones Jurídicas. Op. cit. p. 102.

³ Semanario Judicial de la Federación. T. XVI. 2ª Sala, Vol. II, 9ª Época, Mayo-Junio, México, 1996. p. 818.

⁴ URE, Alberto. **“La Custodia de los Hijos.”** 2ª edición, Editorial Bosch, España, 1999. p. 114.

⁵ PETIT, Eugene. Op. cit. p. 512.

⁶ CASTÁN VÁZQUEZ, Enrique. **“La Guarda y Custodia de los Hijos.”** 4ª edición, Editorial Delma, Argentina, 2000. p. 220.

⁷ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. **“Derecho de Familia. Edición revisada y actualizada.”** 2ª edición, Editorial Oxford, México, 2005. p. 277.

⁸ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Op. cit. p. 213.

⁹ PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. **“Los Derechos de los Padres y de los Hijos.”** 3ª edición, Editorial Congreso de la Unión, México, 2004. p. 67.

¹⁰ BELLUSCIO, Augusto César. Op. cit. p. 309.

¹¹ Ibidem. p. 509.

¹² Ibidem. p. 521.

¹³ Ibidem. p. 522.

El Diccionario Jurídico Mexicano cita que por guarda de los hijos 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.”²

En esta acepción genética 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.

Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación sustenta la tesis siguiente:

“La no existencia de la guarda material de la persona del hijo implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor y constituye una prerrogativa de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente y procurarlo en la satisfacción de todas sus necesidades.”³

Es de observarse que, al menos en su origen, la figura que analizamos implicaba la obligación de conservar en calidad de depósito la persona de los descendientes inmediatos conforme a instrucciones precisas.

Así, en el Código Civil para el Distrito Federal y en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, quedan vestigios de que se daba a la guarda de hijos un carácter similar al de depósito o secuestro judicial, para fijar una nueva situación 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.

Por extensión se llama además “guardador de hijos”, a la condición de hecho en que se coloca aquella persona que acoge bajo su dependencia habitual a un menor sin que hubiese quien ejerza la patria potestad sobre él y no tenga tutor.

Advierte Ure que:

“Esta última acepción se refiere a los menores que sin estar unidos por vínculos familiares o legales, se incorporan con carácter estable al núcleo familiar, al mantener relaciones domésticas con el jefe del mismo, de suerte 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 por cualquier causa, se halla bajo su cuidado y bajo su protección.”⁴

En algunas legislaciones como la chilena, se reglamenta con el nombre de guarda a la tutela, y en otras, se le confunde con la llamada tutela de hecho o falsa, en la que el tutor, carece de título, actúa como tal, misma a la que el Código Civil colombiano le atribuye obligaciones y responsabilidades del verdadero tutor, sin perjuicio de no comprometer al pupilo sino en cuanto sus actos reporten ventaja.

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 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 el Derecho Romano, opina Petit Eugene:

“Era la custodia una especie de diligencia que consistía en mantener el cuidado necesario para conservar la cosa ajena y en vigilarla para que no se perdiese, extender la responsabilidad del deudor hasta los casos fortuitos con el hurto o la huida del depositado.”⁵

En el Derecho Moderno esta última responsabilidad se ha desechado, pero ha tomado carta de naturalización un concepto de “guardián jurídico” que

corresponde al poder efectivo de dirección, siempre que el custodiante, en virtud de alguna circunstancia de hecho, no se encuentre imposibilitado de ejercerlo, de modo que la repetida responsabilidad sólo se conserva parcialmente.

En nuestro sistema legal los que ejerzan la patria potestad y los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos, y cesar su responsabilidad cuando los incapacitados se encuentren bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, talleres, etc., pues entonces les corresponde a éstos.

Cabría clasificar la guarda de los hijos 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 en la presencia de una atención ilimitada, mientras que en el segundo, el control se restringiría a los fines que determinaron la necesidad de la medida ordenada.

No obstante, creemos que el guardador siempre deberá actuar con plenitud de facultades y obligaciones, mientras no le sean expresamente prohibidas por quien le confirió el cargo o por la ley.

Otras divisiones podrían ser provisional o definitiva conforme al lapso que dure la guarda, natural o judicial y única o múltiple que no requieren explicación.

El medio usual de constituir la guarda de los hijos, es la de hacerse constar por escrito en un convenio homologado ante el juez 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.

Pero podría llevarse a cabo en forma verbal, cuando el lapso que vaya a durar la guarda no lo amerite, como en el caso de nodrizas, institutrices académicas o de la popularizada actividad norteamericana conocida como ***baby sitters***, que toman a su cuidado, por horas, la atención personal de criaturas.

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

Sin embargo, a falta de disposición expresa, incumben al guardador los derechos y las obligaciones habituales de un buen padre de familia, se incluye 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 existe estrictamente posesión objetiva sobre la persona del hijo, esta circunstancia pone de manifiesto que cuando se habla del derecho de retener o reclamar a los hijos, se plantean cuestiones en sentido figurado.

Desde luego, la convivencia puede llevarse a cabo en el 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 cuál de los cónyuges han de quedar los hijos, al tomar en cuenta fundamentalmente la conveniencia de éstos, sin perjuicio de oírlos personalmente cuando tuvieran el suficiente discernimiento para modificar el lugar de residencia.

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

Castán Vázquez indica dos casos de reclamar al hijo:

“Cuando éste abandona la casa paterna y cuando un tercero impide que ingrese a la misma. Independientemente de que en el segundo supuesto es indiscutible el derecho del guardador frente al tercero que podría colocarse en el papel de autor de actos ilícitos, tratándose del abandono voluntario, nuestro sistema legal faculta a las autoridades para auxiliar a los que custodian hijos para hacer uso de amonestaciones y correctivos

que presten el apoyo suficiente para hacerlos regresar al hogar, pues los que se encuentren bajo la patria potestad no podrán dejar la casa de los que la ejercen sin permiso paternal o judicial. Al efecto, resaltan las facultades de los Consejos Tutelares para internarlos indefinidamente en sus instituciones o establecimientos de estudios de personalidad, para su readaptación en el caso de que infrinjan leyes penales o reglamentos de policía y buen gobierno, o manifiesten otra forma de conducta que haga presumir, fundamentalmente, una inclinación a causar daños a su familia, a la sociedad, inclusive a sí mismos.”⁶

La guarda de los hijos se constituye desde que se establece por los interesados la patria potestad o la tutela, así su ejercicio exclusivo depende de ellas; pero bien puede ser instituida por el juez familiar en los casos de procedimientos de divorcio o de nulidad de matrimonio.

Se modifica dicha guarda de común acuerdo por los interesados o por el Juez, de acuerdo a las nuevas circunstancias que así lo reclamen.

Se extingue la repetida custodia por muerte de los afectos, por vencimiento del plazo prefijado, por haberse concluido la patria potestad o tutela que le dio origen y por resolución judicial dictada en incidente por el cual se acredite la inconveniencia de la medida.

El Código Civil para el Distrito Federal refiere a la guarda o custodia de los hijos o incapaces en general en las siguientes disposiciones:

- En el artículo 259 a propósito de los efectos de la sentencia de nulidad de matrimonio, cuando deja a los ex cónyuges la posibilidad de proponer su custodia, debe resolver el juez conforme a criterio debidamente fundado;
- En el artículo 273 cuando requiere a los divorciantes voluntarios para que designen persona que se haga cargo de los hijos;
- En el artículo 283 cuando determina que los hijos quedarán en poder del cónyuge indicado;
- En el artículo 378 cuando faculta a la mujer lactante que ha satisfecho posesión de estado, para no entregar al niño a su cuidado sino por sentencia ejecutoria;
- En el artículo 380 cuando previene la facultad judicial de resolver si los padres, que vivan separado, no se ponen de acuerdo siempre que hubieren reconocido al hijo al mismo tiempo;
- En el artículo 381 cuando admite el derecho de los padres para ejercer la custodia, conforme al orden del reconocimiento del hijo;
- En el artículo 413 cuando indica que el ejercicio de la patria potestad se sujeta en cuanto a la guarda de menores, a las modalidades precisadas con anterioridad;
- En el artículo 423 cuando faculta a los que ejercen la patria potestad para corregir a los hijos bajo su custodia;
- En el artículo 444 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;

- 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 el hecho 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 recientemente 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 menos que se este en los casos de excepción legal.

II. Naturaleza Jurídica del Derecho de Convivencia.

Antes de hablar sobre la naturaleza jurídica del Derecho de Convivencia, será oportuno decir que en nuestro derecho, la pérdida de la patria potestad significa, que al titular de ella, sólo le quedan las obligaciones y no los

derechos; quiere decir, que en el supuesto de un menor de un año de edad, no podrá volver a verlo físicamente en los próximos diecisiete años, ni participar en su educación, ni auxiliarlo en caso de enfermedad, ni siquiera de poder llevarlo de vacaciones.

Perder la patria potestad significa pagar una pensión alimenticia, a veces hasta del 50 por ciento de las percepciones de quien tiene obligación de mantener al hijo, de proveerlo de los medios para su educación, su esparcimiento, su alimentación, sin tener derecho a participar en la formación de ese menor.

Perder la patria potestad es la sanción impuesta por el Juez Familiar, a su criterio; según el interés que él considere mejor para el menor, sin tomar en cuenta circunstancias personales, que simplemente de un plumazo el Juez termina con la vida de una familia y con el futuro de un menor.

Los autores Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Baez, Rosalía considera que perder la patria potestad ha sido una de las ofensas más graves del Código Civil vigente para el Distrito Federal, en contra de la familia mexicana, sobre todo de los menores de edad, entre otras por las siguientes razones:

“Primera: El legislador, en su afán de castigar al cónyuge culpable, no consideró que un hijo sin padre, pierde más, que un padre sin hijo.

Segunda: Que en 1983 se reformó la Ley, concretamente el artículo 283 del Código Civil, para dar al Juez Familiar poder omnímodo para que él a

su juicio, a su criterio, y atender a razones de pesos, determine a quien le toca la patria potestad ante el conflicto de un divorcio.

Tercera: Que al haberse reformado el artículo 283 y suprimirse el que determinaba a quién correspondía la patria potestad, al tomar en cuenta la causal de divorcio, ahora ha quedado sólo en manos del Juez Familiar, decir, independientemente de que la causa del divorcio sea adulterio, alcoholismo, corrupción de los hijos, bigamia, drogadicción y otras causales, el Juez como señor de horca y cuchillo, a la usanza del poder familiar del Derecho Romano, dice y ordena a quien le toca la patria potestad.

Cuarta: Que al violar los derechos humanos fundamentales del menor, es el único a quien no se le pregunta ni se toma en cuenta para sancionarlo a él también, con perder a su padre o a su madre, según sea el caso.

