



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

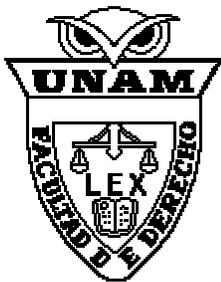
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**LA CUSTODIA COMPARTIDA. ESQUEMA REGULADOR
PARA SATISFACER EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.**

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA:

CONSUELO ELENA LABORIE ALARCÓN
DIRECTOR DE TESIS: MTRO. JOSÉ ALEJANDRO SANTIAGO JIMÉNEZ



CIUDAD UNIVERSITARIA

AGOSTO DE 2007



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 DIOS

Por iluminar mi camino con infinita misericordia,
por permitir que viviera en este mundo porque se
que con su gran amor ha perdonado mis errores y
porque sin su gracia no hubiera llegado este día.

A MI ALMA MATER

Universidad Nacional Autónoma de México.
Por permitirme ser una universitaria orgullosa,
no cualquiera tiene ese privilegio.

A LA FACULTAD DE DERECHO

Porque desde el momento en que la pise por
primera vez me sentí comprometida con ella.

A MI ABUELITA

Elena Alarcón López (†)

Porque desde el cielo vigilaste que termine lo
que empezamos hace más de veinte años, por
cuidarme aunque ya no estés aquí, espero algún
día ser la mitad de mujer que fuiste tu, me haces
mucha falta pero sigues en mi corazón por
siempre, porque me acompañas en los
momentos más difíciles cuento contigo y te
siento cerca aunque no te pueda escuchar.

A MI PADRE

Roberto Laborie Hernández.

Por infundir en mi este gran amor por la
Universidad, porque gracias a largos años de
sacrificios hizo de mi la mujer que soy, por ser
ejemplo de trabajo, tenacidad y perseverancia,
espero te sientas orgulloso de mi y no olvides que
eres el hombre al que más admiro y amo en la
tierra.

A MI MADRE

María Elena Alarcón Alarcón.

Por traerme a este mundo pese a todas las complicaciones, por cuidarme de todo con ese gran amor que desde antes de conocernos sentiste por nosotros, porque me enseñaste desde el primer momento de la vida que el trabajo es la base para conseguir lo que nos proponemos, por todas esas tardes que pasaste sentada a mi lado, se que sin ti no lo hubiera logrado, porque sin importar mis éxitos o fracasos siempre estarás a mi lado, porque aunque no lo exprese seguido y demuestre lo contrario pienso que eres la mejor madre del mundo y porque deseo con todo mi corazón ser digna de tu amor, perdona mis errores esta vida es muy difícil y no sé como vivirla, te amo.

A MI HERMANITO ROBERTO

Porque en tu compañía he pasado los mejores y los peores momentos de mi vida por ser mi cómplice, mi confidente, por quererme tanto y porque te amo con todo mi corazón eres lo mejor que me ha sucedido, sabes que cuentas conmigo para todo hoy y siempre.

A MI ABUELITO

Roberto Laborie Sherling (†)

Porque fuiste ejemplo de voluntad.

A MIS MAESTROS:

Porque infundieron en mi el sentido de la responsabilidad para con esta gran institución que es la Universidad, por dedicarme su tiempo con cariño y amor a la docencia.

Especialmente a mi asesor de tesis, Maestro José Alejandro Santiago Jiménez, por su paciencia, el

trabajo y esfuerzo que implicó dirigir esta tesis,
todos sus consejos siempre serán bienvenidos.

A MIS ABUELOS GUADALUPE, TRINIDAD,
MANUEL Y ANGELINA.

Gracias por su apoyo y por tenerme presente
todos los días en sus oraciones.

A FRANCISCO Y FEDERICO.

Porque han estado siempre conmigo en las
buenas y en las malas, por sus cuidados y porque
han colaborado en mi formación y porque sin
ustedes habría sido más difícil.

A MANUEL, LOLA Y REGINA MARÍA.

Porque cada momento me demuestran su
cariño y su apoyo, por ser fundamentales en mi
vida y porque siempre cuanto con ustedes, mil
gracias los quiero mucho.

A CORA, AGUSTÍN, JUAN, HORTE Y CARLOS.

Porque con sus constantes presiones lograron
que me dieran ganas de hacer este trabajo, sé
que lo hicieron por el gran cariño que sienten por
mi, no los defraude.

A MANUEL, JUAN JOSÉ Y MAURICIO.

Porque seguimos juntos pese a todo.

A JAZMY.

Por todas las grandes y pequeñas cosas que
compartimos, porque finalmente eres mi amiga y
porque eres un ejemplo para mi.

A MI JEFE:

Licenciado Antonio Rebollo Torres

Porque sin su valiosa colaboración este trabajo
aún estaría guardado en un disco.

A MI TÍO CARLOS ALBERTO BRAVO MELGOZA

Por ser mi ejemplo a seguir, por los consejos, por apresurarme para que acabara este trabajo por el apoyo y confianza y porque espero contar contigo para todo, te quiero mucho. Gracias, tío.

A ISABEL Y FRANCISCO.

Porque lejos o cerca, cuento con ustedes, porque se preocupan por mi y porque los quiero mucho.

A TODOS MIS PRIMOS LABORIE Y ALARCÓN.

Porque a su manera todos y cada uno de ustedes me quiere y me apoya.

**LA CUSTODIA COMPARTIDA. ESQUEMA REGULADOR PARA SATISFACER
EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.**

ÍNDICE

Agradecimientos.	I
Índice.	V
Introducción.	IX

CAPÍTULO 1

LA CUSTODIA COMPARTIDA. ESQUEMA CONCEPTUAL.

1.1. Matrimonio.	1
1.1.1. Concepto doctrinal.	4
1.1.2. Concepto legal.	10
1.2. La familia.	11
1.2.1. Concepto biológico.	13
1.2.2. Tipos de familia.	13
1.2.2.1. Familia doméstica.	15
1.2.2.2. Familia gentilicia.	15
1.3. El divorcio.	15
1.3.1. Concepto.	16
1.3.2. Clases de divorcio.	17
1.3.2.1. Divorcio administrativo.	18
1.3.2.2. Divorcio Voluntario.	18
1.3.2.3. Divorcio necesario.	20
1.4. Los alimentos.	25

1.4.1.	Protección de los alimentos.	27
1.4.2.	Extinción de la obligación.	27
1.5.	La filiación.	28
1.6.	Custodia.	29
1.6.1.	Concepto o definición.	30
1.6.2.	Concepto doctrinal.	31
1.6.3.	Diferencia entre guarda y custodia.	31
1.7.	Patria potestad.	33
1.7.1.	Concepto legal.	35
1.7.2.	Sujetos.	36
1.7.3.	Causas de la pérdida.	36
1.7.4.	Suspensión y limitación de la Patria Potestad.	37
1.7.5.	Concepto doctrinario.	41
1.8.	Custodia compartida.	42
1.8.1.	Concepto.	43
1.8.2.	Mediación familiar y custodia compartida.	43
1.8.3.	El interés superior del menor.	44

CAPÍTULO 2

LA CUSTODIA COMPARTIDA. DERECHO COMPARADO.

2.1.	Países con proyecto legislativo de Custodia Compartida.	46
2.1.1.	Argentina.	46
2.1.1.1.	Coparentalidad.	47
2.1.1.2.	Patria potestad y menores.	47
2.1.1.3.	Régimen de visitas.	47
2.1.1.4.	Implementación del derecho a la coparentalidad.	49
2.1.1.5.	La coparentalidad en la jurisprudencia.	50
2.1.2.	Colombia.	50

2.1.2.1.	Patria potestad y autoridad parental.	50
2.1.2.2.	Derechos y obligaciones entre padres e hijos.	51
2.1.2.3.	Terminación de los derechos de autoridad familiar.	52
2.2.	Países que tienen regulada la custodia compartida.	52
2.2.1.	Suecia.	53
2.2.1.1.	Custodia, residencia y contacto.	53
2.2.1.2.	El mejor interés del niño.	53
2.2.1.3.	Custodia compartida.	53
2.2.1.4.	Residencia del niño.	54
2.2.1.5.	Contacto.	54
2.2.1.6.	Derecho a la deducción de gastos.	54
2.2.1.7.	Custodia compartida o exclusiva.	55
2.2.1.8.	Acuerdos de la custodia.	57
2.2.1.9.	Determinación de la custodia.	57
2.2.2.	Canadá.	58
2.2.2.1.	Antecedentes, contexto y desarrollo.	59
2.2.2.2.	Mandato y labor del comité.	61
2.2.2.3.	Recomendaciones del Comité Mixto Especial Sobre Custodia y Acceso.	62
2.2.3.	Francia.	72
2.2.3.1.	La iniciativa de reforma de la autoridad parental.	75
2.2.3.2.	Coparentalidad e igualdad hombre mujer.	81
2.2.3.3.	La custodia alterna. Situación actual.	82
2.2.3.4.	Ley 2002-305 de cuatro de marzo de dos mil dos, relativa a la patria potestad.	82
2.2.4.	España.	90
2.2.4.1.	Reforma del derecho de familia.	92
2.2.4.2.	Patria potestad y su ejercicio: Opciones.	95
2.2.4.3.	Titularidad y ejercicio.	95
2.2.4.4.	La guarda y custodia compartida.	97

CAPÍTULO 3

LA CUSTODIA COMPARTIDA.

3.1.	Estudio de la constitucionalidad del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal.	98
3.2.	Ambigüedad del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal.	103
3.3.	Beneficios e inconvenientes de la Custodia Compartida.	105
3.4.	Propuesta de modificación legislativa.	112
3.5.	Problemática procesal. Peritajes.	117
3.5.1.	Necesidad de la prueba pericial. El testimonio técnico.	119
3.5.2.	Testigos técnicos.	120
3.5.3.	En qué consiste el peritaje.	121
3.5.4.	El objeto del peritaje.	123
3.5.5.	Características del peritaje.	124
3.5.6.	Requisitos de la prueba pericial.	126
3.6.	Necesidad de definir en el Código Civil para el Distrito Federal vigente, la custodia compartida.	127
	Conclusiones.	135
	Bibliografía.	138
	Diccionarios y enciclopedías.	141
	Internet.	142

INTRODUCCIÓN.

La familia es el núcleo de la sociedad los conflictos que se originan en su seno, tienen un reflejo indiscutible para sus integrantes, esos problemas son pauta de comportamientos en el ámbito social. La familia como institución básica de la sociedad, es parte fundamental para el desarrollo de los menores que la integran.

Cada año aumentan los casos de separación y divorcio en México. En el año 2000, se dieron siete divorcios por cada cien matrimonios, y aunque las leyes conceden igualdad de derechos a los dos progenitores, la custodia de los hijos se adjudica a la madre en el 95% de los casos. Ante esta situación, se creó en el Distrito Federal la figura de la custodia compartida.

En su forma actual la custodia compartida presenta carencias, ya que sólo es enunciada en el Código Civil para el Distrito Federal y la dejan con lagunas casi imposibles de subsanar.

La coparentalidad es una figura importante y de relevancia que no debe estar simplemente enunciada en la codificación civil para el Distrito Federal, sino que debe tener un procedimiento con el que se consigan mejores resultados ya que se trata de cuestiones relativas a los menores y por esa razón es de interés público.

Queremos demostrar que pese a que los niños se pueden enfrentar a problemas psicológicos debido a tener dos casas, pueden resarcirse porque los menores tendrán la influencia directa e inmediata de sus padres.

Así es como pretendemos que la custodia compartida no opere de oficio o que la procure en la medida de sus posibilidades el juzgador, sino que sea a petición de parte y por medio de un convenio que deberá suscribirse por ambos padres el que tendrá que ser aprobado por el juzgador ratificado por la

representación social y por el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal. No pasamos inadvertido que el juez podrá escuchar a los niños de cualquier edad, y será a su consideración si toma en cuenta el contenido de esas pláticas o si lo desecha al emitir la resolución correspondiente.

Los niños y las niñas hijos de padres divorciados tienen una esfera de protección insuficiente y precaria, que los convierte en sujetos en condiciones de vulnerabilidad y en algunos casos los coloca en desventaja social frente a otros menores que tienen la posibilidad de convivir con ambos progenitores. Para superar tal situación, parece urgente armonizar los derechos de sus ascendientes y otros parientes a convivir con ellos, sin menoscabo del bienestar de los menores y velando por el cumplimiento de los deberes escolares y sus derechos de convivencia con sus padres y familiares más próximos, a contar con un contexto de desarrollo personal que no los perturbe plasmados en la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños como en la Ley de las y los jóvenes del Distrito Federal.

En esta investigación, el interés superior de los niños y las niñas constituye el principio rector para armonizar los legítimos derechos del padre y de la madre, mediante propuestas para realizar ciertas modificaciones a la legislación del Distrito Federal y de todos los mexicanos, en el ámbito civil, en sus aspectos sustantivo (garantías individuales) y adjetivo (derechos procesal).

Estudiaremos la fracción V, del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal a efecto de introducir un procedimiento para que el juzgado esté en aptitud de pronunciarse respecto de la custodia compartida de los niños y las niñas, es decir, los pasos que el juzgador de lo familiar debe tomar en consideración al emitir su resolución.

Este procedimiento resolverá provisional y definitivamente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus parientes, y el juez antes de dictar la resolución escuchará separadamente al menor y en la sentencia el

órgano jurisdiccional deberá establecer la posibilidad de que la convivencia, sea en forma equitativa hasta en diversas ocasiones a la semana y que los días feriados puedan significar convivencia alterna.

También deberá tomar en cuenta las precauciones que deban existir cuando surja la posibilidad no confirmada de violencia familiar; para lo que el impartidor de justicia estará facultado para decretar el cambio de la guarda y custodia de los menores, cuando el ascendiente que la ejerce incumpla su deber de permitir la convivencia de los niños y las niñas con sus parientes que tengan reconocido tal derecho. Finalmente, será causal de suspensión del derecho de convivencia, que el titular incumpla la obligación alimentaria a su cargo establecida a favor de los menores.

Estas figuras pretenden dotar de un marco jurídico específico en los procesos de guarda, custodia y derecho de convivencia a los Ministerios Públicos y Juzgados de lo Familiar; de especificar tiempos, formas y plazos para desarrollar dicho proceso, con el que se facilitarán y mejorarán los trámites que a la fecha resultan engorrosos y en algunos casos onerosos para las personas en estas circunstancias, lo que requiere revisar la organización del proceso de guarda, custodia y derecho de convivencia actual en cuanto al plazo de inicio y conclusión.

En primer término, el estudio que se realizará busca agilizar y especificar figuras que en la práctica diaria en los juzgados de lo familiar se han presentado y por falta de un marco jurídico adecuado a las cambiantes formas y modalidades en la organización familiar y en las distintas causas por las que los matrimonios y parejas se separan o divorcian y en consecuencia se ha de aclarar y solucionar la guarda, custodia y derecho de convivencia.

La guarda, custodia y derecho de convivencia son elementos que constriñen a los ciudadanos a cumplir con las obligaciones que han adquirido con respecto a la procreación y educación de su progenie, en la superación y

resolución de los problemas de la sociedad en la que son ineludibles los lazos familiares y sentimentales, que permiten que los ciudadanos e individuos parientes sanguíneos directos e indirectos se relacionen entre sí y tengan figuras específicas en el derecho, ante las diferentes instituciones de justicia que competen en la intermediación social.

CAPÍTULO 1

LA CUSTODIA COMPARTIDA. ESQUEMA CONCEPTUAL.

1.1. Matrimonio.

Matrimonio, del latín *matris munium* que significa carga, gravamen o cuidado de la madre.

Una de las estructuras que sustentan la sociedad en que vivimos es la familia, que se forma legalmente por medio de la institución del matrimonio.

El matrimonio es una estructura mediante la cual se pretende organizar jurídicamente la sexualidad humana y la crianza de los hijos que pudieran nacer de esa convivencia sexual. A lo largo de la historia el grado de control de los grupos en el poder sobre esta relación ha variado, de modo que en algunas épocas ha sido más rígido que en otras, pero desde que existe una organización social, surgió la familia y el matrimonio u otra forma legal similar de control sobre la sexualidad de la pareja. Algunas veces este control lo han ejercido grupos de poder de corte religioso o en otros tiempos de influencia secular.

El hecho biológico de la unión de los sexos presenta, según Tomás de Aquino tres aspectos: el natural, el jurídico o civil y el religioso.