Quinta: Los mismos legisladores de 1983, adicionaron el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, con la fracción XVIII, establece como causal de divorcio, la separación del hogar conyugal por un lapso de dos años, sin importar la causa; es decir, aquí no hay inocente ni culpable, no hay responsabilidad del que se va ni del que se queda; no hay obligación de alimentos ni de garantizarlos, y eso sí, al decretarse el divorcio por la simple separación de los dos años, nuevamente el infalible Juez Familiar, decide en el caso de que haya menores, si estos deben irse con el padre que abandonó a la madre o con la madre que quedó burlada en el domicilio conyugal; todo esto, sin tomar en cuenta al menor, ni al Ministerio Público, ni a la familia, la sociedad o al Estado.”⁷

Ante esta serie de infamias, cabe preguntarse, si el Código Civil para el Distrito Federal debe regir la vida de la familia mexicana, y sobre todo, si debe mantenerse como sanción la pérdida de la patria potestad, porque en la práctica se ha visto que sólo ha servido para enriquecer a funcionarios corruptos y para satisfacer a padres sin escrúpulos, que utilizan a sus hijos como medida de presión y chantaje moral para hacer pagar culpas al otro cónyuge, por un mal comportamiento, que en última instancia debe perjudicar al padre o a la madre, según sea el caso y no al menor, quien ni siquiera ha sido tomado en cuenta al decretarse la sanción y sí recibe, en carne propia, las consecuencias de las faltas cometidas por sus padres. Ante esto, reafirmamos nuestra posición de que el Código Civil para el Distrito Federal es obsoleto. Que urge una nueva legislación familiar de vanguardia, que rijan en forma equilibrada y justa, las relaciones de padres e hijos.

Ahora bien, después de esta referencia, sabemos que el núcleo familiar es una de las instituciones sociales más antiguas de la humanidad, y desde siempre ha sido la fórmula más idónea y eficaz para educar al ser humano en sociedad. La familia, por sus características de solidaridad entre sus miembros, es garantía para que la sociedad se mantenga una línea de integración, elemento clave para su desarrollo armónico y preservación.

Güitrón Fuentevilla Julián expresa que:

“La palabra familia tiene una connotación más restringida, a la que se ha llegado después de una larga evolución, y comprende únicamente a los cónyuges y a los hijos de éstos que viven bajo un mismo techo. En este sentido, se puede hablar de la familia doméstica en oposición a la familia

gentilicia. Como una huella de la antigua *gens romana*, el concepto de familia doméstica se amplía de manera que pueden quedar comprendidos en ella el cónyuge del hijo o de la hija y los descendientes inmediatos de éstos (nietos), aunque no vivan en la misma casa.”⁸

En México, las características de la familia varían debido a las condiciones sociales, las costumbres, el origen, las tradiciones prevalecientes en las diferentes y dilatadas regiones, de nuestra geografía. Históricamente ha respondido con generosidad y lealtad a las aspiraciones de bienestar de sus miembros, así como a los retos que impone el desarrollo nacional.

El núcleo familiar ha sido respetado aun en las épocas más aciagas por las que ha pasado la humanidad; en ella ha tenido el hombre una opción para ejercer y preservar sus libertades, costumbres, tradiciones y forma de vida. Ha coadyuvado al desarrollo de los pueblos, porque en su seno también se reflexiona sobre problemas y aspiraciones sociales. Parte del quehacer familiar es la enseñanza y fomento de los valores morales, el amor a la patria y el respeto entre las personas. La fortaleza y larga vida de esta institución radica en que, hasta ahora, ha sido intocada por las diferentes formas de corrupción. Por ello es deber ineludible del Estado y de la sociedad protegerla y respetarla.

Respecto a los niños y menores de diez y seis años, la ley protege de manera especial sus derechos.

Pérez Contreras María de Montserrat comenta:

“Desde el punto de vista biológico, se llama menor de edad a la persona que desde el punto de vista del desarrollo de su organismo no ha alcanzado una madurez plena. Desde el punto de vista jurídico, es la persona que, por la carencia de plenitud biológica, la ley le restringe su capacidad, al dar lugar al establecimiento de jurisdicciones especiales que la salvaguardan.”⁹

La preservación, extensión y defensa de los derechos humanos de los niños en nuestro país han sido objeto de preocupación constante del Estado, y esto es así porque la sociedad y la autoridad reconocen que la niñez representa el futuro de la nación.

Para la preservación de la salud de los niños, las instituciones del Estado formulan y llevan a cabo planes y programas de medicina preventiva, curativa y de rehabilitación. Por lo que se refiere a la prevención, la atención se enfoca a combatir, hasta su erradicación, las enfermedades comunes en los infantes. Se vacuna contra el sarampión, la poliomelitis, la difteria, tos ferina y tuberculosis; también se ponen en vigor campañas de orientación para ilustrar a los padres sobre problemas de contingencia, como la deshidratación y la hidrofobia, entre otros. En la aplicación de la medicina curativa la protección a la salud de los niños es amplia en su cobertura, pues en ella participan no solamente instituciones públicas, sino también organizaciones altruistas que unen sus esfuerzos con los del gobierno para brindar asistencia médica general y especializada, quirúrgica y hospitalaria.

La medicina de rehabilitación la constituyen las prácticas y terapias que se aplican a los niños que requieren de un tratamiento especial para recuperar las facultades físicas y mentales perdidas por algún accidente o enfermedad.

Por lo que se refiere a la alimentación de la población infantil, para nadie es desconocido que ésta constituye todavía una aspiración difícil de alcanzar, debido a la actual crisis económica. Sin embargo, se debe reconocer que para mitigar este grave problema, las instituciones públicas del sector salud y asistencia, desarrollan estrategias y programas tendientes a informar y capacitar a las madres sobre los cuadros básicos nutricionales que requiere el menor. Aunado a esta tarea, se distribuyen raciones alimenticias entre la población infantil que así lo requiere.

Las instituciones públicas responsables de atender a los niños en la problemática referida son la Secretaría de Salud, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, el Instituto Mexicano del Seguro Social y las correspondientes de los Estados y municipios.

En cuanto a la educación, nuestra Constitución Federal, impone al Estado la obligación de proporcionar a los niños, en forma gratuita, la instrucción primaria, y a los padres y tutores el deber de inscribir y llevar a sus hijos para que la cursen. La protección de este derecho se apoya con otras medidas, tales como el libro de texto gratuito y los programas para abaratar los útiles escolares.

El sano esparcimiento de los niños es indispensable para su desarrollo físico y mental. Este encuentra su práctica en la recreación que los padres deben proporcionarles, como elemento formativo de su personalidad.

El problema que más preocupación despierta es el de los niños maltratados y abandonados, víctimas de la crueldad e irresponsabilidad de algunos padres o tutores. Estos niños merecen la atención, no solamente de la autoridad sino de toda la sociedad. El desamor de algunos padres para con sus hijos y la ignorancia para educarlos son problemas que lastiman a la sociedad y a la dignidad del niño. En el combate a estos problemas no se debe escatimar ningún recurso, tanto institucional como personal.

En base a lo citado, se puede decir que la naturaleza jurídica del Derecho de Convivencia es totalmente protectora de la unión ó acercamiento y permanencia de la familia donde se procura lo que más convenga al interés del menor.

III. Disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, anteriores a la reforma del 6 de septiembre del 2004.

Las disposiciones señaladas se referían a los artículos 282, 283, 293, 411, 417 y 447 del Código Civil para el Distrito Federal, los cuales establecían lo siguiente:

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

- I. La separación de los cónyuges. El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia. La separación conyugal decretada por el Juez interrumpe los términos a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 267 de este Código;**
- II. Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos deben dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;**
- III. Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;**
- IV. Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede embarazada;**
- V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El**

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

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

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

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

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

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

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

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

IX. Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de

los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise; y

X. Las demás que considere necesarias.”

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

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

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

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

También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan.

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

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

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

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

patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.”

“Artículo 447. La patria potestad se suspende:

- I. Por incapacidad declarada judicialmente;**
- II. Por la ausencia declarada en forma;**
- III. Cuando el consumo del alcohol, el hábito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que este sea al menor; y**
- IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.”**

Los artículos antes citados estaban así como se transcribieron hasta antes de las reformas y solamente se citaron sin hacer comentario respectivo, porque al final se hará una crítica a éstos y no queremos ser repetitivos ni reiterativos.

Una vez citados los artículos, se hará lo propio con éstos mismos, ahora después de las reformas del 6 de septiembre del 2004, y aclaro, que sólo cité los artículos y sus reformas o adiciones hechas al respecto.

IV. Análisis de los artículos 282 fracción V, 283, 293, 411, 417 y 447 del Código Civil para el Distrito Federal, reformados el 6 de septiembre del 2004.

En el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, únicamente se reformó la fracción V al quedar de la siguiente manera.

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

I a IV...

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

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

VI a X...”

Como podemos ver, de la lectura del artículo citado, desde nuestro particular punto de vista, no se resuelve el problema de la custodia para los hijos y si, hace que los menores de siete años queden por cuestiones físicas biológicas y afectivas al cuidado de la madre.

El artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal quedó redactado de la siguiente manera.

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

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

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

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

Del anterior artículo, se considera que es el más apropiado en lo que a guarda, custodia y ejercicio de patria potestad se refiere, pero aún en éste, se dejó a un lado, el señalar la posibilidad de convivir con los hijos, considerándose que es más importante esto último en razón de la edad de los menores.

El artículo 293 por su parte quedó de la siguiente manera en su segundo párrafo.

“Artículo 293...

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

El artículo citado ya contempla a los hijos producto de la reproducción asistida aunque, desde nuestro particular punto de vista, este artículo desde su redacción no es clara, porque desde el criterio médico, toda reproducción o nacimiento es asistido por médicos, debió decir inseminación artificial y contemplar otras cosas que realmente aporten beneficios al menor.

Ahora bien, el artículo 411 quedó redactado de la siguiente manera, en su segundo párrafo.

“Artículo 411...

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

Esta adición será difícil de cumplir porque los padres hacen exactamente lo contrario, sino que se debió prever la forma de que esta disposición efectivamente se cumpla.

El artículo 417 del ordenamiento citado se le adicionó un tercer párrafo para quedar de la siguiente manera.

“Artículo 417...

...

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

En este precepto, debió también, asegurarse el pago de alimentos más que la convivencia, porque el menor necesita de asistencia y atención en todos sus sentidos, ya que puede vivir y sobrevivir sin convivencia y custodia, pero no sin alimentos.

Finalmente, al artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal se le adicionaron dos fracciones y quedó de la siguiente manera.

“Artículo 447. La patria potestad se suspende:

I a IV...

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

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

Esto ya estaba comprendido en el artículo anterior únicamente se precisó de manera específica lo referente a la prohibición o abstención del Derecho de Convivencia de los menores para con el progenitor que no convive con él y sí obligar, al que ejerce tal derecho.

V. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en materia de Guarda y Custodia.

Para fortalecer lo hasta aquí escrito, en relación a que las reformas del 6 de septiembre del 2004 a los artículos 282, 283, 293, 411 y 447 del Código Civil para el Distrito Federal a mi manera de ver, no tuvieron la trascendencia suficiente, consideramos oportuno transcribir las siguientes jurisprudencias.

“GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE SIETE AÑOS. NO ES CAUSA DE SU PÉRDIDA EL QUE LA MADRE ESTÉ FUERA DE SU CASA, POR TRABAJAR PARA AFRONTAR SUS RESPONSABILIDADES. El hecho de que durante un juicio quede demostrado que la madre de un menor permanecía fuera de su casa durante determinadas horas del día, destinadas a desempeñar su trabajo, de ninguna manera es causa para quitarle la guarda y custodia del hijo, puesto que tales ausencias deben

reputarse razonablemente justificadas, por tener como finalidad la de cumplir con las tareas que pueden proporcionarle lícitamente los medios económicos para subsistir y obtener así los recursos que le permitan dar vivienda, educación y sustento al menor.” (Amparo directo 3607/84. Octava Época. Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Tomo I. Primera Parte. Página 363).

Esta jurisprudencia deja a un lado las circunstancias por las cuales una madre deja sólo a su hijo, es decir, bajo qué circunstancias y si éstas ponen en peligro la integridad del menor, porque si lo deja solo, existe peligro para éste.

“GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR. DEBE OTORGÁRSELE A LA MADRE AUN CUANDO EL PADRE POSEA UNA SITUACIÓN ECONÓMICA MAS ELEVADA, SI LA DE AQUELLA ES SUFICIENTE. Conforme al artículo 282, fracción VI, último párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de su madre, salvo peligro para su normal desarrollo. Por tanto, a la madre debe otorgarse la guarda y custodia del hijo menor, si posee una situación económica estable que garantiza la satisfacción de las diversas necesidades del menor, aun cuando el padre posea una situación más elevada.” (Amparo directo 8362/87. Octava Época. Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Tomo I. Primera Parte. Página 363).

Estamos de acuerdo con esta jurisprudencia, porque si la madre garantiza un cuidado mejor que el padre hacia el menor, esto no será determinante para que el padre tenga la guarda y custodia, pero si la madre no garantiza lo antes anotado, el padre la ejercerá aunque tenga una situación económica inferior a la madre.

“CUSTODIA DE MENORES DE MÁS DE SIETE AÑOS DE EDAD. EL PRINCIPIO RECTOR DE LA DECISIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA

ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DEBE SER PUNTO DE PARTIDA PARA DECIDIR SOBRE LA. El último párrafo del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, establece un principio general, rector de la decisión de guarda y custodia de los menores de siete años, la cual consiste en que éstos deben permanecer al lado de su madre, salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos. El espíritu del principio general antes descrito, evidentemente tuvo como sustento el que el legislador atendiera a la realidad social y costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional, en el que en términos generales, corresponde a la madre la atención y cuidado de los menores procreados por una pareja, independientemente de que aquélla realice o no una actividad de carácter laboral, consecuentemente en ella descansa, por regla general, la custodia de los menores procreados en un matrimonio e incluso fuera de éste, pues legalmente la madre tiene a su favor la presunción de ser la más apta para cuidar a los hijos que haya procreado, a menos que el padre demuestre que la conducta de aquélla puede ser dañina a la salud e integridad de los hijos, correspondiéndole la carga probatoria de esta situación al padre, por tratarse de la excepción a la regla general. Este principio general que se comenta, aunque la ley lo establece en forma expresa para decidir sobre la custodia de los hijos menores de siete años, por estar inspirado en la realidad social y costumbres ordinarias imperantes en nuestra sociedad, debe ser el punto de partida del Juzgador, por extensión, para normar su criterio en cuanto a la guarda y custodia de los menores habido en un matrimonio disuelto, aún cuando rebasen la edad mencionada, sobre todo cuando por la edad e inmadurez de éstos, no pueda considerarse, que ellos puedan tomar una decisión libre, espontánea y consciente de lo que es mayormente benéfico para los mismos. Es pertinente destacar en este aspecto, que por cuestiones de lógica y experiencia, este tribunal considera, que salvo contadas excepciones, la madurez y juicio suficiente de los menores para decidir en forma libre y espontánea sobre con quién de sus progenitores desean vivir en forma permanente, se alcanza por lo general con posterioridad a los quince años, puesto que es cuando generalmente empiezan a adquirir

independencia de sus padres, quienes ya no pueden manipular fácilmente las decisiones de sus menores hijos.” (Amparo directo 141/96. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Novena Época. Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo IV. Septiembre de 1996. Tesis I.8º.C.55C. Página 628).

Esta jurisprudencia confirma que en materia de guarda, custodia y derecho de convivencia de los menores, se buscó dar cumplimiento a este último supuesto, ya que se dejaron muchas cosas insatisfechas, como fue, el aseguramiento de alimentos y más aún el efectivo cumplimiento a las disposiciones sobre la guarda y custodia la cual se lograría con una nueva cultura en este aspecto.

VI. Estudio comparativo de la guarda y custodia en algunas legislaciones a nivel nacional e internacional.

Para complementar el estudio en comentario será necesario, hacer el estudio comparativo de algunas legislaciones nacionales, así como de algunas extranjeras para así tener un adecuado panorama del tema.

Así por ejemplo, en el artículo 247 del Código Civil de Chihuahua se establece que cuando la sentencia sobre nulidad de matrimonio cause ejecutoria, los hijos menores de siete años de uno y otro sexo quedarán en poder de la madre. Pasada esta edad y hasta los catorce años, los hijos varones irán con el padre y las hijas con la madre, siempre y cuando, hubiere

habido buena fe de ambos cónyuges. En los dos casos ejercerá la guarda y custodia aquél que tenga bajo su cuidado a los hijos.

Cuando los hijos tengan una edad de catorce años o más, cualquiera que sea su sexo, decidirán su situación por su propia voluntad ante la autoridad judicial.

En relación con lo anterior, el artículo 159 del Código Civil de Chihuahua, en relación al tema que nos ocupa establece que antes de que se provea de forma definitiva sobre la patria potestad o la custodia de los hijos podrán acordar los tribunales, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier providencia que se considere benéfica a los menores.

Como podemos ver, en esta legislación nacional no se profundiza sobre la guarda y custodia de los menores y sí, en el artículo 267 del Código Civil citado se establece que la situación de los hijos menores se determinará por medio de convenio. Aquí, por inclusión se sobreentiende que los efectos serán para la guarda y custodia de los infantes.

En relación al Código Civil del Estado de México, éste en su Título Séptimo denominado De la Patria Potestad, en su artículo 4.203 prevé que la patria potestad comprende la representación legal y la protección integral del menor en sus aspectos físico, moral y social, su guarda y custodia, la administración de sus bienes y el derecho de corrección.

Sobre los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad, el artículo 4.224., establece en su fracción II, que la patria potestad se pierde por resolución judicial, cuando por las costumbres depravadas de los que ejercen la patria potestad, malos tratos o abandono de sus deberes alimentarios o de guarda y custodia por más de dos meses, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los menores aún cuando esos hechos no constituyan delitos.

De igual forma, el artículo 4.228., en su fracción I, establece que cuando sólo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, podrán convenir quién de ellos, se hará cargo de la guarda y custodia del menor.

La responsabilidad de los que ejercen la patria potestad está comprendida en el artículo 7.163., del Código Civil para el Estado de México, donde se establece que éstos, tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores de los que tengan la guarda y custodia. Como podemos ver, la responsabilidad es única para los que ejercen la patria potestad excluyéndose a los que tienen la guarda y custodia.

Finalmente, dentro de las medidas precautorias que deben tomarse al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, podrán dictarse sólo mientras dure el juicio y cuando no exista acuerdo entre los cónyuges para ejercer la guarda y custodia de los hijos, ante dicha omisión la decretará el Juez en función del mayor interés de los menores.

Respecto a la guarda, custodia y derecho de convivencia en el Derecho Extranjero, consideramos puntualizar lo referente a este tema con la República de Argentina ya que su Ley Civil es similar a la nuestra y así dentro de las medidas relativas del Juzgador en materia de tenencia provisional o guarda de los hijos tenemos que el artículo 68 de la Ley en materia civil establecía que el Juez podía determinar el cuidado de los hijos con arreglo a las disposiciones. La reforma de la ley 17.711 ha hecho la norma más precisa, al expresar que puede “determinar a quién corresponde la guarda de los hijos con arreglo a las disposiciones de este Código.”

Al no fijarse otra regla para el otorgamiento de la tenencia provisional de los hijos menores sino su determinación con arreglo a las disposiciones del Código, corresponde aplicar subsidiariamente el artículo 76, ley de materia civil, referente a la tenencia definitiva, sin perjuicio del principio fundamental de que debe atenderse en primer lugar al interés de los menores. Por tanto, corresponderá entregar los menores de cinco años a la madre, y los mayores de esa edad puesto que no hay ni puede haber aún pronunciamiento sobre la culpa a quien el Juez considere más conveniente para el interés de los hijos.

La resolución sobre tenencia provisional se adopta sumariamente y sin otro requisito esencial que oír a ambos cónyuges (artículo 34, párrafo segundo del Código de Procedimientos Civiles y Comercio de la Nación), pero en circunstancias excepcionales, especialmente cuando se requiere el cambio de la tenencia que se ejerce de hecho, el incidente puede ser abierto a prueba.

Belluscio Augusto César expresa:

“En algún caso se ha decidido que la resolución adoptada, así en cuanto a la tenencia como respecto del régimen de visitas, si la urgencia de la protección de los intereses del menor así lo aconseja, goza de la naturaleza de las medidas cautelares, motivo por el cual únicamente es apelable al solo efecto devolutivo.”¹⁰

En principio, deben respetarse los convenios entre los padres sobre esta materia, pero nada obsta a que sean revisados judicialmente si resultan contrarios al interés de los menores. A falta de acuerdo, resulta aconsejable el mantenimiento del *statu quo* existente al tiempo de la promoción de la demanda, especialmente si de hecho uno de los cónyuges ejerce la tenencia por un tiempo prolongado, y salvo que esa situación haya sido creada por el engaño o la violencia de uno de los esposos. Cuando los menores son varios, es conveniente ponerlos a todos al cuidado de la misma persona, a fin de mantener la unidad de educación.