Desde cualquiera de estos puntos de vista el matrimonio constituye el fundamento de la familia y de la organización social por lo que Cicerón lo llama el principio de la ciudad y la semilla de la República.

Para el Derecho Civil, el matrimonio ha sido definido por los autores y las leyes de diferentes maneras, pero casi todas coincidentes como:

“La unión solemne e indispensable del hombre y mujer para prestarse mutuo auxilio y procrear y educar hijos.”¹

Esta definición pone de manifiesto que el matrimonio es un acto solemne en el que lo primordial es preservar la especie y en ese sentido procurar la colaboración en la educación de los hijos.

Y la clásica de Escriche que ha sido adoptada en forma más general por tratadistas y legisladores como:

“La sociedad legítima del hombre y la mujer que se unen en un vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte.”²

En síntesis, lo definiremos como la comunidad de vida de hombre y mujer reconocida, regulada y amparada por el derecho.

Se caracteriza por:

- a) Ser una unión entre personas de diferente sexo, se descartan por ello las uniones de homosexuales.
- b) Monogámico.
- c) Solemne.
- d) Disoluble.

Los fines perseguidos por los cónyuges son:

¹ Cfr. **IBARROLA, Antonio De.** “Derecho de Familia”, 4ª ed., Ed. Porrúa, México, Distrito Federal, 1993, p. 156.

² Cfr. *Idem*, p. 155.

Convivencia: Implica la existencia de un domicilio común y una comunidad de vida, igualdad de derechos y obligaciones dentro del hogar, contra ese fin esencial se han establecido en diversos regímenes el llamado matrimonio morgamático o de la mano izquierda, que sólo se conserva entre las familias reinantes, para que el cónyuge no adquiriera los derechos a la corona que le correspondería por un matrimonio normal (así el esposo de la reina de Inglaterra, no es rey sino sólo príncipe consorte).

Ayuda mutua: El matrimonio es una comunidad de vida, ayuda y auxilio entre los consortes, en consecuencia, de su esencia deriva el derecho a alimentos y a la sucesión legítima en caso de muerte.

Débito carnal: Tiene implícitas dos finalidades.

- a) La procreación.
- b) Remedio a la concupiscencia.

Fidelidad: Esencia del matrimonio, tanto por el respeto a la unión como por la garantía de la paternidad del esposo.

La naturaleza jurídica de la relación matrimonial es compleja y cuenta con una larga historia.

El legislador mexicano parece haber resuelto el problema al señalar el carácter contractual de esta figura.

Cabe destacar, que no es una definición satisfactoria, en virtud del contenido afectivo y moral que implica esta relación particular entre un hombre y una mujer. La experiencia que la mayoría de las personas tiene en el ámbito amoroso afectivo, pone en entredicho toda definición de la naturaleza del matrimonio que implique conceptualizarlo como un contrato de carácter

patrimonial, en especial la que lo define como un contrato basado en argumentos tanto subjetivos como jurídicos, por ejemplo la forma en que lo concibe el maestro Chávez Asencio.

1.1.1. Concepto doctrinal.

Antonio de Ibarrola define al matrimonio como la institución jurídica primera y más importante del conjunto de éstas, base fundamental de la familia, su centro y demás instituciones que integran el derecho de familia, instituto jurídico ya que constituye el fundamento de la sociedad civil, representa la comunidad de vida entre un hombre y una mujer.

El mismo autor afirma que el matrimonio es:

“... un contrato solemne: por ende, la voluntad de las partes no es suficiente: se hace necesario seguir procedimientos y formalidades especiales estructurados por la ley. Consiste la forma en la presencia personal de las dos partes y en la celebración del matrimonio por un juez del Estado civil, antes oficial representante de la ley y del Estado, que interviene para otorgar al matrimonio su carácter público... Para nuestra ley el matrimonio religioso carece de todo valor ...”³

Así, llegamos al caso de la legislación mexicana, en la que la naturaleza contractual obedece a razones históricas, a finales del siglo XIX, el Estado tuvo que quitar a la Iglesia católica el control que ejercía sobre el estado civil de las personas. El cambio se reflejó, concretamente, en la reforma constitucional de enero de 1992, que modificó el artículo 130 al establecer la consideración de que el matrimonio es un **contrato civil entre un hombre y una mujer**.

³ Ibidem, p. 158.

Desde nuestro punto de vista no es necesario hacer un estudio comparativo entre los contratos nominados y el matrimonio para decir si es o no de naturaleza contractual, en virtud de que lo único en común entre ambos es el acuerdo de voluntades necesario para que se concreten los primeros y se celebre el segundo, consecuentemente, la postura de Magallón Ibarra y de Antonio de Ibarrola, quienes definen al matrimonio como contrato, no es del todo incorrecta. Según estos autores, el matrimonio es un contrato *sui generis*, totalmente distinto a todos los demás, con reglas propias, con formas específicas para su celebración.⁴

Además de esta naturaleza contractual, se han querido adjudicar otras como: institución, acto jurídico, mixto o condición, contrato de adhesión, estado jurídico o acto de poder estatal.

La naturaleza jurídica del matrimonio puede establecerse como:

a) **Contrato:** Por ser un acuerdo de voluntades, sin embargo, no se debe perder de vista que no todo acuerdo de voluntades constituye finalmente un contrato, en virtud de que el Código Civil los considera como actos jurídicos convencionales, pero se sostiene, además, que no es suficiente el consentimiento de las partes, pues se requiere también la declaración de autoridad sin la cual no hay matrimonio; los contratos son consensuales o a lo más formales, pero no existen contratos solemnes como lo es el matrimonio, sus efectos afectan tanto a los contrayentes como a sus respectivas familias y la sola voluntad no es suficiente para ponerle fin, aún en los casos de divorcio voluntario se requiere sentencia judicial o resolución administrativa.

b) **Acto Jurídico:** Se reconoce su carácter de voluntario, pero además de la voluntad de los contrayentes es necesaria la declaración estatal, lo que da el

⁴ **MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario**, "Instituciones de derecho civil. Derecho de familia", 1ª ed. t. III, Ed. Porrúa, México, Distrito Federal, 1988, p. 459.

carácter de acto jurídico complejo y estatal incluso en los sistemas que reconocen efectos civiles a la celebración religiosa ya que el ministro del culto religioso actúa como agente de la autoridad civil.

c) **Institución:** En virtud de que la celebración del acto implica la aplicación de una serie de reglas que fijan la vida en común, sus obligaciones y derechos que sólo en escasa medida pueden ser modificados por las partes, pues los fines esenciales del matrimonio no pueden ser alterados y regirán las relaciones conyugales mientras no se disuelva el vínculo.

El matrimonio como acto jurídico tiene carácter contractual y de autoridad en el momento de su celebración y el estado matrimonial constituye una institución regulada por el derecho en su formación, sus efectos y formas de terminación.

Cabe destacar que el Código Civil Federal vigente en relación con los matrimonios celebrados en el extranjero, establece:

“ARTÍCULO 161.- Tratándose de mexicanos que se casen en el extranjero, dentro de tres meses de su llegada a la República se transcribirá el acta de la celebración del matrimonio en el Registro Civil del lugar en que se domicilien los consortes. (...)”

Además, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, emitió la tesis que en su parte medular advierte que el **matrimonio** celebrado en el extranjero en el que intervienen mexicanos, y que con posterioridad se domicilian en territorio nacional, surte efectos aun ante su registro extemporáneo, en todo lo que no fuere estrictamente patrimonial, pues a ello está referida la frase **efectos civiles** utilizada en el artículo 161 del Código Civil Federal, ya que tal acto es el medio por el que se da publicidad a esa unión e incide en las relaciones jurídicas que establezcan los cónyuges con terceros, con el fin de evitar perjuicios a quienes ignoren su estado civil. Por tanto, el acta de

matrimonio, traducida y apostillada, prueba plenamente la fecha de su celebración, siendo por ende idónea para acreditar ese estado civil en un juicio de divorcio, así como para realizar el cómputo relativo al ejercicio oportuno de esa acción, independientemente de que ese documento no se hubiere inscrito en el plazo legal de tres meses ante el Registro Civil del lugar donde se establezcan.

La familia es la base sólida de la sociedad; si la familia se vuelve añicos lo que queda de ella es la fuente de muchos de los males que aquejan a la primera.

La naturaleza institucional es la más aceptada. Ya que el matrimonio se concibe como una institución porque se trata de un núcleo de normas que regulan relaciones de una misma naturaleza y persiguen un mismo fin que, en este caso, es la creación de un estado permanente entre los cónyuges del que surge una serie de efectos de tipo jurídico.

La definición de Bonnacasse es la siguiente:

“Conjunto de reglas de derecho que forman un todo orgánico (institución) y que comprenden una serie indefinida de relaciones (estado jurídico) considerada como punto de partida y base...”⁵

El autor relaciona los tres momentos del matrimonio: la celebración, se puede definir como un acto jurídico de naturaleza contractual *sui generis*; un segundo momento marcado por el estado jurídico o civil que se establece a partir de ese acto jurídico y la institución que la norma; es decir:

En nuestro país estas son las dos posturas que generan la controversia doctrinal, autores renombrados se inclinan por considerar al matrimonio como una

⁵ **BONNECASSE, Julián**, “La filosofía del Código de Napoleón aplicada al derecho de familia”, S.N.E., Trad. José María Cajica Cajica, t. II, vol. II, Ed. José M. Cajica, JR, Puebla, Puebla, México, 1945, p. 214.

institución, aunque del análisis y división mencionada en líneas que anteceden, se desprende algo diferente, una tesis contractual; consideramos que se deben tomar en cuenta ambas.

De conformidad con lo expuesto, el matrimonio es una relación de naturaleza tan compleja que ninguna de las figuras la define por sí sola. Más bien, como ocurre en el caso de la institución, para definirla es necesario que se complementen unas y otras. Esto indica que el matrimonio es una figura de naturaleza jurídica compleja y múltiple que contiene por lo menos, el acto jurídico, el contrato, el estado jurídico y la institución.

La celebración del matrimonio es un **acto jurídico solemne**, cuyos requisitos de forma están contenidos en dos capítulos de la codificación civil, actas de matrimonio y requisitos para contraerlo.

Cabe destacar que las formalidades reguladas en la codificación enunciada son requisitos de existencia del matrimonio.

Desde nuestro punto de vista, el matrimonio es la base de la unidad familiar. En la sociedad y época actuales, la familia es la unidad más integrada, la que mejor logra perpetuarse y la que se autoprotege mejor. Es necesaria para la vida en común; tanto desde el punto de vista económico como el de cualquier otro. La cultura se desintegraría si su piedra angular, la familia, dejara de tener validez como tal. Podemos decir con seguridad que aquel que destruye el matrimonio destruye la civilización.

En la actualidad, pese a que hay más matrimonios que divorcios, la diferencia entre ellos se reduce cada vez más. El matrimonio está a punto de convertirse en una institución fracasada; en consecuencia, si un infante cuyos padres no tuvieron mucho éxito con el matrimonio, observó y vivió en carne propia la mala relación de pareja, lógico dilucidar que al alcanzar la edad adulta esa

persona pensará que es una institución perdida, indudablemente de naturaleza humana, que sin embargo no se perpetúa ni es muy buena, ya que no conserva la unidad entre sus miembros ni el fin para el que fue creada.

Una de las razones por las que un niño se lastima es porque sus padres no se dan cuenta de que tienen responsabilidades para con la familia. Las enfermedades de la infancia y todo tipo de problemas psicológicos, suceden inmediatamente después de problemas de disgregación familiar.

Son tres las acepciones jurídicas del matrimonio.

1.- Se refiere a la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer con el fin de crear una unidad de vida entre ellos.

2.- Al conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión.

3.- A un estado general de vida que se deriva de las anteriores.

En consecuencia como ya hemos mencionado, el matrimonio es una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges y crean un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne, a pesar de que la ley lo define como un contrato civil.

En la doctrina se han elaborado varias teorías en torno a la naturaleza jurídica del matrimonio. Tres de ellas se derivan de las acepciones señaladas en líneas que anteceden, además se habla de matrimonio contrato, matrimonio contrato de adhesión, matrimonio acto jurídico condición y matrimonio acto de poder estatal.

El matrimonio como contrato encuentra en México, su fundamento en el artículo 130 de la ley de la materia, a pesar de que dicho numeral es el resultado

de circunstancias históricas de un momento dado, como fue el interés por evitar que la iglesia conservara el control sobre dicha institución, interés que refleja claramente la ideología de la Revolución Francesa.

Por otro lado, el contrato tendrá siempre un carácter eminentemente patrimonial, no así el matrimonio; el contrato puede ser revocado o rescindido por la sola voluntad de las partes sin intervención del poder judicial, el matrimonio no. Estas observaciones desvirtúan por completo la teoría de la naturaleza contractual del matrimonio.

Los autores que postulan la teoría del matrimonio contrato de adhesión, explican que es el Estado el que impone el régimen legal del matrimonio y los consortes simplemente se adhieren a él. A esta teoría se oponen las observaciones esgrimidas en el párrafo anterior, ya que conserva el concepto contractual.

La teoría del matrimonio acto jurídico condición tiene por objeto determinar la aplicación inquebrantable de un estatuto jurídico a un individuo o conjunto de éstos, para crear situaciones de derecho concretas, que formen un estado siempre que no se agoten con la realización de las mismas, sino que permitan una constante renovación.

1.1.2. Concepto legal.

El Código Civil Federal, en su título quinto, regula lo referente al matrimonio, y el legislador lo refiere como un contrato, también, señala que debe celebrarse ante los funcionarios que la propia ley establece y con las formalidades que exige, dispone que cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta, pero, de la lectura del referido título no se desprende una definición como tal por lo que en atención a las características que la legislación civil refiere, el concepto

legal del matrimonio es desde la perspectiva de nuestro estudio y de conformidad con los preceptos 146 a 179 del código de referencia:

El contrato por el que los cónyuges adquieren derechos y obligaciones para conseguir sus fines puede celebrarse bajo diferentes regímenes con relación a los bienes como son el de sociedad conyugal o el de separación de bienes, que se dan con la suscripción de las capitulaciones matrimoniales que son los pactos que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar su administración en uno y en otro caso, empero, serán nulos todos aquéllos que los esposos hicieren contra las leyes o los fines naturales del matrimonio.

1.2. La familia.

Existen diversos significados del concepto de familia lo cual dificulta la elaboración de uno, único y universal.

Para Giraud la familia es:

“...familia se deriva de la voz etrusca, *famel*, esclavo que no designaba en su sentido primitivo, a la pareja conyugal y a los hijos, sino simplemente al conjunto de los esclavos pertenecientes al *pater familias*.”⁶

Desde la perspectiva jurídica en sentido amplio la familia está formada por personas unidas por vínculos jurídicos familiares que tienen su origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco. En la actualidad la familia deriva de la unión intersexual que constituye la familia natural o de hecho llamada anteriormente concubinato.

⁶ <http://www.encyclopediacatolica.com/f/familia.htm>, dos de octubre de dos mil seis, 17:45.

Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. Conjunto de ascendientes y descendientes, colaterales y afines a un linaje. Hijos o descendencia. Número de criados de uno aunque no vivan dentro de su casa. Conjunto de individuos que tienen una condición común.

La familia es el grupo de personas que comparten un hogar y una visión del mundo, es el modelo fundamental del menor, su primera y más importante influencia. A través de la **convivencia diaria** le transmite, directa e indirectamente, consiente e inconscientemente, sus costumbres, creencias, maneras de actuar, de pensar, de resolver conflictos, de relacionarse.

Así tenemos que la familia es el hecho y el derecho de familia es su reglamentación jurídica.

La familia es el elemento social que debe hallarse firme y sólidamente constituida, para que la edificación social no se desplome.

Los menores, en la mayoría de los casos se enfrentan a la vida con los recursos que logren obtener en la niñez. Sus logros se apoyarán en la confianza y seguridad en sí mismo que su familia le ayude a desarrollar, en los conocimientos y destrezas que vaya adquiriendo, en la habilidad de decidir y de ser responsable, en su autonomía, en los valores que asimiló, en el afecto que recibió y aprendió a dar, en su capacidad de relacionarse con otros, de compartir y de ser solidario.

La familia es la base de cada persona, es decir, es el seno donde nos enseñan los hábitos y comportamientos para toda la vida, la gente que ha tenido fuertes problemas familiares a lo largo de su vida tiene trastornos en su personalidad muy marcados y, las personas que viven en un ambiente familiar sano tienen vidas menos conflictivas, más maduras, obviamente con defectos pero más tranquilas.