Sólo por razones excepcionales cabe entregarlos a un tercero, y dejar de lado a ambos padres; en tal caso, debe preferirse a los abuelos u otros parientes cercanos, ya que la internación en un establecimiento educacional sólo se justifica en casos extremos en que no haya otra solución para evitar la creación de un peligro físico o moral a los hijos o una grave perturbación de su desarrollo espiritual.

El mismo autor comenta:

“Las resoluciones tomadas en esta materia, como todas las referentes a las medidas previas en el divorcio, no causan estado y pueden ser modificadas todas las veces que las circunstancias lo hagan necesario.”¹¹

A decisiones contrapuestas ha dado lugar la circunstancia de que uno de los cónyuges haya contraído segundas nupcias en país extranjero que admite el divorcio vincular: mientras en algunos casos se resolvió que no es por sí solo un hecho que cree peligro moral para los menores e inhabilite para ejercer la tenencia, en otros se consideró elemento decisivo para conferir la tenencia a los abuelos.

Respecto al Derecho de Convivencia en Argentina se le denomina, “Derecho de Visita”, es decir, el otorgamiento de la tenencia de los hijos menores a uno de los cónyuges o a un tercero no priva al otro o a ambos, en el segundo caso del derecho de mantener comunicación con aquellos, el cual se manifiesta especialmente en el llamado derecho de visita.

Al respecto Belluscio continúa al decir que:

“Tal derecho consiste en términos generales en la posibilidad de tener entrevistas periódicas con los hijos. Comprende también el derecho de mantener correspondencia postal o comunicación telefónica con ellos, la que no puede ser controlada o interferida sino por motivos serios y legítimos, en salvaguarda del interés del menor.”¹²

Fuera de ello, el cónyuge que no ejerce la guarda en tanto conserve la patria potestad, tiene derecho de vigilar la educación de los menores, derecho

que se trasunta especialmente en la facultad ejercitable en todo momento de solicitar el cambio de la tenencia, ya que para conferir ésta es elemento de importancia primordial el interés de los propios hijos.

Las visitas deben realizarse, en principio, en el hogar del progenitor en cuyo favor se establecen, si lo tiene honesto, o en el lugar que él indique. No deben llevarse a cabo en el domicilio del otro, porque ello supondría someter al que ejerce el derecho de visita a violencias inadmisibles y quitar a la relación el grado de espontaneidad necesario para que el visitante cultive con eficacia el afecto de sus hijos. Tampoco en establecimientos públicos lo que impide toda posibilidad de comunicación espiritual entre padres e hijos, salvo en casos graves en que no haya posibilidad de realizarlas de otra manera. Aún en caso de ulterior matrimonio en el exterior del padre o la madre deben hacerse las visitas en su hogar, pues ello es preferible a que tengan lugar en un asilo u oficina pública, lo que podría dar lugar a suspicacias. El derecho de visita comprende el de salir de paseo con el hijo, salvo razones de muy corta edad o de salud.

Como criterio general fundándolo, lo que es discutible, en principios de derecho natural, lo que no obsta al acierto de la conclusión se ha establecido el de que la regulación del derecho de visita debe hacerse para procurar el mayor acercamiento posible entre padre e hijo, de modo que su relación no sea desnaturalizada, y se eviten las decisiones que tiendan a cercenarlo. Debe ser establecido de modo que contemple tanto el interés de los padres como el de los hijos menores, el cual rectamente entendido requiere de modo principalísimo que no se desnaturalice la relación con el padre.

El mismo autor opina que:

“Su objeto es el de estrechar las relaciones familiares, y su fijación debe tener como pauta directriz el interés de los menores, que consiste en mantener un contacto natural con sus progenitores, por lo que es necesario extremar los recaudos que conduzcan a soluciones que impliquen sortear todo obstáculo que se oponga a la fluidez y espontaneidad de aquéllas relaciones; las visitas no deben ser perjudiciales para los menores, pero tampoco han de desarrollarse de manera de lesionar la dignidad de quien las pide.”¹³

Cabe preguntarse si el derecho de visita es absoluto, es decir, si existe en todos los casos y cualesquiera que sean las circunstancias, o si es posible privar de él al progenitor en algún supuesto. La respuesta no puede sino ser la segunda, pues por humana que pueda parecer la solución de no privar jamás al padre o a la madre del derecho de ver a sus hijos, se sobreponen situaciones en las que su ejercicio es o puede ser fuente de perjuicios en especial en el aspecto moral, para los segundos, y todos los problemas de este tipo deben ser solucionados a la luz del principio de que es el interés de los menores el que debe prevalecer. Pero sólo por causas graves que hagan que el contacto con los menores pueda poner en peligro de seguridad o su salud física o moral pueden los padres ser privados de este derecho. Así, se ha decidido que ni siquiera la pérdida de la patria potestad es suficiente para excluir el derecho de visita, cuando aquélla se debe al abandono del menor; mucho menos la sola culpa en el divorcio o la simple negativa del hijo menor. En cambio, se ha juzgado procedente la suspensión de las visitas cuando los menores padecen

de un estado psíquico cuyo aspecto más grave y aparente es la alteración que en ellos se produce a la visita de la madre o del padre o a la idea de tener que entrevistarlos, cuando la madre hizo prolongado abandono del menor sin intentar verlo, en tanto no demuestre ampliamente la justicia y conveniencia de su petición, si el padre no contribuyó al mantenimiento de la esposa y del hijo ni demostró interés en verlo, y si la madre abandonó a la hija de pocos meses y fue entregada a un matrimonio que le dio cuidados paternos. La suspensión provisoria de las visitas que producen la traumatización psíquica de la menor, se ha aceptado también hasta que se practicase un examen médico de ésta por especialistas forenses en neuropsiquiatría infantil. Se ha resuelto igualmente que no es suficiente para la privación del derecho de visita la culpa en el divorcio sumada al hecho de haber contraído segundo matrimonio en el extranjero, ni la vida desarreglada que pueda llevar la madre por ejercer el oficio de bailarina en un "**dancing**" si no se conocen sus sentimientos maternos.

CAPÍTULO CUARTO
ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA EXISTENTE EN
MÉXICO SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA

A nuestro parecer, las reformas hechas al Código Civil para el Distrito Federal el 6 de septiembre del 2004 aún con toda la buena fe del legislador, fueron insuficientes porque no contemplan de manera directa el interés que más beneficie al menor y destacan más en su cuerpo legal la convivencia familiar, que la alimentación del menor, y dichas reformas no buscan un equilibrio en estas hipótesis.

A efecto de tener una comprensión adecuada y proponer algo acorde con el tema objeto de este estudio, puntualizaremos lo siguiente.

I. Análisis crítico de los artículos 282, fracción V, 283, 293, 411, 417 y 447 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

El artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal establece lo siguiente en su fracción V.

“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:

V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, debiendo ser uno de éstos y pudiéndose compartir la custodia. En defecto de ese acuerdo; el Juez

de lo familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fije el código respectivo y, tomando en cuenta la opinión del menor.

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

De acuerdo a este artículo, efectivamente existe en su texto legal la disposición de poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hayan elegido los cónyuges, pero no existe la posibilidad de que efectivamente se obligue a las partes a elegir a alguien y más aún al Juez en última instancia le conceden tal facultad ante la falta de acuerdo.

Por lo regular las parejas al pretender divorciarse, por lógica, casi siempre es la madre la que se lleva a los hijos; y esto, a nuestro modo de ver lo debe resolver o decidir aparte del Juez como lo señala el Doctor Julián Güitrón:

“Un consejo de familia donde se decida previa aportación testimonial de los familiares y testigos lo que más convenga al menor.”¹

Después del estudio de dichos datos, tocará al Juez de manera fundada, decidir sobre el particular.

¹ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. **“Proyecto de Código Familiar tipo para los Estados Unidos Mexicanos.”** 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004. p. 37.

² GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Proyecto de Código Familiar tipo para los Estados Unidos Mexicanos. Op. cit. p. 17.

³ PACHECO, Alberto. **“La Familia en el Derecho Civil Mexicano.”** 3ª edición, Editorial Panorama, México, 2002. p. 164.

⁴ MARCOVICH, Jaime. **“El Maltrato de los Hijos en custodia.”** 2ª edición, Editorial Edicol, México, 2004. p. 192.

⁵ PACHECO, Alberto. Op. cit. p. 166.

En la segunda parte de dicha fracción se señala que cuando exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, estos quedarán al cuidado de la madre, pero no se especifica que “tipo de peligro grave” y más aún, se establece que aún cuando la madre carezca de medios económicos tendrá la custodia y guarda de sus hijos.

Aquí, también consideramos que esto será procedente, siempre y cuando la madre demuestre que durante el tiempo que duró la relación matrimonial o concubinaria, estuvo siempre al cuidado de los hijos porque, si nos vamos al extremo, los menores deberán estar con quien les garantice alimentación, educación, atención médica, convivencia familiar adecuada y en general todo lo que comprenden los alimentos que sea además adecuado para su desarrollo psicoemocional idóneo.

Por lo que se refiere al artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, este establece lo siguiente.

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

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

podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres, lo anterior en función de las posibilidades de éstos y aquellos, así como que no exista con alguno de los progenitores peligro alguno para su normal desarrollo.

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

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

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

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

De la lectura de este artículo se desprende que éste, más que ayudar a los hijos menores parece ser que trata de proteger a los padres y más aún invita a no cumplir con la obligación alimenticia ya que si por esto se perdió la patria potestad, al volver a cumplir con dicha obligación la patria potestad, se recupera. Este artículo desde nuestro particular punto de vista es benévolo ya que no contiene sanción alguna para el padre que incumplió con la obligación de proporcionar alimentos y además, establece que lo mismo se observará para la recuperación de la custodia.

De lo anterior, se infiere que por medio de la instauración de un consejo de familia, el cual estará y actuará de manera alterna con los juzgados

familiares se podrá vislumbrar adecuadamente lo que más favorezca al interés del menor e incapaz.

En la actualidad con las reformas mencionadas, no se cumple realmente con beneficiar al interés del menor por sobre todas las cosas, y es precisamente donde se debe precisar la manera jurídica y legal de hacer cumplir a los cónyuges con su deber alimenticio y de convivencia, buscar un equilibrio armónico entre éstos.

Al seguir con la temática planteada, corresponde ahora citar el artículo 293 del ordenamiento civil en cita donde se establece lo siguiente.

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

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

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

Este artículo al igual que los anteriores, también fue modificado y aunque no está relacionado de manera estrecha con nuestro tema, si es necesario señalar que en efecto, define lo relacionado al parentesco por consanguinidad pero es genérico al establecer lo referente a la reproducción

asistida, debe quizás concluir dicha redacción con la forma obligatoria de proporcionar alimentos para los que se conciben de esta manera, pero más aún, sobre qué pariente debe ejercer la guarda y custodia de los hijos.

Asimismo, el numeral 411 del Código Civil para el Distrito Federal, prevé que:

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

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

Como puede apreciarse, de la lectura de este artículo, únicamente se establece, lo que los ascendientes deben hacer con sus descendientes para procurar una adecuada convivencia pero no así la sanción para tal omisión o más aún, cuando hay negativa del padre para tal unión, se debe castigar también al que contribuye a la desunión o convivencia del padre con los hijos.

En relación al tema que nos ocupa, el numeral 417, preceptúa que:

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

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

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

Como podemos ver, en este artículo, se requiere que exista como lo afirma el Doctor Julián Güitrón Fuentesvilla:

“Un Código familiar para los Estados Unidos Mexicanos donde se plasmen adecuadamente los conceptos y leyes que deben regular de manera idónea los actos de las personas derivadas del matrimonio, patria

potestad, filiación, alimentos, parentesco y en general todo lo referido a la familia.”²

Aquí, por ejemplo, se le da mayor importancia a la convivencia que a los alimentos; al padre, que al menor y tampoco se establece cuál es el interés superior del menor, ni cómo se debe llegar a saber cuál es lo prioritario y lo más conveniente para el infante.

Finalmente, el artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal en relación a la suspensión de la patria potestad, establece lo siguiente.

“Artículo 447. La patria potestad se suspende:

- I. Por incapacidad declarada judicialmente;**
- II. Por la ausencia declarada en forma;**
- III. Cuando el consumo del alcohol, el habito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que este sea al menor; y**
- IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.**
- V. Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso su vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consanguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado.**

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

Como lo hemos sostenido reiteradamente en la exposición de nuestra tesis y como lo hemos invocado en el ejercicio de la actividad litigiosa, debemos insistir que es trascendental esta norma en la materia del tema que se expone, pues sin criterio específico alguno, sin parámetro o línea que permita llegar a una definición o conclusión, se suprimen las reglas anteriores y se otorga al Juez Familiar facultad omnímoda para resolver lo que a su juicio sea procedente. De ahí que sin las normas objetivas que antes hacían los señalamientos concretos, se reduce ahora peligrosamente al subjetivismo del Juez, la decisión que puede privar a un padre o a una madre del delicado ejercicio de la función de la patria potestad. No obstante lo anterior, hasta la fecha, no hemos tenido la experiencia que nos permita calificar los resultados de esa forma; pero anticipamos que ahora enfrentan los interesados numerosísimos conflictos cuya solución debe quedar a un cargo de la jurisprudencia que debe surgir, pues el texto anterior al menos, garantizaba a las partes, la certeza de los riesgos y consecuencias que tendrían que enfrentar los procedimientos de divorcio.

Este artículo también es omiso en relación al cumplimiento de la obligación alimenticia ya que le da más importancia a suspender la patria potestad por otras causas pero no menciona como causal el incumplimiento de los alimentos.

II. La Convivencia Familiar y la Alimentación en los Menores.

El divorcio, la separación o la conclusión del matrimonio no son sólo sinónimos del mal funcionamiento de una familia, sino también, el principio de un infierno para aquellos hijos que, utilizado por los cónyuges como armas para agredirse mutuamente, sufren por ello depresión, ansiedad, fobias o conductas represivas, lo que al parecer no hay quien impida debido a vacíos legales en el Código Civil. En el caso del Distrito Federal, desde 1932 esta herramienta jurídica no presenta reformas ni adecuaciones en materia familiar para estar en armonía con la vida moderna, aunque hoy están en proceso de divorcio más de 20 mil parejas y esa situación tiene graves efectos en miles de niños y adolescentes.

El autor Pachecho Alberto menciona lo siguiente:

“El mayor número de separaciones o divorcios ocurre, según diversos estudios, en los primeros dos años de convivencia en pareja. Esto explica en parte que se hayan presentado de 1993 a 2001 más de 54 mil demandas de divorcio, las cuales atienden sólo 40 Jueces de lo Familiar en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (TSJDF), especializados en materia familiar.”³

Esto implica una saturación de trabajo para quienes deben resolver casi al vapor todo lo relacionado a la guarda, custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad.

Lo más grave sin embargo es la experiencia emocional traumática que sufren los hijos de divorciados, quienes al conocer la decisión de los padres viven una ambivalencia porque ellos quieren de igual forma a la madre y al padre.

En algunos casos, de acuerdo a la edad, presentan conductas regresivas como mojar la cama, chuparse el dedo o tornarse agresivos porque es la forma de expresar su ansiedad; pero también hay menores que desarrollan un gran sentimiento de culpa, lo cual inhibe su aprendizaje y cambia su conducta en la escuela.

Los más difíciles de detectar son los que se vuelven “niños buenos”, que no dan problema y más tardíamente reciben ayuda psicológica, explica Estela Rubio Murillo, psicóloga de la Infancia y Aprendizaje Escolar.

Al respecto, Marchovich Jaime argumenta que:

“Esta situación ha alertado a las autoridades del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), que en voz de Dilcya García Espinosa, oficial de Reformas Legislativas e Institucionales, destaca que la Convención sobre los Derechos de la Niñez y particularmente la Ley para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes recoge los lineamientos y los aterriza en el sistema jurídico mexicano reglamentado en el artículo 4° constitucional, mismo que establece: Los infantes tienen el derecho de convivir de manera plena con sus padres y madres, con su familia extendida (abuelos, tíos, primos, etc.), a menos que un Juez determine lo contrario.”⁴

Ahora bien, en relación a los alimentos nosotros sabemos que los seres humanos que habitan la Tierra, son los que vienen al mundo más desamparados y desvalidos y que permanecen mayor tiempo sin bastarse a sí mismos para subsistir. Alimento, abrigo, techo e innumerables atenciones y cuidados que necesita el infante para sobrevivir, desde antes de su nacimiento y durante los largos años que se lleva la información integral del hombre. Situación semejante al menor suelen presentar ciertos mayores que, por variadas circunstancias: vejez, enfermedad, invalidez, etc., pierden la facultad o nunca la adquirieron de bastarse a sí mismos para cubrir sus necesidades vitales. De ahí la necesaria intervención, del auxilio de otras personas, los padres o allegados más cercanos para proveer a la subsistencia de los incapacitados.

La obligación alimentaria encierra un profundo sentido ético ya que significa la preservación del valor primario: la vida, impuesto por la propia naturaleza a través del instinto de conservación individual y de la especie y por el innato sentimiento de caridad que mueve a ayudar al necesitado. La obligación legal de los alimentos reposa en el vínculo de solidaridad que enlaza a todos los miembros del consorcio familiar, y en la comunidad de intereses, causa de que las personas pertenecientes a un mismo grupo, se deban recíproca asistencia.

La ley toma en consideración para sancionarlo, el deber moral de socorrer a los semejantes. Ésta obligación constituye un deber natural en los casos en que la ley ha omitido consagrarla. Pero ese deber de caridad hacia el prójimo es demasiado vago, débil para crear una obligación legal o natural, de

esa forma la ley establece cuándo el vínculo familiar resulta particularmente estrecho.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación al encontrar la justificación de proporcionar alimentos sostuvo: “La razón filosófica de la obligación alimentaria tiene su origen en la naturaleza misma de las relaciones sociales y el sentimiento del altruismo que debe existir entre todos los miembros de la sociedad en que vivimos, por ello, el legislador, estima que la Asistencia Pública no sería posible extenderla a todos los desvalidos que existen en el conglomerado social, ha impuesto la obligación a los parientes más cercanos y en determinados casos, a los que fueran decisivos para determinar la necesidad alimentaria de las personas, situación que en la actualidad se hace efectiva, toda vez que en la ley además de contemplarse a quienes debe proporcionarse alimentos, el alcance del concepto alimentos se ha ampliado.”⁵

Las reformas al Código Civil que el legislador hizo y publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 25 de mayo del 2000, en primer término señalan que en el artículo 1º que las disposiciones del Código Civil regirán en el Distrito Federal, con lo cual a partir de esa fecha el Distrito Federal cuenta con su propio Código Civil; se agregó a dicho Código Civil un Título Cuarto Bis referente a “De la Familia”, comprende los artículos 138-Ter, 138-Quáter, 138-Quintus,

138-Sextus, al resaltar en los mismos que las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y, por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros; que las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen

entre las personas vinculadas por los lazos de matrimonio, parentesco o concubinato, y es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares.

Consideramos que éstas reformas se han apegado más a la realidad social que vivimos, con lo cual deben ser tendientes a generar en los miembros de una familia, no sólo su cumplimiento sino a elevar los valores supremos de cada individuo.

El artículo 164 del Código Civil para el Distrito Federal, además de señalar que los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que convengan para ello. Destaca también que los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar, con ésta reforma consideramos que el legislador pretende dejar bien establecidos los derechos y obligaciones que les corresponde a los cónyuges.

De manera inédita y como un derecho reconocido a la cónyuge en el artículo 164-Bis adicionado al Código Civil para el Distrito Federal con motivo de las reformas citadas, se destaca que el desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se considera contribución económica al sostenimiento del hogar, en la inteligencia de que con las reformas hechas al Código Civil para el Distrito Federal de ninguna manera podrá reputarse a la cónyuge,

pareja, madre como trabajadora, pensar en tal sentido además de cuestionarse el concepto de cónyuge, o madre de un hogar, se dañaría la dignidad de la persona.

En el artículo 259 del Código Civil para el Distrito Federal reformado se previene que en la sentencia que declare la nulidad del matrimonio, el Juez de lo Familiar resolverá respecto a la guarda y custodia de los niños, el suministro de sus alimentos y la forma de garantizarlos, y en el artículo 260 del citado Código Civil para el Distrito Federal, el legislador en observancia y cumplimiento de ese derecho previno que el Juez de lo Familiar, en todo tiempo, podrá modificar la determinación a que se refiere el artículo anterior, atender a las circunstancias del caso y velar siempre por el interés superior de los hijos, con lo cual se pretende dar mayor protección a los menores de edad, en cuanto a su subsistencia y alimentos.

En el artículo 273 del mencionado Código Civil reformado se previene que 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: II. "El modo de atender a las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio al especificar la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento", en la reforma al artículo 275 del mismo Código Civil, se previene que mientras se

decrete el divorcio voluntario, el Juez de lo Familiar autorizará la separación provisional de los cónyuges y dictará las medidas necesarias respecto a la pensión alimentaria provisional de los hijos y del cónyuge en términos del artículo 273 del Código Civil.