1.2.1. Concepto biológico.

El primer enfoque nos coloca frente a un concepto biológico de la familia que deberá entenderse como aquel grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes sin limitación. La familia biológica implica al grupo de personas que por descender del mismo tronco común generan entre sí lazos de sangre.

Conjunto en el que se cumplen las funciones sexuales cuya finalidad es la procreación, para que la prole socialice y coopere.

Unión en la que se satisfacen los hechos básicos de la vida, apareamiento, gestación, paternidad o maternidad, asociación y fraternidad, entre otras. Hechos que son institucionalizados mediante un conjunto de normas jurídicas por considerarse relevantes en el contexto social.

1.2.2. Tipos de familia.

Para intentar definir un perfil de las familias en México, es necesario reconocer que existe una diversidad de estructuras familiares y que los tipos de funciones y relaciones afectivas, más o menos extensas e intensas, varían en el tiempo y en el espacio, las familias en consecuencia, son diferentes y se debe atender al número de personas que las forman y las condiciones de cada una.

Así tenemos que pueden existir dos tipos de grupos sociales:

- a) **Familia nuclear:** Que se encuentra integrada por la unidad doméstica, grupo primario institucionalizado de relaciones afectivas, volitivas y racionales entre sus miembros.
- b) **Familia extensa:** Grupos difusos integrados por personas a las que une un nexo de consanguinidad, afinidad o adopción.

En este contexto se pretende explicar la razón por la que no se puede definir a la familia mexicana, en un concepto único, ya que además de lo expuesto, es necesario precisar que México es una Nación plural y las diferencias que existen entre las comunidades indígenas, rurales y las urbanas no son las únicas influencias, también contribuyen a la diferenciación la disparidad de la distribución de la riqueza, las creencias religiosas y, por supuesto, las costumbres de cada región en que se divide el país.

También debemos agregar que el mundo occidental está cambiando, debido a la influencia de nuestro vecino del norte, y que en razón de eso, se han transformado las sociedades, la división del trabajo ya no es tan clara como hace dos décadas, ahora la mujer tiene acceso a las fuentes de trabajo remuneradas, lo que ha contribuido a que se aumenten las disoluciones de los vínculos matrimoniales por lo que se ha recurrido a la necesidad de otras instituciones para atender las funciones otrora de la familia.

En cualquier tipo de familia los niños tienen el derecho y también la posibilidad de crecer felices, de aprender y de desarrollar sus capacidades. Ninguna persona es perfecta, las familias tampoco lo son. Todos sufrimos limitaciones en nuestros conocimientos y recursos, a veces nos equivocamos o perdemos el control, pero todos tenemos también la capacidad de superar los errores, el cansancio o el enojo, de aprender nuevas formas de convivir con los demás y de ser solidarios.

Lo importante es que la o las personas adultas encargadas de la educación de los niños de una familia, seamos conscientes de la trascendencia de nuestro papel como educadores y nos ocupemos de nuestros niños con inteligencia, respeto y sobre todo con amor.

Así como las personas evolucionan, las familias también se transforman, pasan por diversas etapas, funcionan de manera diferente cuando los hijos son

pequeños, cuando entran a la escuela o llegan a la adolescencia, cuando enfrentan problemas en su seno o cuando se atraviesa el procedimiento del divorcio y sus consecuencias.

1.2.2.1. Familia doméstica.

Es aquella en la que habitan bajo el mismo techo, es decir, en un hogar, para lo que debemos entender como hogar el lugar la morada cálida agradable en que se habita a gusto que permite que los miembros de la familia, permanezcan a tranquilos, en una adecuada intimidad, existen nexos fuertes entre los integrantes, no se delega la responsabilidad de la educación al Estado, sino que se toma como un compromiso de los padres.

1.2.2.2. Familia gentilicia.

Son familias formadas por generaciones que conviven en un mismo hogar, la autoridad es ejercida por el padre, pero, en asuntos relacionados con la salud de los hijos, se toman decisiones en conjunto, es decir, interviene la madre, porque por lo general es la que se encuentra con los hijos, las relaciones familiares en este tipo de familias adoptan características parecidas a las del clan, los procesos de socialización se dan con los vecinos o en la escuela, por lo general se producen individuos tímidos, que aceptan las decisiones paternas.

1.3. El divorcio.

La psicología dice que el divorcio es la herramienta más útil de las familias, esta afirmación, aunque contradictoria e incluso absurda, por aquéllos que se autodenominan defensores de la familia, que se basan en argumentos morales y religiosos, es de relevancia ya que no debe pasar desapercibido, el hecho de que en la familia se enlazan poderosos elementos afectivos que deben considerarse más allá de los deberes morales o religiosos, en virtud de esto, debe

decirse que no es obstáculo el hecho de que la sociedad rechace el divorcio, si tanto la pareja como sus hijos resultan afectivamente beneficiados por eso.⁷

Pese a que algunos estudios **éticos** señalan que el divorcio es el causante de la desintegración familiar, para otros, quizá de mentalidad más moderna, es un **mal necesario**, ya que subsana situaciones familiares conflictivas, si bien desintegra, también es cierto que ningún extremo es correcto.

1.3.1. Concepto.

Es la disolución del vínculo matrimonial entendido como la ruptura del lazo conyugal, la cesación de los efectos que unían a los esposos, es la forma de poner fin a los efectos legales que produce el matrimonio.

El divorcio es una institución jurídica que no puede ser calificada como buena o mala, ya que para poder emitir una calificación, se deben atender las circunstancias que rodean a ese grupo, razón por la cual desde nuestro punto de vista es **útil**, ya que aporta a las relaciones familiares la solución a un conflicto, lo que lo convierte en un instrumento jurídico, empero, sólo lo resuelve de manera parcial, el resto corresponde a la pareja que se divorcia.

Tanto el matrimonio, como el divorcio, responden a una ideología determinada que se remonta históricamente a tradiciones religiosas solemnes **hasta que la muerte los separe**, esta frase crea un vínculo externo a la voluntad e intenciones de los esposos, es decir, aunque físicamente estén separados el vínculo persiste, esta tradición continúa hasta nuestros días en la mayoría de las culturas orientales, en las que pese a que el divorcio ha sido regulado, se busca a toda costa impedir el rompimiento de los matrimonios.

⁷ **ROMERO IBARROLA, Norma**, “Guía de Padres”, 1ª ed., Ed. Infantil y Educación, S.A. de C.V., México, Distrito Federal, 2003, pp. 5 a 24.

Es importante resaltar que la causa real de los rompimientos es sin lugar a dudas el agotamiento de las relaciones y de los sentimientos que llevaron a la pareja a contraer matrimonio, en teoría esta ruptura no debería afectar la esfera de los hijos menores, ya que existen circunstancias que realmente los dañan, en consecuencia, la separación franca y honesta es lo más conveniente.

El bienestar de los hijos de padres divorciados, es un arma frecuentemente utilizada por moralistas y religiosos de buenas costumbres para atacar a la institución, sin embargo, psicólogos, antropólogos y sociólogos afirman que en realidad lo que genera un daño de imposible reparación es el abandono que se da por el debilitamiento del matrimonio, los casos de quiebra efectiva más que una sentencia en la que se declara un divorcio.

Lo que se necesita realmente para fortalecer a la familia es poner más atención a los sentimientos de los involucrados en el núcleo familiar, el derecho civil tendría que dar mayor importancia a la comunidad de vida entre los cónyuges que al acto que la genera; así las cosas, el divorcio no es más que la alternativa útil que la sociedad ha puesto al servicio de la pareja cuando su relación definitivamente ha dejado de ser satisfactoria, no cumple sus fines y se ha vuelto conflictiva por lo que no tiene sentido mantenerla, el divorcio debería ser un estabilizador de las relaciones familiares ya que puede sentar las bases de organización para cuando no sea posible la convivencia armónica y la ruptura interna se haga externa.

1.3.2. Clases de divorcio.

Con la finalidad de facilitar las disoluciones matrimoniales, el legislador mexicano se dio a la tarea de clasificar los tipos de divorcio, para lo que se consideraron las características y requisitos de las personas que lo solicitan así tenemos que existen: El divorcio administrativo, el divorcio voluntario y el necesario.

1.3.2.1. Divorcio administrativo.

A) Procedimiento por el que los cónyuges que son mayores de edad, no tienen hijos y han liquidado la sociedad conyugal de común acuerdo, si contrajeron matrimonio bajo ese régimen, deciden separarse ante la autoridad administrativa.

Si reúnen los requisitos mencionados en líneas que anteceden y los consortes convienen en divorciarse, deberán presentarse **personalmente** ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio; acto seguido comprobarán con copia certificada que son casados y mayores de edad, y manifestarán su voluntad de divorciarse.

El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en la que hará constar la solicitud de divorcio y los citará dentro de los quince días siguientes para que se presenten a ratificarla. Si se ratifica, el Juez del Registro Civil decretará el divorcio administrativo, para lo que deberá levantar un acta y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado la sociedad conyugal, y entonces aquéllos sufrirán las penas que establezca el código de la materia.

1.3.2.2. Divorcio voluntario.

La institución jurídica del divorcio que tiene la enorme ventaja de permitir que el conflicto afectivo sea resuelto sin litigio, se considera como una opción en la búsqueda de soluciones reales y maduras a la de por sí ya dañada relación matrimonial, que incumben tanto a la pareja como a los hijos, y son los inmiscuidos los que aportan las bases para organizar la relación una vez roto el

vínculo matrimonial, pues aunque jurídicamente está disuelto, cuando existe prole es improbable eliminar todo trato entre los divorciados, por lo que deben intentar un pacto en beneficio de la descendencia.

La codificación civil mexicana regula dos formas de obtener el divorcio por consentimiento mutuo.

- a) **Divorcio administrativo:** Que se tramita ante el oficial del registro civil.
- b) **Divorcio judicial:** Se ventila en los juzgados familiares.

Están obligados a presentar al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

- I.- Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.
- II.- El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.
- III.- La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.
- IV.- En los términos del artículo 288, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo.
- V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se

acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.

Este divorcio sólo puede pedirse hasta pasado un año de la celebración del matrimonio.

El juez autorizará la separación de los cónyuges de manera provisional, y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes hay obligación de dar alimentos, hasta en tanto se decrete el divorcio, y podrán reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo, siempre que el divorcio no hubiere sido decretado. No podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año desde su reconciliación.

1.3.2.3. Divorcio necesario.

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

Es necesario mencionar cuáles son las causales:

- I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- II.- El hecho de que la mujer de a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;

- IV.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;
- V.- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;
- VI.- Padecer sífilis, tuberculosis, o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;
- VII.- Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente;
- VIII.- La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;
- IX.- La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;
- X.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que preceda la declaración de ausencia;
- XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;
- XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el Artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendentes (sic) a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del Artículo 168;

- XIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;
- XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;
- XV.- Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;
- XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;
- XVII.- El mutuo consentimiento.
- XVIII.- La separación de los cónyuges por más de 2 años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.
- XIX.- Las conductas de violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos. Para los efectos de este artículo se entiende por violencia familiar lo dispuesto por el artículo 323 *ter* de este Código.
- XX.- El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar hacia el otro cónyuge o los hijos, por el cónyuge obligado a ello.

Son causas de divorcio los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, ya sean de ambos, ya de uno solo de ellos. La tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir el divorcio, debe consistir en actos positivos, y no en simples omisiones.

De las causales invocadas en líneas que anteceden, dieciséis se consideran graves, es decir, de divorcio necesario, lo que implica un culpable de la ruptura; es decir, que exista una sanción para el **culpable** son causales de sanción las que presentan la disolución del vínculo y se presenta como un castigo para el o la que se presenta como responsable por violar los deberes que impone el matrimonio, sin embargo, existen las que imponen remedios, no existe un culpable directo pero se procede al divorcio por razones de salud, se legislaron en virtud de que son consideradas inadecuadas a la vida en común; también existen las causas criminológicas, relacionadas con un hecho punible y las causas de orden eugenésico ligadas a ineptitudes para la vida conyugal.

Lo cierto es que el divorcio necesario implica un procedimiento desgastante para los involucrados, se tramita ante los juzgados de lo familiar por la vía ordinaria civil, puede ser solicitado por el o la cónyuge inocente dentro del término de seis meses siguientes a aquel día en que se haya tenido conocimiento de los hechos en que se funde la demanda.

Se promueve por medio de demanda ante el Juez de lo Familiar por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda.

No se pueden actualizar las causales de divorcio previstas en el artículo 267 del Código Civil Federal para pedir el divorcio, cuando haya mediado perdón expreso o tácito; no se considera perdón tácito la mera suscripción de una solicitud de divorcio voluntario, ni los actos procesales posteriores.

La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aún no hubiere sentencia ejecutoria. En este caso los interesados deberán denunciar su reconciliación al juez, sin que la omisión de esta denuncia destruya los efectos producidos por la reconciliación.

El cónyuge que no haya dado causa al divorcio puede, antes de que se pronuncie la sentencia que ponga fin al litigio, otorgar a su consorte el perdón respectivo; mas en este caso, no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos a los que se refirió el perdón y que motivaron el juicio anterior, pero sí por otros nuevos, aunque sean de la misma especie, o por hechos distintos que constituyan causa suficiente para el divorcio.

En este caso la sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo que el juez 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, tendrá que escuchar a ambos progenitores y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida, para lo que deberá considerar 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 menores incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el numeral 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, el juez podrá acordar, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores.

El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

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

1.4. Los alimentos.

Es el deber correspondido de determinadas personas de suministrar a otras, igualmente determinadas, los elementos que les permitan subsistir, como casa, comida, vestido, asistencia en caso de enfermedad y tratándose de menores, los gastos necesarios para sufragar los gastos concernientes a su educación.

Es un deber, de ahí que sea correspondido, y su contenido es tanto patrimonial como ético, ya que se pretende dotar a otro ser humano de los satisfactores físicos e intelectuales mínimos para su óptimo desarrollo, las normas que lo regulan son de orden público e interés social, que buscan evitar las negociaciones entre las partes y lo protegen de modo tal que son inembargables; es social, porque a la sociedad le interesa la subsistencia del grupo familiar; es moral, ya que la obligación tiene su fundamento en vínculos afectivos y jurídicos en atención a que es el derecho quien vela por el cumplimiento de esa obligación.

Se caracteriza por:

- **Es personalísimo.** Gravita sobre una sola persona a favor de otra y en razón de la existencia de un vínculo jurídico que las une.
- **Es de interés general.** El Ministerio Público ejercita la acción correspondiente para obligar al deudor o deudora a cumplir con la obligación y se cumple aun contra su voluntad.
- **Es condicional.** Sólo existe cuando se reúnen los requisitos establecidos por la ley ya sea en relación con la persona que debe como con la acreedora.
- **Es de contenido variable.** Existe la posibilidad de que cambien las circunstancias de las partes y, por consiguiente su contenido y la forma de la obligación.
- **Es intransferible.** Al haber interés general mediante el cual se da cumplimiento a la obligación y ésta va enfocada a satisfacer las necesidades básicas del acreedor alimentario.
- **Es irrenunciable** y no admite transacción o compromiso en arbitro, por lo tanto, es un derecho inembargable y no está sujeto a negociación secuestro o compensación de créditos.

Al constituirse en una institución del derecho de familia, deben ser proporcionales, lo que equivale a decir que la persona que tiene derecho reciba lo necesario para asegurar su subsistencia sin que el acreedor sacrifique la propia, por lo que debe existir relación entre las necesidades de los sujetos de la obligación.

En conclusión, los alimentos, son el elemento material que permite a hombres y mujeres satisfacer sus impulsos biológicos positivos a fin de que

puedan integrarse a la humanidad, a la naturaleza y a sí mismos sin perder su propia individualidad.

La obligación alimentaria recae sobre la comunidad entera, sin embargo, son los nexos afectivos y biológicos los que la hacen vinculativa, enfocada a personas llamadas por ley a cumplirlas.

La obligación se ve satisfecha con la fijación de una pensión alimentaria, en la que se incorporan, en teoría, acreedores alimentarios a la familia de los deudores, la cuantía de la pensión se fija tomando en consideración el principio de proporcionalidad.