El ser humano, la persona en derecho, como elemento inseparable, necesita un elemento económico que le sirva de sustento en sus aspectos biológico, social, moral y jurídico. Generalmente, el hombre por si mismo se procura lo que necesita para vivir, aspecto que le es inherente al ser humano para la supervivencia y con ello lograr su superación.

Afirmamos que el grupo social, por razones de solidaridad humana, brinda su apoyo, ayuda a favor de aquellos que por alguna razón necesitan que se les asista, que se les socorra en diversas formas para que puedan alcanzar la perfección de sus ideales y sean a la vez responsables y útiles al grupo social al que están integrados.

Los alimentos se presentan como una consecuencia del matrimonio estatuido en el artículo 302 del Código Civil en cita que los cónyuges deben darse alimentos. La ley determinará cuándo queda subsistente ésta obligación en los casos de divorcio, separación, nulidad de matrimonio y otros que la ley señale.

De lo expuesto, se infiere si calificamos de mayor a menor los alimentos y el Derecho de Convivencia, diríamos que es mayor el primero ya que de no

alimentarse, el hombre puede morir, no así si deja de convivir con una persona determinada.

III. El beneficio real a los hijos en la custodia.

Aun cuando en la sentencia de divorcio no se haya hecho pronunciamiento respecto a la convivencia familiar, de conformidad con el artículo 283 del Código Civil, los Jueces gozan de las más amplias facultades para resolver, en la sentencia de divorcio, todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según sea el caso, y en especial a la custodia y cuidado de los hijos; por lo que si en la sentencia de divorcio se resolvió que ambos cónyuges conservarían la patria potestad de sus menores hijos, y que la guarda y custodia quedaría a cargo de uno de ellos, la fijación de reglas para la convivencia familiar, como un derecho de los padres, inherente a la patria potestad, bien puede pedirse en juicio autónomo o mediante incidente después de concluido el juicio de divorcio.

De conformidad con lo que dispone el artículo 267 del Código Civil para el Estado de México, el juzgador al resolver sobre el divorcio debe determinar lo referente a la guarda y custodia de los menores hijos, así como lo relativo al derecho de convivencia, pero siempre acorde con lo que beneficie a tales menores. Por consiguiente, si en el juicio respectivo obran las diversas documentales ofrecidas por las partes, consistentes en copia certificada de la orden de aprehensión dictada contra el interesado como presunto responsable de haber cometido actos libidinosos en contra de sus menores hijas, así como

un informe en psicología, y ambas pruebas, concatenadas entre sí, permitieron a la responsable estimar que existe una clara presunción fundada y lógica de que la convivencia del padre con las menores aludidas pueda producir efectos dañinos en la salud, costumbres, y sobre todo, temor y alteración respecto de la figura paterna por parte de sus hijas, ello es concluyente para que el ahora quejoso no tenga derecho a tal convivencia, previniéndose así posibles daños irreparables en perjuicio de dichas menores, cuya decisión no es conculcatoria de las garantías de legalidad y seguridad jurídica.

El beneficio real de los hijos o hacia éstos por parte de sus ascendientes o quienes ejerzan la patria potestad, únicamente consiste en una satisfacción de los padres de saber que se cuida o se está al cuidado de los hijos y pretender hacer de éstos hombres de bien.

IV. Medidas de protección ordenadas por el Juez Familiar, en materia de guarda, custodia y derecho de convivencia.

Cuando exista separación o divorcio de quienes ejercen la patria potestad, ambos seguirán con el ejercicio de la misma, y por tanto deberán continuar en el cumplimiento de los deberes que éstas les impone, sin embargo, se podrá acordar por convenio entre los ascendientes o por resolución del Juez de lo Familiar sobre lo relativo a la guarda, la custodia y las visitas con respecto a los menores.

En relación con lo anterior, el artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal, establece en su segundo párrafo lo siguiente.

“Artículo 416...

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

Los que ejercen la patria potestad tienen el derecho, aún cuando no tengan la custodia de los menores, a la convivencia con sus descendientes, excepto cuando dicha convivencia represente un peligro para la integridad física, psicológica o moral del menor. Por lo tanto, no podrá impedirse ni a los padres o ascendientes ni a los hijos o descendientes la convivencia mutua sin causa justificada y mediante la intervención del Juez de lo Familiar, quien deberá resolver en atención al interés superior del niño. Es por esto que sólo mediante resolución judicial podrá perderse, suspenderse o limitarse el ejercicio de la patria potestad.

Barcena Andrea expresa:

“La patria potestad sobre la persona del menor adoptado la ejercerán, si se trata de adopción simple, únicamente el o los adoptantes; y en el caso de la adopción plena los adoptantes; y en caso de que fuera necesario, como ya se explicó antes, los ascendientes de éstos como si se tratara de un hijo consanguíneo.”⁶

⁶ BARCENA, Andrea. **“Textos de Derechos Humanos sobre la Niñez.”** 2ª edición, Editorial CNDH. México, 2003. p. 173.

Cuando quienes deben ejercer la patria potestad no lo hagan como corresponde, y especialmente cuando no cumplan con la obligación de respeto y de proporcionar una educación conveniente y adecuada, se podrá dar aviso al agente del Ministerio Público de lo familiar para que tome las medidas necesarias y promueva ante el Juez de lo Familiar las acciones que beneficien al menor.

Los que están sujetos a la patria potestad no pueden acudir a juicio, ni contratar, ni vender, rentar, hipotecar o realizar transacción jurídica alguna sin el consentimiento de quienes ejercen la patria potestad. En caso de que exista conflicto entre quienes la ejercen y el menor, se podrá acudir ante el Juez de lo Familiar para que resuelva sobre la diferencia.

Finalmente, hablaremos sobre las formas de extinción, pérdida, limitación y suspensión de la patria potestad.

En primer lugar, el ejercicio de la patria potestad se acaba por muerte de quien la ejerce, si no hay otra persona en la que recaiga; con la emancipación del menor por matrimonio, o bien, por la mayoría de edad del hijo.

En segundo lugar, el ejercicio de la patria potestad se pierde por resolución del Juez de lo Familiar, cuando el que la ejerce sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, en los casos de divorcio, se toma en cuenta los actos de violencia familiar y las medidas de seguridad necesarias para proteger a los menores de tales actos; cuando las costumbres depravadas, viciosas, los malos tratos y el abandono por parte de quienes ejercen la patria potestad pongan en peligro la salud, la seguridad o la moral

del menor, aun cuando estos actos no estuvieran considerados como delitos; por exposición (por ejemplo, cuando se deja en un espacio público a un recién nacido sin ningún dato que pueda revelar su origen o filiación) o por abandono por más de seis meses (por ejemplo, cuando queden solos en una casa al cuidado de otros menores, o cuando los dejen al cuidado de un pariente o de algún conocido y no regresen por ellos); cuando quien la ejerza sea condenado por un delito donde el menor sea la víctima y cuando quien la ejerce sea condenado dos o más veces por un delito grave.

En tercer lugar, la patria potestad podrá ser limitada en caso de que quien ejerza la patria potestad incurra en las conductas de violencia intrafamiliar contempladas en el Código Civil; y finalmente la patria potestad se suspende por incapacidad de quien debe ejercerla, declarada por un Juez; por la declaración de ausencia declarada por un Juez y por sentencia condenatoria en la que se condene expresamente a la suspensión de éste derecho, al desaparecer alguna de las situaciones anteriores que haya dado causa a la suspensión, se recuperará el ejercicio de la patria potestad siempre que con conocimiento y autorización del Juez que declare tal hecho.

Quienes ejercen la patria potestad y contraigan nuevo matrimonio, conservarán el ejercicio de la misma; sin embargo, el nuevo cónyuge no tendrá éste derecho sobre los hijos del matrimonio anterior de su esposo o esposa.

En resumen, la patria potestad es una institución jurídica que tiene como base la filiación. Es a través de ésta que se establecen un conjunto de derechos y obligaciones al padre y a la madre y a los abuelos tanto paternos como maternos, en el orden que determine el Juez de lo Familiar, con el fin de

que puedan cumplir con el deber de crianza, custodia, cuidado y educación de sus hijos (nietos, hermanos o pupilos), así como el de la administración de sus bienes y su representación, hasta su mayoría de edad o su emancipación.

De acuerdo con el Código Civil, las medidas provisionales serán susceptibles de determinarse por el Juez de lo Familiar, una vez presentada la demanda de divorcio o antes, en casos de urgencia.

Pérez Contreras María de Montserrat menciona que estas medidas son:

- a) **“La separación de los cónyuges o concubinos de acuerdo con lo dispuesto por el Código de Procedimientos Civiles.**
- b) **Señalar y asegurar los alimentos para el acreedor alimentario y/o para los hijos.**
- c) **Las que se crean necesarias para proteger los bienes de los cónyuges, lo de la sociedad conyugal o los de los concubinos.**
- d) **Las medidas precautorias que el Juez considere pertinentes en los casos en que la cónyuge o concubina se encuentre embarazada.**
- e) **Fijar la custodia de los hijos.**
- f) **La prohibición de ir a un domicilio o lugar determinado por alguno de los cónyuges, concubinos o parientes agresores en los términos del artículo 323-Ter.**
- g) **Las medidas necesarias para evitar actos de violencia intrafamiliar.”⁷**

⁷ PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. Op. cit. p. 60.

En ningún caso pueden los padres desconocer las obligaciones que tienen para con sus hijos. Los presupuestos que establece el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, como posible es la resolución judicial, en el sentido de que el cónyuge pierda la patria potestad, se le suspenda en su ejercicio o se le limite y, en el último caso, cuando se conserve la patria, la custodia la tenga el cónyuge sano, no liberan en ningún caso, ni aún en la pérdida de la patria potestad al padre o a la madre de sus responsabilidades, pues quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos (artículo 285 del Código Civil para el Distrito Federal). Esta disposición es de extraordinaria importancia y de estricta justicia toda vez que ningún padre puede desconocer su responsabilidad.

Surgen problemas en relación al cumplimiento de estas obligaciones en los dos primeros casos, es decir, cuando la patria potestad se pierde o suspende. La obligación de dar alimentos es evidente y obligatoria, pero la de ejercitar algunas acciones o representar a los menores, en casos de que el cónyuge que conservara la patria potestad no lo pudiese hacer, sería una obligación supletoria.

Los otros deberes originados de la patria potestad se pierden o suspenden, pues no es posible que sin hacer vida en común, puedan ambos padres ejercer esos deberes. Por eso podríamos señalar que los deberes derivados de la patria potestad se pierden o suspenden, y las obligaciones se conservan.