1.4.1. Protección de los alimentos.

El cumplimiento de la obligación alimentaria se exige por medio de dos acciones reguladas en codificaciones diferentes, diferenciadas doctrinalmente pero integradas en la práctica y éstas son:

- a) **La acción de aseguramiento**, regulada por el Código Civil, su finalidad es garantizar al acreedor que en lo futuro recibirá lo necesario para su manutención.
- b) **La del pago**, regulada por el Código de Procedimientos Civiles, pretende hacer que el deudor pague lo ya erogado en el sostenimiento del acreedor y en el señalamiento de la pensión.

1.4.2. Extinción de la obligación.

En virtud de que la obligación existe el Código Civil señala que son causas de su terminación las injurias, faltas o daños graves ocasionados por el acreedor al deudor, que la necesidad de los alimentos dependa de conducta viciosa o por la

falta de aplicación al trabajo del acreedor sin su consentimiento y por causas no justificables (artículo 320).

1.5. La filiación.

La filiación es un hecho natural existe en todos los individuos, en virtud de que todos tenemos un padre y una madre; es un hecho jurídico, pero el derecho requiere del cercioramiento de la paternidad para tener efectos jurídicos, ya que la maternidad no requiere ser probada por ser un hecho notorio.

A partir de la filiación surge la descendencia en línea directa, debe entenderse como la relación que surge entre dos personas (padre e hijo) y su descendencia, crea un parentesco de primer grado.

La filiación une a los hijos con sus padres ya sean legítimos o naturales. La única variante es el matrimonio, así la filiación legítima es el lazo de derecho que vincula al niño con sus progenitores siempre que éstos estén casados. La ilegítima (natural) crea relaciones jurídicas entre el niño y sus padres, cuando se engendran producto de relaciones extramaritales e incluso existe la filiación adoptiva.

“Como filiación debe entenderse el vínculo que une al hijo con su padre o madre.”⁸

Es una institución del derecho familiar que busca reglamentar el fenómeno de la procreación, tanto dentro como fuera del matrimonio, e incluso en el caso de adopción, su base es la garantía constitucional consagrada en el precepto 4 que regula la libertad de decidir de forma libre, informada y responsable sobre el número y espaciamiento de sus hijos, que a su vez normaliza el derecho de los

⁸ **MONROY CABRA, Marco Gerardo**, “Derecho de Familia y de menores”, 8ª ed., Ed. ABC, Bogotá, Colombia, 2003, p. 47.

menores a la satisfacción de sus necesidades, incluyendo las físicas y la mentales.

La filiación en México, encuentra sus antecedentes en el derecho romano y canónico que enuncian principios básicos como: la maternidad es siempre cierta, el marido de la madre es el padre de el hijo o hija, y a cada uno se puede atribuir sólo un padre y una madre, principios básicos aplicables a toda relación de filiación, pero dada la naturaleza humana no pueden existir variantes a la estructura enunciada en líneas que anteceden, como el hecho de que se de la procreación fuera de los límites de un matrimonio, en este orden de ideas la legislación mexicana ha dividido en dos el rubro de la filiación; la filiación de los hijos habidos dentro de matrimonio y la que se refiere a los hijos nacidos fuera de él.

La filiación de los hijos nacidos dentro del matrimonio se presupone y se demuestra con la partida de nacimiento y el acta de matrimonio de los progenitores y la de la prole nacida fuera de la institución del matrimonio, se establece en relación con la madre por el sólo hecho del nacimiento.

1.6. Custodia.

Es el primer elemento de la patria potestad, constituye el funcionamiento de los derechos y obligaciones de la **tenencia** del hijo. La doctrina ha denominado guarda, pero éste no es un término correcto ya que la primera se refiere a una realidad del derecho de menores; mientras que la segunda es relativa a una actividad resultado de su significado en cuanto atiende a custodia, defensa o conservación.

La tenencia, vocablo correcto, se refiere al aspecto material o fáctico que implica la proximidad física de algo o alguien.

El artículo 155, inciso 1º, del Código Civil Español, la define como:

“... el deber de los padres de tener a sus hijos en su compañía.”⁹

Para los doctrinarios constituye el deber de convivencia o unidad de domicilio, la satisfacción de deberes de cuidado y vigilancia que incluyen la asistencia material del niño, la proximidad física y la posibilidad de que se conciba y realice.

La amplia preocupación que surge a partir de la estructura de la familia que existe en la sociedad, las decisiones legislativas que han conferido derechos tanto a padres como a hijos contra las intervenciones estatales, que en cierto modo reducen la autoridad estatal en la figura del Ministerio Público para intervenir en nombre de los menores incluso contra los deseos de los padres.

1.6.1. Concepto o definición.

Proviene del latín *custos* que significa guarda o guardián y ésta a su vez deriva del *curtos*, forma del verbo *curare* que quiere decir cuidar. Es por lo tanto la acción y el efecto de custodiar o sea guardar con cuidado alguna **cosa**.

En el derecho mexicano la palabra custodia se encuentra como la facultad de corrección que se concede a quienes ejercen la patria potestad o tienen hijos bajo su cuidado.

Se refiere a la guarda de una persona con toda diligencia y cuidado poner a los hijos al cuidado de.

La custodia se refiere a personas, la guarda a las cosas.

⁹ Cfr. D'ANTONIO, Hugo Daniel, “Derecho de Menores”, 4ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 259.

1.6.2. Concepto doctrinal.

La figura que analizamos implicaba, en sus orígenes, la obligación de conservar en calidad de depósito a la persona de los descendientes inmediatos conforme a instrucciones precisas.

En el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles, quedan vestigios de que se daba a la guarda de los hijos un carácter similar al del 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 y la frecuencia de nuevos conflictos familiares, se limitó el concepto y se trata de una simple separación en que se deja a los interesados la libre disposición de sus actos.

1.6.3. Diferencia entre guarda y custodia.

Las palabras guardar y custodiar proceden del germánico *wardon* que significa cuidar y del latín *custos* derivada de *curtos*.

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.

En esta acepción jurídica 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.

La entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió la tesis aislada siguiente

“MENORES, PROCEDENCIA DEL INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESIÓN PARA RECOBRAR LA GUARDA DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). La guarda del menor hijo implica esencialmente, la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio insustituible para **protegerlo, cultivarlo física y espiritualmente y procurarlo en la satisfacción de todas sus necesidades.** Ahora bien, si los artículos 175 del Código de Procedimientos Civiles y 260 del Código Civil, ambos de Nuevo León, ordenan que la guarda de los hijos menores de siete años, en los casos de depósito de persona o menores de 5 años y aún en las hipótesis de nulidad de matrimonio, o en las de divorcio, siempre corresponde a la madre de dichos menores, con mayor razón es ella la que debe tener la guarda de los hijos menores de siete años, tratándose de una separación irregular o anómala, en la que ni siquiera está probada la mala fe de ella ni que haya dado causa al divorcio. La razón que tuvo el legislador para encargar, de manera exclusiva, a la madre, la guarda de sus hijos menores de la edad indicada, no la finca en un depósito de persona o en una declaración de nulidad o de divorcio, sino en la ingente necesidad del menor de ser atendido precisamente por su madre, que es la persona naturalmente más apta para atender y cuidar a un menor de esa edad en todas sus necesidades. Por tanto, si la madre, teniendo el derecho de **guarda** referido, no tiene la posesión material del menor hijo sobre quien ejercitar esa prerrogativa de la patria potestad y obligación correlativa, puede recuperar la posesión de su menor hijo mediante el interdicto establecido en el artículo 712 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León.”¹⁰

¹⁰ Amparo directo 4029/67. Juan Cantú Villanueva. Tres de febrero de 1969. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Rafael Rojina Villegas. Ponente: Ernesto Solís López. Semanario Judicial de la Federación 2, cuarta parte. Séptima época, p. 53.

El criterio que transcribimos se refiere a que la guarda del menor envuelve indudablemente la posesión de los niños, esta figura constituye una de las prerrogativas de la patria potestad, sin la tenencia de los niños no se estará en su pleno goce, de esta forma aun cuando los padres se separen, incluso bajo la hipótesis de la nulidad, corresponderá siempre a la madre conservar la guarda de sus hijos, de conformidad con la tesis que analizamos, criterio que no compartimos porque nuestra propuesta es que la figura de la custodia compartida sea eficaz y operante.

Además refiere y concede importancia a la protección física y espiritual de que el niño se encuentre bien y sus necesidades sean satisfechas.

1.7. Patria potestad.

Es una institución jurídica que emerge como consecuencia de la filiación, se define como el conjunto de atribuciones, deberes y derechos que ostentan los progenitores respecto de sus hijos, como son asistir, proteger y representar a los niños, por el hecho de ser menores de edad, que están naturalmente bajo la guarda y custodia de sus padres, siempre que su filiación esté clara y legalmente establecida, se cuenta para ello con un conjunto de derechos y obligaciones, instrumentos que funcionan por medio de normas jurídicas.

El ejercicio de la patria potestad, recae en la persona de los ascendientes (padre, madre, abuelos y abuelas) tanto por la línea paterna como por la materna, toma en consideración tanto al menor, como sus bienes, busca el cumplimiento de los deberes alimentarios y educativos que tienen los acreedores alimentarios, se convierte así en un instituto necesario para la cohesión familiar.

Consideramos que no es una potestad, sino un conjunto de facultades y deberes que tienen los padres para con su progenie, es el universo de

obligaciones complementadas de algunos derechos que hacen viable el cumplimiento de las primeras.

Esta institución ha sufrido cambios en el derecho contemporáneo, en virtud de que ha dejado de ser un poder absoluto en manos de quien la ejerza, para convertirse en una **función social** en la que está directamente interesado el Estado, que atiende primordialmente al interés superior del menor.

La patria potestad, es ejercida por los padres en forma conjunta, este ejercicio es de interés público, por lo tanto, no hay libertad de ejercerla o no, es irrenunciable, sin embargo, se pueden conceder dispensas por causa de edad (sesenta años cumplidos) o mal estado habitual de salud que impida su correcto desempeño, es intransferible e imprescriptible.

Su contenido es de orden natural consecuencia de la procreación, afectivo en virtud del parentesco y primordialmente ético, en atención al deber moral de satisfacer los intereses de sus hijos y de éstos de respetar y obedecer a aquéllos, tiene también contenido social representado por la tarea de los progenitores de cumplir con la socialización de los hijos.

Conseguir buenas conductas por medio del ejemplo ya que la declaración de derechos de la niñez y el Código Penal tipifican los maltratos como un delito; sin embargo, es ambiguo porque para **buen ejemplo** se debe atender a las características de la familia, ya que lo que es bueno para unos no lo es para otros miembros de la sociedad.

Cabe reiterar que no es una potestad, sino un conjunto de derechos y obligaciones, un derecho subjetivo que se ejerce tanto sobre la persona de los hijos como sobre los bienes y frutos de los que pudieran ser titulares encuentran su fundamento en el beneficio de los hijos, y no en la satisfacción de los intereses

propios de los padres, ya que es una institución concebida en beneficio del menor, el interés de éste es el principio rector del derecho de familia.

Se caracteriza por que es irrenunciable ya que participa del carácter de institución jurídica de interés público y social los progenitores no pueden renunciar ya que implicaría un perjuicio para el hijo menor cuya protección sufriría menoscabo; es intransmisible toda vez que no son admisibles los acuerdos que tengan por objeto la enajenación de la patria potestad a persona distinta de los padres; y la imprescriptibilidad ya que no decae sino hasta que persista la condición legal del sujeto sometido a ella.

Daniel Hugo D'Antonio, delimita conceptualmente la patria potestad como:

“... institución protectora de la minoridad, natural y legalmente puesta a cargo de los progenitores a los fines de lograr el pleno desarrollo y formación integral de los hijos.”¹¹

La patria potestad es para el autor, la institución jurídica que por cuestiones legales y naturales vela por la protección de los hijos a cargo de los padres con la finalidad de que se desarrollen plena e integralmente.

1.7.1. Concepto legal.

El Código Civil Federal vigente, regula en el dispositivo 413, lo siguiente:

“ARTÍCULO 413.- La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal.”

¹¹ D'ANTONIO, Hugo Daniel. ob. cit. p. 201.

La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades que impriman las resoluciones que se dicten.

1.7.2. Sujetos.

En la patria potestad se incluye a los padres y a los abuelos en ambas líneas y por supuesto a los hijos; la patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

- a) Por el padre y la madre.
- b) Por el abuelo y la abuela paternos (en primer término).
- c) Por el abuelo y la abuela maternos (en segundo término).

Ahora bien, si el hijo es nacido fuera del matrimonio la patria potestad será ejercida por los progenitores si lo han reconocido y viven juntos, de lo contrario la ejercerá alguno de los padres si el otro ha dejado de hacerlo, en el caso del hijo adoptivo ejercerán la patria potestad las personas que lo adopten.

1.7.3. Causas de la pérdida.

El Capítulo II, del Código Civil Federal, regula lo referente a la patria potestad, el artículo 444 de la codificación referida señala las causas de la pérdida de la patria potestad y también enunciaremos los casos en que los progenitores se pueden excusar de su ejercicio:

1. Ser condenado dos o más veces por delitos graves (artículo. 444, fracción. VI).

2. Por conductas nocivas para con los hijos (costumbres desaprobadas) malos tratos o por abandono de los hijos (artículo 444 bis).
3. Exposición de los hijos (artículo 444, fracción IV).
4. Abandono por más de seis meses (artículo 444, fracción IV).
5. Conducción de los padres a la corrupción (artículo 444, fracción III).
6. La patria potestad no es renunciable pero el progenitor que tenga sesenta años cumplidos se puede excusar de su ejercicio (artículo 448, fracción I).
7. Por el mal estado habitual de salud que impida el desarrollo de su desempeño (artículo 448, fracción II).
8. Por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga (artículo 443, fracción I)..
9. Por la emancipación derivada del matrimonio (artículo 438, fracción I).
10. Por la mayoría de edad del hijo sobre el que se ejerce (artículo 464).
11. Por ser condenado el que la ejerce en términos de una pena que importe su pérdida (artículo 441, fracción I).
12. Por ser el cónyuge culpable del divorcio ejecutoriado (artículo 444, fracción II).

De conformidad con lo dispuesto en la fracción I, del numeral 443, del código de referencia, la patria potestad termina por la muerte de la persona que la ejerce si no hay otra en quien recaiga, por emancipación derivada del matrimonio o por la mayoría de edad de los hijos, con fundamento en el precepto 438, fracción I, de la codificación en cita.

1.7.4. Suspensión y limitación de la Patria Potestad.

El ejercicio de la patria potestad puede suspenderse por:

Incapacidad: (Derivado del latín *incapaz*, que no tiene capacidad o aptitud para una cosa) Es la ausencia de capacidad, que se ha definido como la **aptitud**

para ser sujeto de derechos y obligaciones y para ejercerlos por sí mismo (capacidad de goce la primera y de ejercicio la segunda). De esta manera será a su vez de goce y ejercicio.

La incapacidad de goce, es la ineptitud del sujeto de ser titular de derechos y obligaciones, se establece por medio de normas prohibitivas, en razón de determinadas circunstancias particulares de los sujetos en relación con otros.

La incapacidad de ejercicio (técnicamente la auténtica incapacidad) es la ineptitud del sujeto de poder actuar por sí mismo en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones: el factor determinante para poder establecerla es la limitación psíquica del individuo para poder decidir por sí la conducta debida y conveniente. Lleva implícita la figura de la representación, un sentido ético de protección social a los que no pueden manejar por sí mismos su vida jurídica y personal.

La capacidad de goce es la característica por excelencia de la calidad de persona en derecho, se identifica y define en los mismos términos que la personalidad (artículo 22 del Código Civil), en consecuencia, no puede existir una total incapacidad de goce, ya que implicaría la negación de la personalidad, además de que el numeral 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que quedan prohibidas las penas inusitadas y trascendentales.

La capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, lo que se afirma ya que los sujetos de derecho son en principio capaces de goce y de ejercicio, las que sólo pueden ser restringidas cuando exista una norma que así lo establezca.

El Código Civil establece la incapacidad de ejercicio en el artículo 450, que se transcribe:

“ARTÍCULO 450.- Tienen incapacidad natural y legal: ----- I.- Los menores de edad; ----- II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por si mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.”

Las instituciones jurídicas encargadas de la representación, cuidado y protección de los incapaces son: la patria potestad y la tutela.

La mayoría de edad se adquiere al cumplir dieciocho años (artículo 646 del Código Civil), relacionada con la edad y la incapacidad de ejercicio existe la emancipación, que es el período entre la minoría y la mayoría de edad y se da cuando los menores (mujeres mayores de catorce y hombres mayores de dieciséis) contraen matrimonio, extingue la patria potestad a que estaban sujetos y así adquieren capacidad de ejercicio, sin embargo, se encuentra limitada de conformidad con el numeral 643 del Código Civil en el sentido de que tiene la libre administración de sus bienes pero necesita:

- a) De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces.
- b) De un tutor para negocios judiciales.

La incapacidad de ejercicio sólo se da mediante declaración judicial, dentro de un proceso de interdicción; se puede privar de capacidad de ejercicio a una persona para los siguientes efectos:

- 1) Declara quién es incapaz y que por ello no puede actuar por sí mismo en la vida jurídica.
- 2) Impone la sanción de nulidad a los efectos de los actos realizados por incapaces.
- 3) Dota a los incapaces de representantes para que actúen a su nombre.
- 4) Protege la persona y bienes del incapaz.

Son las restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia (artículo 23 del Código Civil Federal).

Ausencia declarada en forma: Proviene del latín *absentia*, ausencia. Es la situación en que se encuentra una persona que ha abandonado el lugar de su residencia ordinaria sin constituir representación, se ignora el lugar donde se encuentre y no se tiene noticia certera de su vida o muerte, se caracteriza por la incertidumbre y se acentúa con el transcurso del tiempo, pero a su vez da la presunción "*juris tantum*" y en consecuencia se presume la muerte.

Se pide hasta pasados tres años de la desaparición, contados desde el surgimiento de ésta, si en este período no se tuviere ninguna noticia suya, o desde la fecha de las últimas, transcurrido este término, el Ministerio Público, los presuntos herederos legítimos del ausente, los herederos instituidos en testamento abierto, aquéllos que tengan algún derecho u obligación dependiente de la vida, muerte o presencia del ausente, pueden pedir al apoderado garantice, en los mismos términos en que debe hacerlo el representante.

Si el juez encuentra fundada la demanda, dispondrá se publique durante tres meses, con intervalos de quince días, en el Periódico Oficial correspondiente, y en los principales del último domicilio del ausente, y la remitirá a los cónsules. Pasados cuatro meses desde la fecha de la última publicación, si no hubiere

noticias del ausente ni oposición de algún interesado, el juez declarará en forma la ausencia.

La declaración de ausencia se publicará tres veces en los periódicos mencionados con intervalo de quince días, y se remitirá a los cónsules como está prevenido respecto de los edictos. Ambas publicaciones se repetirán cada dos años, hasta que se declare la presunción de muerte.

Sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión de la patria potestad: Es la resolución definitiva e inatacable que pone fin al juicio, por medio de la cual la autoridad judicial determina que uno de los padres no es apto para ejercer la patria potestad, por lo que lo condena a su pérdida.

Por la falta de ministración de alimentos: Es el incumplimiento de la obligación alimentaria.

1.7.5. Concepto doctrinario.

La patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativos para quien la ejerce y para sobre el que se ejerce, como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionar alimentos, etc.

La patria potestad es un poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes.

“...conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la

mayoría de edad o emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal período.”¹²

Ante la falta de capacidad jurídica para representarse por sí mismos los niños tienen derecho de ser representados por sus padres, para nosotros es un derecho del que gozan los menores desde la concepción hasta que adquieren personalidad jurídica para poder representarse por sí mismos y a su vez pueden también administrar sus bienes.

El legislador y los doctrinarios siempre estatuyen que el derecho es de los padres, nosotros sostenemos, como hemos enunciado en líneas que anteceden que es de los niños, porque tienen capacidad de goce, no así de ejercicio, la que adquieren al cumplir la mayoría de edad, y en estas condiciones deben ser representados por las personas legalmente facultadas para ello.

1.8. Custodia compartida.

Se justifica en las pautas de continuidad, en virtud de que si bien el divorcio ocasiona inestabilidad, se debe establecer la continuidad de las relaciones paternofiliales psicológicas para mantener la unidad de la familia en armonía y restablecer la unidad familiar donde hubo una ruptura.

Ante la falta de entendimiento de los padres, los órganos jurisdiccionales deben convertirse en el sustituto de las relaciones compartidas entre los padres separados, empero, en ocasiones se impone la voluntad de uno sobre otro, y el régimen de visitas y órdenes de custodia, se vuelve la herramienta por la que la unidad familiar se ve fracturada.

¹² **BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía Buenrostro Baez, “Derecho de Familia y Sucesiones”, 1ª ed., Ed. Harla, México, Distrito Federal, 1990, p 250.**

De esta forma, surge la idea de la custodia compartida, que si no se regula correctamente puede transformarse en un rompimiento de las visitas y así la custodia exclusiva se convertiría en una medida impuesta, ante la que el niño podría fingir estar conforme con la única finalidad de sostener relaciones personales y directas con sus padres.

Si la continuidad se analizara correctamente, se haría posible al juzgador determinar si es un interruptor, lo que ocurre si en lugar de proteger quebranta los lazos psicológicos, o de lo contrario ser un fortalecedor de lo que queda de unión familiar entre el niño y sus padres.

El bienestar del menor no se verá socavado si en un régimen de custodia compartida **ambos** padres mantienen el **acuerdo** de continuidad, de ser ellos los directamente responsables de la custodia y cuidado de sus hijos, para lo que se debe entender por acuerdo, no el legalmente impuesto por el poder coercitivo del Estado, sino un compromiso real de compartir el cuidado y custodia del menor, la cooperación entre sí para lograr la satisfacción de sus roles aun pese a que no hubieran encontrado una base satisfactoria para vivir juntos.

1.8.1. Concepto.

Es el acuerdo legitimado por la autoridad judicial, mediante el cual los padres del menor, por medio de un contrato, suscrito con el verdadero compromiso de compartir, y con base en la mediación familiar, acuerdan que ambos son los directamente responsables de la guarda, cuidado y de ser representantes del menor.

1.8.2. Mediación familiar y custodia compartida.

En esta parte surgen las figuras del quién y el cómo, los jueces deben establecer al ser los mediadores quien debe ejercer la custodia sobre los hijos y se

olvidan del cómo, se limitan a dotar a los menores de jueces autónomos y no de padres se olvidan del interés superior e imaginan como el niño debería ser criado.

1.8.3. El interés superior del menor.

La ley supone que los niños tienen derecho a ser cuidados conjuntamente por sus padres. En efecto, es generalmente en el interés superior del niño que sus padres tienen la custodia compartida, sin importar que no hayan estado casados, ya que es de explorado derecho que los menores continúen con las relaciones parentales para un óptimo desarrollo.

El interés superior del menor cuenta con dos vertientes.

1. La continuidad de cuidado del niño por sus padres autónomos se requiere que éstos reconozcan que lo que usualmente consideraban lo mejor para sus hijos debe quedar fuera de la intervención del Estado, es decir, se debe procurar en la medida de las posibilidades la menor intervención Estatal con tal de restringir las definiciones que justifican la intromisión coercitiva en las relaciones familiares.
2. Debe entenderse el interés superior del niño y dejar fuera el de los padres, la familia o quien cuide de él, como determinante para justificar la intervención del Estado ya que únicamente debería tener la función de recrear con la mayor prontitud posible una familia para el niño.

Se debe considerar el interés del infante como supremo una vez que la decisión de su cuidado se ha convertido en un asunto estatal legítimo. Toda vez que su interés reposa en el hecho de contar con una familia o preservar en la medida de sus posibilidades la que ya tenía.

No se debe construir una justificación para intervenir, toda vez que lo importante es asegurar al menor ser integrante de una familia en la que sus padres lo quieran, garantizar al impúber y a sus progenitores la oportunidad de mantener, establecer y reestablecer los vínculos psicológicos entre ellos, libre de futuras injerencias estatales, para lo que se debe tomar en consideración.

- a) Las decisiones de ubicación en que se deben salvaguardar las necesidades del crío de continuidad en las relaciones personales.
- b) Las decisiones de ubicación deben reflejar el sentido temporal de la criatura y no de los adultos.
- c) Las decisiones de ubicación del párvulo deben tomar en consideración la incapacidad de la ley de supervisar las relaciones interpersonales y los límites del conocimiento para realizar predicciones a largo plazo.

Estos lineamientos dan contenido al estándar del interés superior, lo que será nombrado para los fines de este estudio **estándar de la alternativa menos perjudicial posible**.

Esto es así porque en cuanto más pequeño sea el niño, mayor es su necesidad por sus padres, así si la integridad familiar se pierde o se ve amenazada por la intromisión estatal, las necesidades de los niños se frustran.

La necesidad del niño de seguridad en el ámbito familiar debe quedar reflejada en la legislación a partir del reconocimiento de que la intimidad familiar debe ser una barrera de la intervención estatal así como la autonomía paterna acerca de la crianza de los niños.

CAPÍTULO 2

LA CUSTODIA COMPARTIDA. DERECHO COMPARADO.

2.1. Países con proyecto legislativo de Custodia Compartida.

En este apartado, expondremos los proyectos legislativos de la República Argentina y Colombia, con lo que se pretende resolver la problemática de la custodia compartida.

2.1.1. Argentina.

Este país sudamericano aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño por medio de la Ley Nacional 23.849, publicada en el Boletín Oficial de veintidós de octubre de mil novecientos noventa, la convención dispone en su artículo 9, inciso 3, que:

“Los estados partes (sic) respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres (sic) de modo regular salvo si ello es contrario al interés superior del niño.”¹

La transcripción pone de manifiesto el derecho del que gozan los niños argentinos llamado de **coparentalidad**, que es la facultad de tener a ambos padres, de relacionarse con ellos afectiva y materialmente.

Sustenta su autonomía al especificar al sujeto como destinatario de la regulación jurídica protectora inicia una vez que el bebé es concebido.

¹ www.unicef.org/spanish/crc 12 de octubre de 2006. 18:25. Artículo 18, Convención sobre los Derechos del Niño.

La protección de la persona y la regulación del Derecho de Menores se traducen a la primera forma de resguardo lo que permite que se asegure el nacimiento del ser concebido.

2.1.1.1. Coparentalidad.

Consiste en que el menor se encuentre ubicado como hijo de una pareja, unida por el vínculo matrimonial o no.

2.1.1.2. Patria potestad y menores.

Siempre que se trata del tema de la patria potestad, se aborda desde la perspectiva de los padres, así tenemos que Mirta Mangione la define como:

“Conjunto de derechos-deberes que a ellos incumben respecto de la persona y bienes de sus hijos desde la concepción y hasta la mayoría de edad.”²

Ya sea que los progenitores convivan con su prole o como consecuencia de un divorcio en el que se plantee la tenencia y el régimen de visitas.

2.1.1.3. Régimen de visitas.

De conformidad con la Ley Nacional Argentina 23.264, es más amplio ya que abarca a un padre que no convive con el menor y que sostiene una buena relación y una sana comunicación a la vez que supervisa la educación de su hijo.

² MANGIONE, Mirta. (Et. Al.), “Derecho de Menores.” 1^a ed., Ed. Juris, Santa Fe, Argentina, 1992, p. 292.

Los padres defienden su derecho y olvidan el de sus hijos a la **coparentalidad** cuando la legislación de menores busca que los actos que se concedan, en referencia a la patria potestad, beneficien al menor.

Como en el resto de los países analizados, los juicios referentes a la tenencia y régimen de visitas se transforman en verdaderas grescas, y los niños constituyen el trofeo en disputa, los padres y abogados frecuentemente olvidan el derecho de los menores, pero manifiestan y de hecho tienen claro que son ellos quienes constituyen el baluarte del derecho.

Lo hasta ahora estudiado, evidencia que si bien la pareja no funcionó maritalmente, pero dentro de su fallido matrimonio procrearon hijos, los padres no deben olvidar que tienen la obligación de funcionar como pareja parental, por lo menos hasta la mayoría de edad de su descendencia; ya que como resultado de un proceso de divorcio, la regla general es producir cambios en las relaciones padres hijos, porque tienden a reestructurarse ya sea para mejorar si existe una adecuada comunicación y se ha decidido colaborar con estricto apego al respeto.

La coparentalidad argentina, trasciende del hecho físico de la tenencia legal, toda vez que involucra la modificación y reorganización de la familia para lo cual se toma como base el que los padres ya no vivan juntos, normalmente al aplicar el derecho de tenencia no aplica de manera conjunta el derecho a la coparentalidad del que goza el menor, que es su titular y en la teoría este derecho debería estar garantizado.

En Argentina no han introducido como forma de solución la **tenencia compartida** que si bien no es del todo descalificada por los juristas del mencionado país, también es cierto que sí han sido cuidadosos en su aplicación en la medida que no perjudique emocionalmente al infante.

El objetivo fundamental de la **tenencia compartida** radica en otorgar al menor una convivencia permanente con ambos padres y un modelo de organización familiar que sea parecida a una familia unida, sin embargo, afirman que se puede lograr la finalidad a partir de la **coparentalidad** adulta y madura en la que los progenitores tomen conciencia respecto de las necesidades de su hijo.

2.1.1.4. Implementación del derecho a la coparentalidad.

Los jueces como impartidores de justicia son los que aplican la Convención sobre los Derechos Humanos del Niño, en cada una de las naciones que la hubieran ratificado, labor en la que necesitan el apoyo y el auxilio de peritos.

El trabajo de estos operadores sociales (psicólogos, asistentes sociales, sociólogos, terapeutas familiares, pediatras, etc.), colaboradores de la justicia, es fundamental en los temas relacionados con menores y familia.

El juez dentro del ámbito de sus competencias puede dictar una sentencia apegada a derecho en la que tome en consideración las necesidades del menor, y determine, así la tenencia judicial, con un amplio régimen de visitas pero en la práctica esta sentencia se ve opacada, debido a la influencia del progenitor que se siente agraviado lo que orilla al niño a negarse a cumplir lo dispuesto por la autoridad judicial.

El sistema judicial tiene la obligación de orientar a la familia, o lo que queda de ella, para que formule acuerdos que beneficien al infante y permitan ejercer su derecho a la coparentalidad; si este derecho es aplicado correctamente, el resultado forzoso será un derecho de tenencia y regímenes de visita ejercidos con responsabilidad que se traducen en beneficio del menor al facilitar la convivencia directa y personal con sus progenitores.

2.1.1.5. La coparentalidad en la jurisprudencia.

La Corte Suprema de la Nación Argentina, ha reiterado en jurisprudencias su aprobación hacia el tema pero no ha sido categórica, en el sentido de que el fundamento del derecho a la coparentalidad del que disfrutaban los menores, no sólo en lo referente a casos de separación o divorcio, sino incluso en lo relativo a la guarda de los menores y de adopción, ya que afirman, se debe atender al interés de los menores sobre cualquier otro acontecimiento que pueda concurrir en cada caso concreto.

Ha sido tal su preocupación por el interés del niño que incluso han pasado por alto el derecho de los menores a la coparentalidad, que trasciende el referido interés al ser un derecho reconocido por una ley nacional que puede hacerse cumplir y sin duda repercutirá en el interés de los infantes.

Así tenemos que en la República Argentina, la coparentalidad es un derecho de menores consagrado en una ley, como resultado de este derecho el niño tiene garantizado el mantenimiento de relaciones personales y contacto directo con sus padres; esta garantía es la que está en juego en materia de tenencia y régimen de visitas, se logra su cabal cumplimiento por medio de una adecuada comunicación entre los padres que permite el buen funcionamiento de lo que hemos denominado pareja parental, se puede utilizar como medio el trabajo de peritos en los procedimientos y el objetivo a perseguir por los juzgadores es garantizar el ejercicio del referido derecho.

2.1.2. Colombia.

2.1.2.1. Patria potestad y autoridad parental.

Es necesario hacer el distinguo entre patria potestad y autoridad parental de la siguiente manera:

Se denomina **potestad parental** a los efectos que emanan de la filiación y se dividen en personales y patrimoniales.

La patria potestad es, en cambio:

El conjunto de derechos y obligaciones entre padres e hijos legítimos, derecho del **padre** respecto de la persona, así como de los bienes de su hijo.

2.1.2.2. Derechos y obligaciones entre padres e hijos.

Los legisladores colombianos los consagraron en el título XII del libro primero de su Código Civil, y son lo que constituía la autoridad paterna denominada autoridad familiar compartida. Estos derechos y obligaciones, son naturales con contenido moral y espiritual, reconocidos y realizados por el legislador.