Los cónyuges tienen derecho a solicitar el divorcio necesario cuando el otro infiera actos de violencia intrafamiliar a él o a sus hijos; también lo podrá solicitar cuando el cónyuge agresor no cumpla con las medidas de protección, resoluciones o determinaciones de la autoridad judicial (civil o penal) o administrativa (unidades delegacionales de atención a la violencia intrafamiliar). Lo anterior es causa de pérdida, limitación o suspensión de la patria potestad o la tutela en su caso.

El artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, también faculta al Juez para decidir sobre la custodia y cuidado de los hijos, sin necesidad de adherirse a favor del cónyuge inocente, de ahí, que si en el caso de que se trata al ejercer esas facultades atiende a los elementos de prueba que obran en autos y llegan a la convicción de que la conducta de la persona que tiene la guarda y custodia de los menores durante el procedimiento no resulta nociva para éstos, esta determinación resultará legal y no se invalida por la circunstancia de que dicha persona haya dado causa al divorcio; salvo que esa causa por su naturaleza impida por sí misma que esa conducta sea manifiestamente contraria a la formación, educación, integración socio-afectiva de los menores.

Respecto a los alimentos, el artículo 287 del Código Civil para el Distrito Federal que regula esta situación fue modificado. Originalmente se decía que los consortes divorciados tenían la obligación de contribuir en proporción a sus bienes, a la subsistencia de sus hijos varones hasta que lleguen a la mayor edad, y de las hijas, aun cuando sean mayores de edad hasta que contraigan

matrimonio, siempre que vivan honestamente. Este artículo fue modificado y la redacción actual dice:

“Artículo 287. En la sentencia que decrete el divorcio y tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de éste Código, el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes, y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los ex cónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad.”

Con ésta modificación se igualó a los hijos e hijas debido a la presión igualitaria ejercida por quienes proponen una igualdad absoluta de ambos sexos, sin darse cuenta que en algunos casos se causan verdaderos perjuicios a la mujer.

En primer lugar, debemos destacar que no se hace referencia a cuál clase de divorcio se refiere el legislador, por lo que ésta disposición es aplicable, tanto al divorcio necesario como al voluntario. En ambos casos los consortes están obligados a la alimentación de sus hijos.

En segundo lugar, parece injusta esta disposición. La obligación de los padres divorciados en materia alimenticia se limita hasta que los hijos lleguen a la mayor edad, lo cual puede ser injusta, pues no siempre a la mayoría de edad

están los hijos capacitados para su propia subsistencia, máxime que actualmente se requieren estudios más prolongados y, en la mayor parte de los casos, los hijos no están capacitados para costearse esa educación; esto, sin olvidar los casos de incapacidad de los hijos o hijas por enfermedad, lo que les impedirá ser autosuficientes.

Además, esta disposición parece contradictoria comparándola por lo dispuesto en el artículo 308 fracción II del Código Civil para el Distrito Federal donde se establece, que los alimentos comprenden en su fracción I la comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso los gastos de embarazo y parto. Asimismo, respecto de los menores, además los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales.

Parece que el artículo 287 del Código Civil para el Distrito Federal plantea un caso especial que se aplica sólo a divorciados e hijos de los divorciados y que su obligación se limita hasta que los hijos adquieran la mayoría de edad, lo cual parece totalmente ilógico, injusto y contradictorio con las demás disposiciones relativas a alimentos.

Estimamos que, independientemente de la referencia a la mayoría de edad, la obligación alimentaria de los padres persiste de ser necesario, con base a las disposiciones generales sobre alimentos que se contienen en el Código Civil para el Distrito Federal.

De Ibarrola Antonio comenta que sobre el particular existe sentencia en los Tribunales Colegiados al hacer referencia al artículo 239 del Código Civil de Veracruz (semejante al 308 del Distrito Federal) que expresa que:

“La obligación que tienen los padres de dar lo necesario para los gastos educativos de los hijos, sólo la tienen respecto de los menores de edad, por lo que es claro que por lo que se ve a los mayores, éstos deben demostrar en juicio natural en forma indudable la necesidad de que sus progenitores continúen con la proporción de alimentos por este concepto. Sin embargo, al atender la realidad de que los hijos no están en capacidad de satisfacer sus necesidades educativas tan pronto ajustan la mayoría de edad, otra resolución expresa que aunque la demanda de los alimentos definitivos ha cumplido su mayoría de edad y no tenga trabajo u oficio que le reporte recursos económicos suficientes para subsistir por sí misma, ni desaparece la obligación de su parte de proporcionárselos, porque sus necesidades alimentarias no se satisfacen automáticamente por la comprobación de dichas circunstancias.”⁸

En esta materia también se presentan problemas prácticos para determinar su cuantía. Sobre esta materia, conviene remitirnos a lo ya dicho para la determinación de la cuantía provisional mientras el juicio de divorcio se resuelve.

En general en nuestro ambiente, los padres buscan evadir el cumplimiento de esta obligación cuando los hijos quedan bajo la custodia y patria potestad de la madre. No sólo argumentan escasos recursos, que

⁸ DE IBARROLA, Antonio. “Derecho de Familia.” 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 1996. p. 612.

muchas veces en complicidad con las empresas donde trabajan, comprueban a los Jueces, que efectivamente no cuentan con recursos suficientes, sino que también oponen toda clase de argucias para evitar que se les descuente la pensión que corresponda en justicia para el cónyuge inocente y sus hijos.

Estimamos que faltan en nuestra legislación reglas más claras y precisas, y posibilidades para una pronta y expedita administración de justicia, para resolver estos casos que se tornan angustiosos para muchas mujeres abandonadas y sin recursos para la alimentación de sus hijos.

V. Propuestas para hacer efectiva la guarda y custodia así como el Derecho de Convivencia de los menores.

La fortaleza de una sociedad se mide por la forma en que transcurre su vida. Para que una sociedad sea saludable y vigorosa debe contar con un mínimo de satisfactores que le permitan llevar un nivel de vida aceptable: alimentación suficiente, vestido adecuado y una vivienda decorosa.

En efecto, los alimentos y el patrimonio de la familia, constituyen los dos pilares de sustento económico del grupo de familia. Así, es elemental obligación de carácter ético, proporcionar socorro en la medida de las posibilidades de quien está obligado a proporcionarlos, a quienes forman parte del grupo familiar, las requieren. De esta manera en la obligación y en el deber de ayuda recíproca entre cónyuges y parientes, se aprecia con suficiente

claridad y fuerza, como en este caso las reglas morales sirven de base o punto de partida, a las normas jurídicas.

El derecho sólo ha reforzado ese deber de mutua ayuda entre los miembros del grupo familiar, al imponer una sanción jurídica a falta de cumplimiento de tal deber. Así, la regla moral es transformada en precepto jurídico: la ayuda recíproca entre los miembros del núcleo social primario, que es la familia.

La familia, como grupo primario, es la célula básica de la sociedad y como tal, recibe el impacto de todo cambio profundo que se da en la convivencia colectiva. Los valores vigentes en la sociedad o en el estrato social en que se vive, así como las esencias culturales de una Nación tienen en la familia, el hilo conductor más puro y eficaz. Esto es, la primera agencia educativa para el niño es la familia.

Consideramos que la familia como institución social única, realiza múltiples funciones: procreación, protección, manutención, seguridad, asistencia, división del trabajo, producción, consumo, control social, educación, autoridad, religión, recreación, socialización y los progenitores como adultos, deben producir un clima familiar unitario, armonioso y funcional, evitar la disgregación y el caos, razón por la cual sostenemos que los progenitores están obligados a sostener con alimentos a sus hijos, inclusive a los mayores de edad que estudien carrera profesional con buen grado de aprovechamiento y modo honesto de vivir.

De ahí que la institución de los alimentos no fue creada por el legislador para enriquecer al acreedor, o para darle vida holgada y dedicada al ocio, sino simplemente para que viva con decoro y pueda atender a su subsistencia, dicha obligación debe estar acorde con la guarda y custodia de los hijos, así como con el derecho de convivencia de los padres para con sus hijos, es más, consideramos que los alimentos deben estar por encima de los derechos de guarda, custodia y el de convivencia, porque se puede prescindir de estos últimos, no así de los alimentos. Proponemos que la guarda, custodia, derecho de convivencia y ejercicio de la patria potestad deberán ejercerse de acuerdo a lo que establecen los derechos universales del niño. Los documentos relativos a los derechos del hombre son declaraciones que protegen a toda persona, razón por la cual se aplican al niño, con las limitaciones derivadas de la protección que requiere de acuerdo con sus etapas evolutivas.

Nino Carlos Santiago opina:

“El niño gozará de los derechos del hombre proclamados en la Declaración Universal. Tiene derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad de su persona a un recurso efectivo ante los tribunales competentes que lo amparen ante los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley. No podrá ser sometido a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y tampoco son admisibles las injerencias arbitrarias en su vida, su domicilio o correspondencia.”⁹

⁹ NINO, Carlos Santiago. “Análisis de los Derechos del Niño.” 3ª edición, Editorial Ariel, España, 2002. p. 122.

Las personas a cuyo cargo se encuentra un menor (padres, tutores, curadores, etc.), será posible la intervención en la medida que fuere necesario para su cuidado y educación. El menor tiene derecho a la libertad de pensamiento, de opinión y de expresión e incluso a la libertad religiosa. El niño es titular de derecho a la educación, cuyo objeto es el pleno desarrollo de su personalidad y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, los padres poseen con referencia, la facultad de escoger el tipo de educación que habrá de dar a sus hijos.

Solo destacaremos de la declaración de los derechos del niño aquellos aspectos vinculados al tema de nuestro estudio.

El documento establece que el niño gozará de una protección especial para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Siempre que sea posible, deberá crecer bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material. El menor tiene derecho a recibir educación, en condiciones de igualdad de oportunidades, para desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social.

El interés del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación.

Finalmente, la declaración reitera que el menor debe ser protegido contra toda forma de crueldad, abandono y explotación.

Álvarez José María expresa:

“Esta convención intenta llenar las lagunas existentes en los instrumentos internacionales precedentes. Aunque la comunidad internacional ha puntualizado que la existencia de un marco jurídico, no es suficiente para asegurar la protección del niño, al mismo tiempo ha dado relevancia a la consagración formal de sus derechos, por constituir un instrumento ordenador de las acciones concretas.”¹⁰

La intención de la Convención no es sólo la protección del niño contra la violación de sus derechos humanos, sino que, pretende además, crearle condiciones favorables que le permitan una participación activa y creadora en la vida social.