Su contenido y efectos se sintetizan de la siguiente manera:

- 1) Crean una comunidad doméstica cuyos miembros son los padres y los hijos, con lo que se amplía la existente entre marido y mujer.
- 2) Dan al hijo el apellido del padre y hacen que viva en su domicilio.
- 3) Los hijos adoptan la nacionalidad del padre.
- 4) Por lo general, los hijos tienen la misma religión, lengua y costumbres de sus padres.
- 5) Transmiten al hijo la personalidad de los padres, pues es constituida por el conjunto de costumbres, creencias, ideas y sentimientos.

Estos derechos y obligaciones están instituidos tanto para los padres legítimos como para la familia natural o extramatrimonial y la adoptiva, e inclusive se aplican a los emancipados.

2.1.2.3. Terminación de los derechos de autoridad familiar

Los derechos que ejercen los padres sobre sus hijos terminan por imposibilidad física como demencia del padre o la madre, por inhabilidad moral que entrañe el abandono moral y peligro físico y moral del hijo.

En la sentencia de divorcio o separación de cuerpos, el juez fallará según las pruebas que se hubieran aportado a juicio, si pone a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de uno y otro, o de otra persona, debe tomar en consideración su edad, sexo y causa probada del divorcio o separación. Igualmente, determinará a quién corresponde la patria potestad sobre los hijos no emancipados, en todos los casos en que la causa probada del divorcio determine la suspensión o pérdida; o si los hijos deben quedar bajo guarda.

No se puede confundir la autoridad familiar compartida o la patria potestad: el juez podría dejar la patria potestad a los dos padres pero otorgar a uno de ellos el cuidado personal de los hijos, en cuyo caso el padre a quien no se dio el cuidado tiene la facultad de exigir que se permita visitar a sus hijos en la forma que acuerden los padres, o en su defecto, en la que determine el juez de menores.

2.2. Países que tienen regulada la Custodia Compartida.

En este apartado abordaremos el estudio de legislaciones de naciones en las que los representantes de la sociedad en diversas partes del mundo, se dieron a la tarea de implementar la custodia compartida con la finalidad de buscar respuestas respecto de la problemática social que lleva implícita el divorcio y en consecuencia la aceptación de la guarda y custodia compartida, de estos países destacan Suecia y España por ser de las naciones que mejor tienen regulado respecto de este tópico.

2.2.1. Suecia.

2.2.1.1. Custodia, residencia y contacto.

El uno de octubre de mil novecientos noventa y ocho, se modificaron las disposiciones del Código de los Niños y los Padres de Suecia relativas a la custodia y al contacto; su objetivo primordial fue, entre otros, subrayar la importancia de lograr soluciones por mutuo acuerdo y facilitar esos aspectos a los padres, así como prestar la aplicación de la custodia compartida e insistir en el principio del mejor interés del niño.

2.2.1.2. El mejor interés del niño.

En la codificación en comento, se introdujo la disposición de que el interés superior del menor debe ser la base fundamental en las decisiones sobre cualquier fallo relacionado con la custodia, según la cual el niño tiene derecho de compartir su tiempo de residencia y contacto con ambos padres. Lo que destaca que el interés del niño ha de ser indispensable en todo contexto, la reglamentación de las cuestiones inherentes a la custodia, la residencia y el contacto se vinculan más estrechamente a la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

2.2.1.3. Custodia compartida.

Si uno de los padres desea transferir la custodia, el Tribunal de Distrito decidirá de conformidad con el mejor interés del menor, el órgano jurisdiccional puede fallar sobre la custodia compartida o rechazar su disolución, incluso aunque uno de los padres se oponga a ese régimen de custodia. El objetivo de la reforma fue que el juzgador siempre pueda dictaminar a favor del mejor interés del infante.

2.2.1.4. Residencia del niño.

Si los padres tienen la custodia compartida, el tribunal podrá decidir el lugar en que vivirá el menor, lo que significa que el infante tenga su residencia con uno de los padres o de modo alternativo, con ambos. El interés superior del crío, será en definitiva la consideración fundamental en el fallo del tribunal.

Si ambos padres convienen podrán suscribir un acuerdo sobre la residencia del niño, para que sea legalmente válido deberá constar por escrito, estar suscrito por ambos progenitores y ser aprobado por el Comité de Bienestar Social, si prevalece el interés del menor.

2.2.1.5. Contacto.

El niño tiene derecho al contacto directo con el progenitor no residente, en razón de su bienestar, sus intereses y necesidades deben ser la consideración fundamental. El punto de partida debe ser el principio de que el contacto con ambos padres es importante para el menor tras la separación. Los progenitores tienen obligación de velar porque se atienda la necesidad de contacto del niño.

2.2.1.6. Derecho a la deducción de gastos.

Cuando el niño viva con el progenitor obligado a pagar pensión alimenticia ese incurrirá en gastos por el cuidado del menor, en consecuencia, si el progenitor obligado a pagar pensión tiene consigo al menor por un período mayor a seis días consecutivos con sus noches, durante el mismo mes podrá realizar la compensación correspondiente de la pensión que tenga que pagar o si el niño tiene contacto con el progenitor cuya residencia se asiente en otra localidad los gastos especiales que su traslado genere serán cofinanciados por el progenitor residente y esa cantidad se determinará según se considere razonable en función de su capacidad económica y de las circunstancias de ambos padres.

2.2.1.7. Custodia compartida o exclusiva.

Con arreglo a la legislación sueca, la responsabilidad parental conjunta es el punto de partida natural.

La custodia compartida significa que ambos padres son responsables de atender las necesidades y derechos del niño; a medida que su hijo crece y se desarrolla los padres tienen progresivamente en cuenta sus opiniones y deseos, si ejercen la custodia compartida deben tomar juntos las decisiones que afecten al niño. Cuando se separan deben decidir en forma conjunta con quién debe vivir el infante y de qué forma compartirá su tiempo con el otro progenitor, sin embargo, esto no significa que el niño deba pasar el mismo tiempo con ambos padres, esa es una opción, si es conveniente para el menor y para los padres.

Las normas sobre custodia compartida se han establecido primordialmente para proteger la necesidad del menor de mantener contacto estrecho con sus progenitores independientemente de que vivan juntos o no.

La situación varía si los padres están o han estado casados, ya que en este supuesto los progenitores tienen la custodia compartida de su hijo, si contraen matrimonio después de haber nacido el niño obtienen automáticamente la custodia compartida, siempre que se haya confirmado legalmente la paternidad.

La custodia compartida continúa incluso cuando los padres se divorcian, pero pueden decidir que uno de ellos tenga la custodia exclusiva se adopta la decisión ante el Comité de Bienestar Social bajo la condición de que estén de acuerdo, el comité aprobará el convenio si es presentado por escrito y coincide con el interés superior del menor.

También cabe la posibilidad de que los padres soliciten en forma conjunta al Tribunal de Distrito que conceda la custodia exclusiva a uno de ellos; el órgano judicial puede conceder o mantener el régimen de custodia compartida, ya que el factor fundamental es el interés del niño pero el juzgador no puede imponer la custodia compartida contra los deseos de ambos padres, si existiera desacuerdo uno de los progenitores lo puede solicitar al tribunal, si se trata de poner fin a la custodia compartida y los padres llegan a un acuerdo sobre cuál de los dos tendrá la custodia exclusiva, el tribunal decidirá de conformidad con los deseos de los padres, sin realizar mayor indagación, pero siempre se remitirá una petición al Consejo de Bienestar Social para asegurar que no tiene objeción a la solicitud de los padres.

Por otra parte, el tribunal puede decidir oponerse a la custodia compartida o no aun cuando los padres la hubieran solicitado, esto puede ocurrir conjuntamente con el divorcio si es evidente que la custodia compartida no coincide con el interés del menor. Los padres que decidan poner fin a la custodia compartida al divorciarse pueden recuperarla por medio de un acuerdo que deberá ser aprobado por el Consejo de Bienestar Social o por sentencia judicial. Si los padres están de acuerdo con la custodia compartida el consejo o el tribunal decidirán de conformidad con los deseos de los padres, salvo que la custodia compartida sea notoriamente incompatible con el mejor interés del niño. Si los padres disienten acerca de la custodia compartida, el tribunal resolverá con base en el interés superior del menor.

Por el contrario, si los padres no están casados al nacer el niño la madre obtiene la custodia exclusiva.

Los padres que tengan el deseo de obtener la custodia compartida de sus hijos deberán hacerlo del conocimiento del Consejo de Bienestar Social, y a su vez confirmar la paternidad. Todos los padres tienen la posibilidad de solicitar la custodia compartida, independientemente de su nacionalidad. Si desean obtener

la custodia compartida con fecha posterior deberán solicitar conjuntamente a la autoridad administrativa en que el niño esté registrado, pero deben cubrir el requisito de que tanto los padres como el menor sean ciudadanos suecos y la custodia no haya sido establecida previamente por un tribunal o mediante acuerdo aprobado por el Consejo de Bienestar Social.

Los progenitores que ejercen la custodia compartida y están de acuerdo con ello pueden obtener asistencia de los servicios sociales (en materia de derecho de familia) para redactar el acuerdo respecto de la residencia del niño. El Consejo de Bienestar Social debe aprobar el convenio, si ha sido presentado por escrito y sustenta el mejor interés del niño. El acuerdo tiene la misma validez que una sentencia judicial, causa ejecutoria y si los padres lo prefieren o si no están de acuerdo pueden solicitar al tribunal que decida con quién debe vivir el niño.

Cuando los padres ejercen la custodia compartida tienen la responsabilidad legal conjunta del niño y adoptan en equipo las decisiones relativas a la vida del niño.

2.2.1.8. Acuerdos de la custodia.

Si los padres están conformes podrán resolver por sí mismos lo relativo a la custodia compartida mediante un acuerdo que deberá constar por escrito, ser suscrito por ambos padres y aprobado por el Comité de Bienestar Social para que tenga validez; el comité del municipio en que esté empadronado el niño examinará el acuerdo por los padres, y una vez aprobado por el comité causará ejecutoria o también en virtud de sentencia judicial.

2.2.1.9. Determinación de la custodia.

Las normas de custodia residen sobre la base de que el niño necesita mantener relaciones estrechas y positivas con ambos padres cuando se separan,

parten del supuesto de que ninguno de ellos es más idóneo que el otro para obtener la custodia en razón de su sexo.

Se debe considerar fundamentalmente el interés superior del menor esa determinación se basa en el análisis completo de las circunstancias de cada caso, la ley establece que al determinar la custodia deberá tenerse en cuenta lo siguiente:

- a) Al resolver lo mejor para el niño se prestará atención a la necesidad del menor de contacto estrecho y adecuado con ambos padres, en consecuencia, en los casos en que la custodia se confíe a uno de ellos, el criterio será que se otorgará al progenitor que favorezca mejor el contacto estrecho y adecuado entre el niño y el otro progenitor.
- b) Se tendrá en cuenta el riesgo de que el niño esté expuesto a abusos, secuestro o retención ilegal u otras formas de maltrato.
- c) Se tomarán en consideración las opiniones del niño, en función de su edad y madurez.

2.2.2. Canadá.

El informe del Comité Mixto Especial sobre Custodia y Acceso del Parlamento del Canadá, titulado "**Por el bien de los niños**" (*For the sake of children*) es, con toda seguridad la iniciativa parlamentaria de mayor envergadura que se ha llevado a cabo en relación con la custodia compartida, sus resultados parecían destinados a renovar el régimen de divorcio canadiense, pero se enfrentó a problemas de género.

Las recomendaciones del Comité, formuladas tras una larga y exhaustiva labor de investigación, podrían resumirse en las siguientes conclusiones básicas:

- Los padres divorciados y sus hijos tienen derecho a una relación recíproca estrecha y continua.
- La legislación deberá modificarse de tal modo que en el divorcio no sea posible la existencia de una parte ganadora y una parte perdedora; deberán sustituirse los conceptos de custodia y acceso por una nueva definición de **coparentalidad** que prevea la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos progenitores tras el divorcio.
- La corta edad del niño no debe ser excusa para limitar su contacto con ninguno de sus progenitores.
- Deberá darse prioridad a los planes o convenios de coparentalidad presentados por ambos padres y fomentar su utilización, si es necesario mediante el recurso a la mediación familiar.
- En casos de desacuerdo, el recurso en comento deberá ser obligatorio.
- El interés del niño exige un contacto directo y asiduo con ambos progenitores tras el divorcio.
- No deberá otorgarse preferencia a ninguno de los progenitores en razón de su sexo.

2.2.2.1. Antecedentes, contexto y desarrollo.

En octubre de mil novecientos noventa y siete, por iniciativa de la senadora **Anne Cools**, el parlamento canadiense estableció el **Comité Mixto Especial sobre Custodia y Acceso** (*Special Joint Committee on Custody and*

Access), compuesto por 23 miembros del senado y de la cámara de los comunes del Canadá, su objetivo consistía en examinar los asuntos relacionados con la custodia y el régimen de visitas tras la separación y el divorcio para así determinar si era necesario un enfoque del derecho de familia más orientado hacia el interés del niño.

Durante el año siguiente, el comité celebró quinientas veinticinco audiencias públicas, a las que comparecieron expertos y representantes de los distintos colectivos afectados (asociaciones de mujeres, de hombres, médicos, psicólogos, investigadores, abogados, jueces, padres y madres, niños, etc.), se estudiaron informes presentados por diversas organizaciones y entidades, así como por particulares. Para alcanzar su objetivo, el comité se dividió en dos subcomités A) y B) que se desplazaron sucesivamente por las distintas regiones del país.

Como resultado de estos trabajos en diciembre de mil novecientos noventa y ocho, el comité presentó al parlamento el informe titulado *For the sake of Children* (Por el bien de los niños), cuya piedra angular era el nuevo concepto de **coparentalidad** (*shared parenting*), en virtud del cual se reconoce a ambos padres el derecho legal a participar en la crianza y educación de sus hijos tras el divorcio.

Se enfrentaron al rechazo de miembros de la Corte de Justicia, lo que originó indignación y protestas por parte de asociaciones y grupos de defensa de la coparentalidad y de los derechos de hijos y padres en todo ese país.

En mil novecientos noventa y nueve, la corte respondió al informe *For the Sake of Children*, elaborado por el Comité Mixto Especial el año anterior y cuya recomendación básica fue la coparentalidad, nueva expresión utilizada para designar la custodia compartida, para lo que aplazaron durante tres años cualquier

decisión legislativa basada en las recomendaciones, es decir, hasta mayo de dos mil dos, lo que pareció excesivo para la vida de un niño.

Durante ese tiempo, grupos feministas habían presionado enérgicamente para que la legislación sobre divorcio se mantuviese sin cambios. Su argumento fundamental consistió en que la concesión de la custodia compartida no era realista ya que podía ser perjudicial para mujeres y niños inmersos en situaciones de violencia familiar, empero, las modificaciones propuestas preveían la posibilidad de denegar la custodia compartida en casos de abuso o negligencia por parte de los progenitores y en modo alguno establecían la obligatoriedad del contacto entre víctimas y maltratadores.

Finalmente, en agosto de dos mil dos, se anunció que el gobierno estaba dispuesto a emprender la reforma de la ley del divorcio con la finalidad de modificar las disposiciones en materia de custodia.

2.2.2.2. Mandato y labor del comité.

En el mandato recibido por el comité figuraban los siguientes objetivos:

1. Designar un Comité Mixto Especial del Senado y la Cámara de los Comunes.
2. Examinar y analizar las cuestiones relacionadas con la custodia y el régimen de visitas tras la separación y el divorcio.
3. Determinar si era necesario un enfoque de las políticas y prácticas del derecho de familia más orientado hacia el niño y cuya prioridad fuera responsabilizar a ambos padres para implementar las modalidades de

parentalidad más centradas en el niño y basadas en sus necesidades y mejores intereses.

El comité trató de dar cabida en sus audiencias a un gran número de interesados de las más diversas procedencias, desde profesores universitarios hasta afiliados de asociaciones de padres o de mujeres. Para lo que se desplazaron y celebraron audiencias en las principales ciudades canadienses entre las que destacan: Vancouver, Edmonton, Calgary, Regina, Winnipeg, Toronto, Montreal, Fredericton, Charlottetown, Halifax, St. John's y Ottawa.

2.2.2.3. Recomendaciones del Comité Mixto Especial sobre Custodia y Acceso.

Habida cuenta de la extensión de las cuarenta y ocho recomendaciones formuladas por el comité, omitiremos las que se refieren específicamente a peculiaridades del ordenamiento jurídico canadiense y, en consecuencia, carezcan de interés para otros países y las que consideramos reiterativas o de menor trascendencia.

“1. Recomendó que la Ley de Divorcio se modificara para dar cabida a un preámbulo en que se hiciera referencia a los principios pertinentes de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.”

Se refiere a que en el divorcio se ven afectados física, emocional y legalmente los hijos habidos dentro del matrimonio que se disuelve y como consecuencia de ello, si los hubo se debe atender a sus derechos reconocidos universalmente.

“2. Reconoció que las relaciones de los padres con sus hijos no finalizan con la separación o el divorcio y, en consecuencia, recomendó que la Ley de Divorcio se modificara para añadir un preámbulo cuyo contenido fuera el

principio de que los padres divorciados y sus hijos tienen derecho a una relación recíproca estrecha y continua.”

Inquirieron que en la legislación civil canadiense se agregara en el capítulo del divorcio un apartado referente a los derechos de padres e hijos en el sentido de que deben mantenerse afectos mutuos y cercanos.

“3. Reconoció el principio de interés superior del niño, por lo que recomendó: ----- a) Que los niños fueran oídos cuando se adopten decisiones en materia de responsabilidad parental que les afecten; ----- b) Que los niños cuyos padres estuvieran en trámites de divorcio tuvieran ocasión de expresar sus puntos de vista a un profesional competente cuya función sea transmitir esos puntos de vista al juez, evaluador o mediador encargado de determinar las modalidades de reparto de las responsabilidades parentales; ----- c) Que cuando un niño que experimente dificultades a causa de la separación o del divorcio de sus padres, el tribunal pueda designar a una tercera parte interesada para defender sus intereses y representarlo; ----- d) Que el gobierno federal colabore con las provincias y los territorios para asegurar la disponibilidad de estructuras, procedimientos y recursos necesarios que permitan llevar a cabo la consulta, independientemente de que las decisiones se adopten en virtud de la Ley de Divorcio o de la legislación provincial; ----- e) El comité reconoció que los hijos de separados necesitan protección judicial y tienen derecho a ella, según las competencias respectivas de los tribunales.”

Al dar prioridad al supremo beneficio de los menores buscaron que fueran oídos en juicio simple que las decisiones que se fueran a tomar, afectaran su esfera jurídica, por lo que tendrían que ser sometidos a periciales en diversas materias que fueran valoradas por el juzgador al emitir su fallo, así como que el infante que enfrentase problemas de estabilidad emocional fuera puesto bajo la custodia de un tercero encargado de representarlo y que los niños que enfrenten

problemas de desintegración familiar necesitan de cuidado y protección mayor que el resto de la autoridad jurisdiccional en la esfera de sus competencias.

“4. Recomendó que, cuando el tribunal considere que el interés superior del niño lo exige, los jueces tengan la facultad de designar un abogado que se encargue de representar al niño. Cuando se designe al abogado, éste se pondrá a disposición del niño.”

Elevaron la defensa del menor hasta el punto de que puede dejar de ser representado por sus padres y si el juzgador estima que es pertinente debe poner a disposición del hijo un abogado para que por su conducto sea oído en juicio.

“5. Recomendó que dejaran de utilizarse en la ley de divorcio, los vocablos custodia (sic) y acceso (sic) para que el significado de ambos términos se integre e incluya en el nuevo término coparentalidad, que se considera que contiene todos los significados, derechos, obligaciones e interpretaciones de derecho común y legal incluidos anteriormente en los términos referidos. ----- 6. Recomendó que la ley de divorcio se modificara para suprimir la definición de custodia (sic) y añadir la de coparentalidad (sic). ----- 7. Recomendó que el gobierno federal colaborara con los gobiernos provinciales y territoriales para modificar en el mismo sentido la terminología de sus leyes de familia.

Con las citadas recomendaciones se aseguraron de que la coparentalidad fuese adoptada con la idea de abrogar términos como custodia, no sólo a nivel federal, sino que lo hicieron con la colaboración de los gobiernos de las provincias, para que apareciera en el mismo sentido en todas las legislaciones.

“8. Que el principio consuetudinario de corta edad fuera rechazado como pauta para la adopción de decisiones acerca de las responsabilidades parentales.”

Buscó la igualdad de derechos entre los padres respecto de las disposiciones que se adoptaran para con los hijos sin que influyeran la edad de los niños ni, por supuesto, el sexo o edad de los padres.

“9. Que ambos padres reciban información y datos respecto del desarrollo y las actividades sociales del niño, por ejemplo calificaciones escolares, historiales clínicos y otra información pertinente, salvo disposición judicial en contrario.”

Que ambos padres están encargados del sano desarrollo de sus hijos y como consecuencia también deben mantenerse informados de todos los aspectos que puedan influir en su crecimiento, por lo que tienen derecho de conocer los aspectos relevantes de su vida sin la intervención del otro progenitor.

“10. Que todos los padres que soliciten sentencias de responsabilidad parental, a menos que exista acuerdo entre ellos sobre los términos de tales sentencias, participen obligatoriamente en un programa educativo que les ayude a tomar conciencia de las reacciones de padres de hijos tras la separación, las necesidades del desarrollo de los hijos en las diferentes edades, los beneficios de la cooperación entre los padres tras el divorcio, los derechos y responsabilidades de los padres y la disponibilidad y las ventajas de la mediación y de otras formas de solución de conflictos, siempre que tales servicios existan. Los progenitores deberán presentar un certificado de asistencia a tal programa de educación posterior a la separación como condición para reanudar el proceso de solicitud de una sentencia de responsabilidad parental. No estarán obligados a asistir juntos a las sesiones educativas.”

Se pretende asegurar la participación de los padres en el desarrollo de planes y programas obligatorios que tendrían como objetivo hacer de su

conocimiento la responsabilidad que adquieren al solicitar la responsabilidad parental conjunta, para lo que deberán capacitarse para comprender mejor a sus hijos en las diferentes etapas de su vida, asegurar la colaboración entre ellos, que conozcan sus derechos y obligaciones recíprocos, lo que tendrán que acreditar ante el órgano judicial con constancia de asistencia.

“11. Que se inste a los padres que se divorcien a elaborar, por sí mismos o con ayuda de un mediador capacitado o a través de alguna forma de resolución alternativa de conflictos, un plan de responsabilidad parental en que se establezcan con detalle las responsabilidades de cada progenitor en lo que respecta a la residencia, el cuidado, la toma de decisiones y la seguridad económica de los hijos, así como los procedimientos de resolución de conflictos que utilizarán las partes. Estos planes preverán también el intercambio entre los padres de la información sanitaria, educativa o de otro tipo relacionada con el desarrollo y las actividades sociales de los hijos. Todas las sentencias de responsabilidad parental deberán expresarse en forma de planes de la misma.”

Se refiere a la elaboración de un convenio de responsabilidad en el que limitaran las funciones de cada padre en los aspectos concernientes al bienestar de sus hijos, ya sea que lo redacten por sí mismos o con la colaboración de un especialista.

“12. Que se reconozca la importancia de las relaciones de los abuelos, hermanos y otros miembros de la familia extensa con los hijos, y que en los planes de responsabilidad parental se incluyan disposiciones para el mantenimiento y el fomento de tales relaciones, siempre que redunden en beneficio de los hijos.”

Buscaron la colaboración de los padres, hermanos y familia extensa para lograr el bien de los menores que han enfrentado el divorcio de sus padres, con lo que reconocieron la importancia de la familia nuclear y extensa.

“13. Que el Ministro de Justicia procure que se modifique la Ley de Divorcio con objeto de obligar a las partes que soliciten una sentencia judicial de responsabilidad parental a presentar al tribunal un plan de responsabilidad parental.”

Pretendieron que se reformara la ley de divorcio para implementar la suscripción de un acuerdo como instrumento fortalecedor de la custodia compartida.

“14. (...) Cuando en una familia existan antecedentes claros de violencia de un progenitor hacia el otro o hacia los niños, no deberán utilizarse otros mecanismos de resolución de conflictos para elaborar planes de coparentalidad hasta que no (sic) se haya garantizado la seguridad de la víctima y eliminado el riesgo de violencia. En tal caso, los planes de coparentalidad deberán prestar atención a las responsabilidades de ambos padres respecto de los hijos y prever medidas concretas para garantizar la seguridad y la protección de padres e hijos.”

En los casos probados de violencia familiar se descartó como único instrumento de la responsabilidad parental conjunta el acuerdo de responsabilidad porque es indispensable asegurar el bienestar físico y mental de los niños, por lo que se propuso implementar mecanismos extras que garanticen la seguridad de la víctima, si se trata de alguno de los padres, para así certificar la seguridad y protección de padres e hijos y una vez eliminado el riesgo de violencia se procedería en términos normales.

“16. Que los responsables de adoptar decisiones, en particular los padres y los jueces, tengan en cuenta una lista de criterios para determinar el mejor interés del niño, y que en esa lista se incluyan: ----- 16.1. La fuerza, naturaleza y estabilidad relativas de la relación entre el niño y cada una de las personas con derecho a solicitar una sentencia de responsabilidad parental respecto del niño; ----- 16.2. La fuerza, naturaleza y estabilidad relativas de la relación entre el niño y otros miembros de su familia que residan con él, así como de las personas que participen en su cuidado y crianza; ----- 16.3. La opinión del niño, cuando ésta pueda conocerse con razonable certeza; ----- 16.4. La capacidad y buena disposición de cada solicitante para proporcionar al niño orientación y educación, atender sus necesidades ordinarias u otras necesidades especiales; ----- 16.5. Los lazos culturales y religiosos del niño; ----- 16.6. La importancia y los beneficios de la coparentalidad para el niño, así como de la participación activa de ambos padres en su vida tras la separación; ----- 16.7. La importancia de la relación entre el niño y sus hermanos, abuelos y otros miembros de la familia extensa; ----- 16.8. Los planes de responsabilidad parental propuestos por los padres; ----- 16.9. La capacidad del niño para adaptarse a los planes de responsabilidad parental propuestos; ----- 16.10. La voluntad y capacidad de cada una de las partes para facilitar y fomentar una relación estrecha y constante entre el niño y el otro progenitor; ----- 16.11. Los antecedentes demostrados de violencia familiar perpetrada por cualquiera de las partes que soliciten una sentencia de responsabilidad parental; ----- 16.12. No se otorgará preferencia a ninguno de los padres basándose únicamente en su sexo; ----- 16.13. Se tendrá en cuenta la buena disposición mostrada por cada progenitor para asistir a la sesión de educación obligatoria; y ----- 16.14. El tribunal tendrá en cuenta cualquier otro factor que considere de interés en un conflicto de coparentalidad.”

Elaboraron un listado de lo que consideraron criterios para determinar el supremo beneficio de los niños entre los que destacan la naturaleza y estabilidad

que se debe proporcionar a los menores respecto de las relaciones con sus padres, hermanos y demás miembros de la familia extensa, las propuestas de responsabilidad elaboradas por cada uno de los progenitores, la capacidad de adaptación del infante, el fomento que cada padre proporcione en la relación de su hijo respecto del otro y los antecedentes de violencia probados, estos criterios sustentan la parentalidad en Canadá.

“18. Que el Ministro de Justicia emprenda lo antes posible una revisión exhaustiva de las Directrices Federales sobre Pensiones Alimenticias a fin de que reflejen la igualdad entre los sexos y el derecho del niño a la asistencia económica de ambos padres y presten especial atención a los siguientes aspectos adicionales planteados por el comité: ----- 18.1. La incorporación de nuevos conceptos y términos propuestos por el comité; ---- - 18.2. El impacto del actual trato fiscal de las pensiones alimenticias en la capacidad de los padres para atender otras obligaciones económicas, tales como el mantenimiento de los hijos de segundas o posteriores relaciones; --- -- 18.3. La conveniencia de tener en cuenta los ingresos o la capacidad económica de ambos padres para fijar la cuantía de las pensiones alimenticias, incluida la norma del 40% para determinar si el acuerdo de responsabilidad parental es una medida de coparentalidad; ----- 18.4. Reconocimiento de los gastos que debe cubrir el progenitor pagador de pensiones mientras tiene a su cargo a los hijos; ----- 18.5. Reconocimiento de los gastos adicionales resultantes para un progenitor a raíz del cambio de residencia del otro progenitor y los hijos; ----- 19. Que el gobierno federal prepare una respuesta coordinada a los incumplimientos de las sentencias de responsabilidad parental, que contenga tanto elementos terapéuticos como punitivos. Entre las medidas previstas deberán figurar la pronta intervención, los programas de educación parental, una política de recuperación del tiempo de convivencia, asesoramiento para las familias con conflictos sobre el desempeño de las funciones parentales, servicios de mediación y, en los casos persistentes y difíciles de tratar, soluciones

punitivas para los progenitores que incumplan injustificadamente las sentencias de responsabilidad parental.”

Buscaron la igualdad entre los padres independientemente de su sexo, respecto a la asistencia económica de los hijos para lo que equitativamente tomaron en cuenta los ingresos de los dos progenitores para fijar las pensiones alimenticias y los gastos que se originen con motivo del cambio de residencia de uno o ambos padres. La reparación del daño que se causara por el tiempo en que no hubiera convivencia con los hijos así como penas severas a los progenitores que incumplan sin causa justificada los fallos de coparentalidad.

“25. Que en la medida de lo posible, los gobiernos provinciales y territoriales, los colegios de abogados y los secretarios judiciales colaboren para dar prioridad a las solicitudes de coparentalidad, por encima de cualesquiera otros aspectos del derecho de familia en litigio.”

Que se dé prioridad a los asuntos relativos a la coparentalidad sobre los demás asuntos familiares en litigio.

“30. Que la Ley de Divorcio se modifique para exigir: ----- a) Que el progenitor que desee cambiar de residencia acompañado de sus hijos, en caso de que la distancia requiere la modificación de las disposiciones sobre responsabilidad parental mutuamente acordadas o impuestas por los tribunales, solicite autorización judicial con una antelación mínima de 90 días antes de la mudanza prevista. ----- b) Que se avise al mismo tiempo al otro progenitor.”

Evidenciaron la obligación del juzgador de pronunciarse respecto de los cambios de domicilio de los progenitores, siempre que afecten el régimen de coparentalidad así como la obligación de hacerlo dentro del mismo término legal al

otro padre para que manifieste lo que a su interés convenga ante la autoridad judicial.

“39. Que el apartamiento unilateral de un niño del hogar familiar sin la adopción de disposiciones adecuadas para que se mantenga el contacto entre el niño y el otro progenitor se reconozca como contraria al mejor interés del niño, excepto en situación de emergencia. ----- 40. Que no se permita que el progenitor que haya alejado unilateralmente al niño utilice el periodo resultante en que el niño ha estado a su cargo y control exclusivos, con independencia de su duración, como base para obtener una sentencia de responsabilidad parental exclusiva.”

Sancionar la negligencia del progenitor que obstaculice el contacto de su hijo con el otro, en el sentido de que es opuesto al interés superior del niño y como consecuencia que no sea posible que obtenga la custodia exclusiva.

“43. Que en lo que respecta a las acusaciones intencionadamente falsas de maltrato o abandono, el gobierno federal examine la validez del Código Penal para hacer frente a las falsas denuncias en litigios de familia y desarrolle políticas para impulsar la adopción de medidas en los casos claros de agravio, obstrucción de la justicia o perjurio.”

Como en nuestro país, cada vez que una de las partes es citado para rendir su confesión o testificar en el juicio, se tiene que apercibir a los falsos declarantes de proceder en términos del Código Penal, es decir, que sean sancionados por la posible comisión de un delito, en consecuencia, propusieron que se reformara el Código Penal de su nación.

“44. Que el gobierno federal colabore con las provincias y territorios para animar a los organismos de protección de la infancia a emprender investigaciones sobre las acusaciones de maltrato realizadas en el contexto

de conflictos sobre la responsabilidad parental, a fin de establecer una base estadística para entender mejor ese problema.”³

Se buscó la colaboración de los tres órdenes de gobierno en todos los asuntos relacionados con violencia familiar realizados en torno a las controversias sobre coparentalidad con la finalidad de elaborar informes estadísticos.

2.2.3. Francia.

El veintisiete de febrero de dos mil uno, el Gobierno Francés, por conducto de la Ministra Delegada de la Familia y la Infancia, **Ségolène Royal**, presentó el proyecto de reforma que plasmó la instauración legal de la custodia compartida de los hijos de separados.