Las disposiciones vinculadas con el tema, en cuanto delimitan sus alcances del ejercicio de la autoridad paterna, son las siguientes:

El artículo 12 establece que los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

El artículo 14 dice que la convención asegura al niño el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, aún cuando reconoce a los padres u otros representantes legales la facultad de guiarlo en el ejercicio de tales derechos, de acuerdo con la evolución de sus facultades, es decir, conforme a sus capacidades evolutivas.

¹⁰ ÁLVAREZ, José María. **“El Derecho de visita de los padres hacia los hijos.”** 4ª edición, Editorial Oxford-Ángel editor, España, 2001. p. 117.

El artículo 16, reconoce el derecho del niño a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

El artículo 18, dispone que:

“Artículo 18. La responsabilidad principal de los padres es la crianza y el desarrollo del niño y su preocupación primordial será el interés del menor. Al mismo tiempo establece que los Estados partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y tutores para el desempeño de sus funciones y velará por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.”

“Artículo 19. La Convención impone a los Estados partes, la adopción de todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas, mientras el menor se encuentre bajo la custodia de sus padres o de cualquier persona que lo tenga a su cargo, para protegerlo contra toda forma de abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual.”

“Artículo 39. Estas medidas de protección deben comprender procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales de prevención y tratamiento de los casos de malos tratos. Por otra parte, los Estados se obligan a adoptar medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica del niño, en los casos de que haya sido víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso.”

Podemos decir que entre los objetivos de la educación del menor, vinculados con nuestro tema, se hayan, por un lado, el desarrollo de su personalidad, aptitudes, capacidad mental y física hasta el máximo de sus posibilidades. Esto significa tener en cuenta en la tarea educativa, las particulares capacidades del menor en cada momento de su evolución. Por otro lado, es necesario inculcar al niño el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales.

De acuerdo a los derechos universales del niño y demás acuerdos internacionales, podemos resumir que los Estados partes, deberán asegurar en la guarda, custodia y Derecho de Convivencia la protección y el cuidado que sean necesarias para el bienestar de los infantes, al tener en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, se deben considerar las medidas legislativas y administrativas adecuadas y reconocer que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y por lo tanto debe garantizársele en la misma medida posible, la supervivencia y el desarrollo del mismo.

De igual manera señala el compromiso de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas.

Se deberá velar porque el menor no sea separado de sus padres contra la voluntad de éste, excepto cuando las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés del niño.

Se propone adoptar las medidas para luchar contra los traslados ilícitos de los menores al extranjero, así como su retención, para lo cual se debe promover la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

También se debe velar porque ningún menor o incapaz sea sometido a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptándose medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica, así como su reintegración social, en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y su dignidad.

C O N C L U S I O N E S

P R I M E R A. La evolución histórica de la guarda, custodia y Derecho de Convivencia, denota un debilitamiento de la autoridad paterna como ésta se le concebía en la antigüedad, pero también encierra un acercamiento entre los derechos de la mujer y de los menores con el padre.

S E G U N D A. En Roma, la autoridad paterna era tal que éste, decidía sobre la voluntad y destino de la esposa e hijos. Aquí no importaba la protección de los hijos o cuidado de éstos sino el interés del jefe de familia.

T E R C E R A. En Francia, al igual que en España la situación de la mujer e hijos era similar a la romana, cuya legislación tuvo una gran influencia en estos países e incluso llegó hasta nuestro país.

C U A R T A. Por Guarda se entiende la actividad que una persona física o moral tiene de otra capaz o incapaz que no puede valerse por sí mismo, ya sea que dicha guarda se haya otorgado por sentencia judicial o se haya asumido voluntariamente.

Q U I N T A. La custodia significa el derecho que se tiene de cuidar o resguardar a otro de manera voluntaria o por sentencia judicial.

S E X T A. El término “compartida” está mal empleado en la legislación civil, razón por la cual, este debe cambiarse por alternancia, ya que al menor no se puede compartir.

S É P T I M A. El derecho de convivencia, es un derecho innato en el hombre que sólo puede restringirse o suspenderse por los limitantes que la propia ley establece, pero en relación a los hijos éste derecho existe por la exigencia social y moral existente por los lazos consanguíneos y de parentesco existente entre padres e hijos.

O C T A V A. El interés superior del niño, consiste en que se debe proteger y resguardar lo que más convenga al menor para su desarrollo psicoemocional adecuado y hacer de éste un hombre de bien.

N O V E N A. Lo que se pretende con la guarda y custodia alternada o compartida es que el menor pueda disfrutar de la convivencia con ambos padres aunque en forma esporádica, siempre y cuando éstos observen y tengan buena conducta y estén al pendiente de los alimentos del menor.

D É C I M A. Para dar solución a la problemática planteada, el legislador debe tomar en cuenta que la guarda, custodia y derecho de convivencia va a la par con el derecho de los menores e incapaces a recibir alimentos y que no pueden existir los anteriores si no se han satisfecho de manera idónea éstos.

D É C I M A P R I M E R A. Mas que procurar el Derecho de Convivencia y disputa de la guarda y custodia, el legislador deberá buscar los remedios legales apropiados para garantizar éstos últimos, los cuales siempre deberán ser en dinero.

D É C I M A S E G U N D A. La instauración de un Código Familiar tipo para los Estados Unidos Mexicanos, será la solución a la problemática de la Guarda, Custodia y Derecho de Convivencia de los menores para instaurar Consejos de Familia, los cuales estarían adscritos a los Juzgados Familiares para dar seguimiento a todos los casos relacionados con los Derechos anteriores y ver qué es lo más conveniente para el menor, dichos Consejos estarían integrados por el personal humano y profesional adecuado para discernir lo más conveniente para el menor y la familia.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ÁLVAREZ, José María. “**El Derecho de visita de los padres hacia los hijos.**” 4ª edición, Editorial Oxford-Ángel editor, España, 2001.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. “**Derecho de Familia. Edición revisada y actualizada.**” 2ª edición, Editorial Oxford, México, 2005.

BARCENA, Andrea. “**Textos de Derechos Humanos sobre la Niñez.**” 2ª edición, Editorial CNDH. México, 2003.

BELLUSCIO, Augusto César. “**Derecho de Familia.**” T.II. 10ª edición, Editorial Depalma, Argentina, 2003.

BUSSO, Eduardo. “**Derecho Elemental de la Patria Potestad.**” 3ª edición, Editorial Oxford, México, 1990.

CASTÁN VÁZQUEZ, Enrique. “**La Guarda y Custodia de los Hijos.**” 4ª edición, Editorial Delma, Argentina, 2000.

CHÁVEZ ASECIO, Manuel, HERNÁNDEZ BARRIOS, Julio. “**La Violencia Intrafamiliar en la Legislación Mexicana.**” 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

CHÁVEZ ASECIO, Manuel. “**La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales.**” 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

CICÚ, Antonio. “**Derecho Civil Español Común y Foral.**” 3ª edición, Editorial Temis, España, 1997.

COVIELLO, Nicolás. “**Doctrina General del Derecho Civil.**” 3ª edición, Editorial Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003.

DE IBARROLA, Antonio. “**Derecho de Familia.**” 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 1996.

DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. “**Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal.**” 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004.

FUENTES MARIO, Luis. “**Ámbitos de Familia.**” 2ª edición, Editorial DIF., México, 1990.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. “**¿Qué es el Derecho Familiar?**” Vol. II. 2ª edición, Editorial Promociones Jurídicas y Culturales, S.C., México, 2000.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. “**Proyecto de Código Familiar tipo para los Estados Unidos Mexicanos.**” 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004.

HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón y PÉREZ-PORRÚA SUÁREZ, María. “**El Divorcio.**” 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004.

LOZANO RAMÍREZ, Raúl. “**Derecho Civil. T.I. Derecho Familiar.**” 2ª edición, Editorial Pac, México, 2005.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. “**Instituciones de Derecho Civil.**” T. III 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

MARCOVICH, Jaime. “**El Maltrato de los Hijos en custodia.**” 2ª edición, Editorial Edicol, México, 2004.

MATEOS M., Agustín. “**Etimologías Grecolatinas del Español.**” 7ª edición, Editorial Esfinge, México, 2004.

MONTERO DUHALT, Sara. “**Derecho de Familia.**” 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1994.

NINO, Carlos Santiago. “**Análisis de los Derechos del Niño.**” 3ª edición, Editorial Ariel, España, 2002.

PACHECO, Alberto. “**La Familia en el Derecho Civil Mexicano.**” 3ª edición, Editorial Panorama, México, 2002.

PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. “**Los Derechos de los Padres y de los Hijos.**” 3ª edición, Editorial Congreso de la Unión, México, 2004.

PÉREZ DUARTE, Alicia Elena. “**Derecho de Familia.**” 2ª edición, Editorial UNAM, México, 1999.

PETIT, Eugene. “**Derecho Romano.**” 13ª edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

PLANIOL, Marcel. “**Tratado Elemental de Derecho Civil Francés.**” 8ª edición, Editorial Depalma, La Habana, Cuba, 1998.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. “**Derecho Civil.**” T. IV. 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999.

ROYAL, Segoléne. “**La Reforma de la Autoridad Parental.**” 2ª edición, Editorial Wis-Hill, Canadá-México, 2005.

TOLEDO MARTÍNEZ, María Gabriela y ORTEGA CASTRO, Juan Carlos. “**La Pérdida de la Patria Potestad.**” 3ª edición, Editorial Incija ediciones, México, 2003.

URE, Alberto. “**La Custodia de los Hijos.**” 2ª edición, Editorial Bosch, España, 1999.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 2ª edición, Editorial Sista, México, 2006.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Editorial Sista, México, 2006.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Editorial Sista, México, 2006.

LEY DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS EN EL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Editorial Alco, México, 2006.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

DE PINA VARA, Rafael. “**Diccionario de Derecho.**” 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004.

Diccionario de la Lengua Española. 4ª edición, Editorial Salvat, España-México, 2003.

Enciclopedia Jurídica Omeba. T. VIII., 10ª edición, Editorial Dris-Kill, Argentina, 2002.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. “**Diccionario Jurídico Mexicano.**” T. P-Z. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

OTRAS FUENTES

Asamblea Legislativa del Distrito Federal. “**Comisión de Atención a Grupos Vulnerables.**” Debate de las reformas. México, 2004.

Exposición de motivos de las reformas del 6 de septiembre del 2004 al Código Civil para el Distrito Federal. El Código de Procedimientos Civiles Código Penal ambos para el Distrito Federal en materia de guarda, custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad, México, 2001.

Semanario Judicial de la Federación. T. XVI. 2ª Sala, Vol. II, 9ª Época, Mayo-Junio, México, 1996.

www.asamblealegislativa.com.mx Reformas 6 de Septiembre del 2004.