La iniciativa titulada “**La reforma de la autoridad parental: los nuevos derechos de las familias**”, se encuadró en la reforma del derecho de familia emprendida por el gabinete del socialista Lionel Jospin; esta reforma del derecho de la familia se plasmaría un año más tarde en la instauración de la custodia compartida (bajo los nombres de **autoridad parental** o **coparentalidad**) de los hijos de separados.

La reforma del derecho de familia en Francia suscitó gran expectación en toda Europa, se basaba en buena medida, en su sección sobre la **custodia alterna**, y en particular en lo siguiente:

- 1) Que los hijos tienen derecho de ser educados por ambos padres, independientemente de su contexto familiar.

³ <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/SJCA/Studies/Reports/sjcarp02-e.htm> (en inglés) 20 de octubre de 2006. 19:45.

- 2) Que el papel del padre debe ser reafirmado cuando está divorciado.
- 3) Que el método de compartir el tiempo del hijo entre sus padres a partes iguales, según un ritmo general de una semana de cada dos, es el que mejor puede responder a las necesidades del infante.

La separación conlleva necesariamente una alternancia de la custodia, ya que el niño debe repartir su tiempo entre ambos padres, con independencia del modo de alternancia establecido (por otra parte, los padres no separados que se reparten sus responsabilidades como padres, ¿no practican también una forma de alternancia respecto del niño?).

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

Tras un año de lecturas sucesivas en la Asamblea y el Senado franceses, la nueva ley sobre la **autoridad parental** entró en vigor el **cinco de marzo de dos mil dos**, estableció, como disposiciones más innovadoras, las siguientes:

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

Probablemente, el texto final de la ley no cumplió plenamente las expectativas suscitadas por la exposición de motivos, ni se expresó la rotundidad de algunas legislaciones estadounidenses en lo que respecta a la custodia compartida. Posiblemente, su falta precisión en algunos aspectos, y la omisión de otros, dejan un margen de discrecionalidad excesivo a los jueces. Pero tiene el mérito innegable de anteponer el interés del infante a cualquier otra consideración y compone, sin duda, un primer paso en el anticuado panorama de los regímenes de divorcio europeos. El nuevo enfoque queda muy bien reflejado en las siguientes palabras de la ministra Ségolène Royal, pronunciadas en el curso de los debates parlamentarios.

“...una cosa es cierta: la continuidad del vínculo del niño con el padre es, ante todo, un derecho del niño y, en segundo lugar, un derecho y un deber del padre.”⁴

Como correctamente aducen, el niño tiene derecho de convivir con sus padres, éste se encuentra establecido en el Convención Internacional de Derechos del Niño, y a su vez es obligación del padre velar porque sus hijos se encuentren física y emocionalmente sanos.

Entre los principales objetivos de la iniciativa anunciada por el Gobierno Francés, se mencionaron los siguientes:

Refundar, renovar y sostener la autoridad de los padres.

Sus cuatro principios son:

⁴ http://www.social.gouv.fr/famille-enfance/doss_pr/aut_parent/34_010227.htm, 14 de octubre de 2006, 15:34.

- Afirmar el fundamento de la noción de autoridad otorgándole todo su sentido.
- Ejercer en común la autoridad parental, en condiciones igualitarias entre el padre y la madre (coparentalidad) y, consecuentemente, consolidar la función de los padres y la función paterna.
- Definir un derecho común a todos los niños, con independencia de que sus padres vivan juntos o estén divorciados, y sean o no casados, a fin de estabilizar la filiación.
- Ayudar a las familias más necesitadas: grupo de trabajo sobre familia y pobreza; ya que las familias pobres no son pobres familias y los padres deben ejercer su responsabilidad con la misma dignidad y su autoridad con la igual eficacia.

2.2.3.1. La iniciativa de reforma de la autoridad parental.

Buscó igualar la responsabilidad **parental** entre el padre y la madre y, por tanto, consolidar la función paterna y revalorizar el papel de los padres.

Entre sus principales primacías se encuentra la de dar prioridad a los acuerdos amistosos entre el padre la madre, sobre todo en lo que respecta a la organización de la custodia y a la función de terceros.

En el anteproyecto de ley buscaba:

- Armonizar las reglas aplicables a todos los padres, y suprimir la condición de comunidad de vida para que los progenitores no casados pudieran ejercer la autoridad parental.
- Introducir en el Código Civil la posibilidad de la custodia alterna de los niños en caso de divorcio.

- Facilitar el acceso de las parejas al juez de familia para homologar los acuerdos que ambos miembros de la pareja establecieran entre ellos, independientemente que estuvieran o no casados.

Medidas concretas de coparentalidad.

- Crear un libro de paternidad, cuando la madre recibe su documento de maternidad (constancia de alumbramiento).
- Estudiar la posibilidad de instaurar un permiso de paternidad, ya que estudios suecos han demostrado la presencia de vínculos más fuertes en los padres que se han ocupado del bebé.
- Desarrollar la mediación familiar para evitar conflictos al niño.
- Ayudar a los padres antes del nacimiento y durante el primer año para prevenir las separaciones debidas a la llegada del niño.
- Igualdad de ambos padres respecto de la escolaridad de sus hijos: boletas, circulares con ambas direcciones, procedimientos disciplinarios, orientación, derecho de voto.
- Doble libro de familia, para que el padre divorciado que no tenga la custodia no se vea privado de toda documentación relativa a su hijo.
- Derecho de reembolso de ambos padres en la seguridad social.
- Ampliar el libro de familia numerosa a las familias recompuestas con más de dos niños.
- Proponer una tabla indicativa para la fijación de las pensiones alimenticias.

Definitivamente constituyó un gran paso entre los obsoletos regímenes de divorcio occidentales, pero también enfrentó problemas como los casos de poca voluntad conciliadora o la excesiva hostilidad de las parejas o de uno de sus miembros, los secuestros o fugas con los niños antes de emprenderse cualquier acción judicial; o el que no se impuso a los progenitores la obligación de negociar, conciliar o mediar.

A continuación se enuncian los principios de la propuesta:

- 1) Afirmar el fundamento de la noción de autoridad otorgándole todo su sentido.
- 2) Ejercer en común la autoridad parental, en condiciones igualitarias entre el padre y la madre (coparentalidad) y, en consecuencia, consolidar la función de los padres y la función paterna.
- 3) Definir un derecho común a todos los niños, independientemente de que sus padres vivieran juntos, estuvieran divorciados o no fueran casados, con la finalidad de estabilizar la filiación.
- 4) Ayudar a la familias pobres, ya que los padres deben ejercer su responsabilidad con la misma dignidad y su autoridad con idéntica eficacia.
- 5) Igualar la responsabilidad parental entre el padre y la madre para consolidar la función paterna y revalorizar el rol de los progenitores.

En Francia, un adolescente de cada cuatro, vive con uno solo de sus padres, la mayor parte no convive con su padre, así una de cuatro pensiones alimentarias, es dejada de pagar, esto ocasiona que el padre tenga sentimientos de marginación, por lo que los miembros de la Conferencia de Familia apostaron a que si se solucionaba un aspecto, se mejorarían los demás.

Pensaron que la prioridad consistía en dar el valor correspondiente a los acuerdos amistosos entre los padres, sobre todo en lo referente a la organización de la custodia.

Precisaron en cuanto a la reforma del derecho de familia del país en estudio que debía:

- a) Armonizar las reglas aplicables a todos los padres, y suprimir la condición de comunidad de vida para que los padres no casados puedan ejercer la autoridad parental.
- b) Introdujeron en su código civil la posibilidad de la **custodia alterna de los niños** en caso de divorcio.
- c) Facilitaron el acceso de las parejas al juez de familia para homologar los acuerdos que ambos miembros de la pareja establecieran entre ellos, independientemente de que estén casados o no.

La asamblea francesa tomó en consideración los siguientes aspectos para reglamentar respecto de la custodia alterna y la aplicación del principio de coparentalidad:

- La residencia alterna por medio de la introducción de esta figura en su Código Civil.
- Acuerdos parentales homologados o imposición del juez, en función del interés del niño. En caso de desacuerdo de los padres sobre la residencia del menor, determinaron conceder prioridad a la fórmula de la custodia alterna, que constituye una aplicación práctica del principio de ejercicio conjunto de la patria potestad.
- Tomar en cuenta el derecho de todo infante a ser educado y protegido por sus padres con respeto a su persona para lo concedieron fuerza de ley.
- Afirmaron el principio de que el padre y la madre deben mantener relaciones personales con el niño y respetar sus vínculos con el otro progenitor.
- En nombre del interés del niño, la residencia externa se consideró durante mucho tiempo con desconfianza, no sólo por parte de los jueces, sino también de los psicólogos y los trabajadores sociales. Esa situación cambió, en virtud de que el sistema clásico de residencia principal y derecho de visita contribuye a debilitar el vínculo entre el hijo y el progenitor con el que no vive a diario, por lo que la residencia alterna es la

- condición de una coparentalidad real y el elemento fundamental para luchar contra lo obsoleto de una u otra de las funciones patentables.
- La importancia de garantizar derechos iguales al padre y a la madre, este principio debe mantenerse cuando la pareja está en situación de crisis. Por tanto, debe fomentarse la residencia alterna.
 - La custodia alterna debe aplicarse antes que la exclusiva en el domicilio de uno de los padres, a fin de indicar que esa solución es preferible.

Se evidencia el objetivo claro de incitar a los padres a ponerse de acuerdo sobre el principio de una residencia alterna, que tiene la ventaja de mantener entre ellos la paridad.

La edad debe ser y es tenida en cuenta, pero no olvidaron que la cuestión de la residencia alterna ha sido objeto de intensos debates ideológicos, en los que determinados especialistas han explicado que la medida debería excluirse a una edad, pero adoptarse sin lugar a dudas a otra diversa. El criterio de la edad es, por lo tanto, delicado, y la ley no debe servir para obstaculizar tal medida.

El respeto del lugar que corresponde a cada uno en el marco de la residencia alterna es también uno de los principios básicos de esta reforma. **Las expectativas de un niño respecto de sus padres no deben depender del vínculo de la pareja.** Esta proposición legal consolida la autoridad durable y protectora de los padres, unidos o desunidos, y consolida el ejercicio de una responsabilidad adulta que es, el contrapunto natural de unas libertades adquiridas y plenamente reconocidas.

Cabe resaltar que para los legisladores franceses, la continuidad del vínculo del infante con su padre es un **derecho del primero y un deber del segundo**; y que excluyeron la noción obsoleta del **derecho de visita**, ya que no se trata de una prerrogativa discrecional, el hecho de que un menor espere un

sábado del mes a su padre y que una falta a esa cita sea vivida por el niño como un abandono.

Valoraron la residencia alterna sin hacer de ella un remedio ni una obligación, ni expresar socialmente la idoneidad absoluta de un modelo de organización tras la separación, ni culpabilizar a las parejas que no recurran a esa modalidad. Simplemente, reconocieron como legítimas las aspiraciones crecientes a un mejor equilibrio del tiempo compartido y dedicado al niño, mantener la relación triangular de la referencia familiar, incitar fuertemente a los padres a organizarse de forma responsable, como adultos, a prohibirse a sí mismos utilizar al niño como *punchingball* entre ellos y herir su amor por el otro progenitor.

En el entendido de que un padre seguirá siéndolo a pesar de haber fracasado como pareja.

También tomaron en cuenta los derechos de la mujer y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, con el objeto de otorgar mayor espacio al padre para la nueva etapa en el progreso de los derechos de la mujer.

Desde la perspectiva de los ciudadanos franceses, la custodia compartida permite a los progenitores ejercer realmente la patria potestad, ya que incluso si su aplicación fuera difícil, no puede ejercerse plenamente cuando únicamente se ve al hijo un fin de semana cada quince días. Para ellos no es suficiente ser titular de la potestad, sino que la aplicación de lo que denominaron **la residencia alterna** es tomada caso por caso, y sólo en ese aspecto la custodia es la condición esencial para una coparentalidad real.

En el supuesto de que hubiera desacuerdo entre los padres sobre la custodia, concedieron la facultad al juzgador, en función de los elementos de información que posea, de imponer la custodia alterna. Esta decisión debe adoptarse de forma definitiva, es decir, que la instancia se detiene y el juez declina

su competencia, ya que en caso contrario se buscaría por todos los medios demostrar que la resolución adoptada no es buena.

De esta forma hicieron la conceción de igualdad de derechos a los padres y reconocieron el derecho del menor de ser criado por ambos progenitores; el deber de éstos no se limita a la asistencia material, sino que atiende lo esencial: la educación y los vínculos afectivos que deben mantenerse estrechos.

2.2.3.2. Coparentalidad e igualdad hombre mujer.

El ejercicio de la función parental no puede considerarse con independencia de las cuestiones de igualdad social y de sexos, así con la promoción de la coparentalidad se permite a los padres y a las madres establecer un equilibrio entre su vida profesional, familiar y social. Considerar la vida familiar en la organización del tiempo profesional debe incumbir tanto a hombres como a **mujeres.**

Por motivos culturales la paternidad, tanto en Francia como en México, sigue sin ser verdaderamente amparada en la vida profesional, estudios realizados en el país galo revelan que 20% de los hombres jóvenes quieren ejercer más sus responsabilidades familiares en comparación con las profesionales.

Propusieron crear un permiso para el padre cuando nace su hijo; modificar el dispositivo de permisos de ambos padres, a fin de que puedan repartirse mejor; comunicar la igualdad de padre y madre en la esfera familiar y doméstica y en el cuidado diario de los niños.

La Asamblea Nacional Francesa (cámara de diputados) aprobó el doce de diciembre de dos mil uno, el proyecto de ley que equipara los derechos y deberes de padres y madres. El texto propuesto por los socialistas, fue aceptado por unanimidad, la ley establece la igualdad de derechos de hombres y mujeres en

cuanto a la guarda y custodia de los hijos tras la separación de la pareja. La custodia recaía hasta ese día en la madre.

El texto otorgó una autoridad compartida a ambos padres en cuanto a la educación de los hijos, cualquiera que fuera la situación de la pareja. Además, la ley favorece que los niños vivan alternamente en casa de cada uno de los padres.

2.2.3.3. La custodia alterna. Situación actual.

Tras haber sido desprestigiada a favor del interés superior de los menores, la fórmula del reparto del tiempo del niño entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de semanas alternas, se reconoce provechosamente para responder a las necesidades de los críos como la fórmula más clásica del reparto del tiempo entre días laborables y fines de semana.

La **custodia** es el derecho y deber de un padre de mantener a su hijo en su hogar familiar, también es la prerrogativa y la obligación de atender y satisfacer las necesidades de los descendientes para prodigar para ellos los cuidados que necesiten, la custodia alterna es un progreso hacia el reconocimiento de la igualdad entre padre y la madre y el interés del niño.

2.2.3.4. Ley 2002-305 de cuatro de marzo de dos mil dos, relativa a la patria potestad.

Procederemos al análisis de la reforma al Código Civil Francés adoptada por la Asamblea Nacional y el Senado, promulgada por el Presidente de la República Francesa en el sentido siguiente:

“Artículo 371-1.- La patria potestad es un conjunto de derechos y deberes que tienen por finalidad preservar el interés del niño. - - - - El padre y la madre ejercerán la patria potestad hasta que el niño alcance su mayoría de

edad o su emancipación, con objeto de velar por su seguridad, su salud y su moralidad, asegurar su educación y permitir su desarrollo, con el respeto debido a su persona. - - - - Los padres permitirán a los hijos participar en las decisiones que les afecten, según su edad y grado de madurez.”

Consideramos asertada la idea de dar una definición de la patria potestad y sus prerrogativas con la finalidad de partir a los siguientes supuestos.

“Artículo 371-2.- Cada uno de los progenitores contribuirá al mantenimiento y a la educación de los hijos en forma proporcional a sus recursos, a los del otro progenitor y a las necesidades del niño. - - - - Esta obligación no se extingue de pleno derecho cuando el hijo alcanza la mayoría de edad.”

Propugnaron por la igualdad de los padres, hasta en lo económico, ya que ambos son responsables de satisfacer sus necesidades en forma proporcional.

“Artículo 371-4.- El niño tiene derecho a mantener relaciones personales con sus ascendientes. El ejercicio de tal derecho sólo podrá restringirse por motivos graves. - - - - Si tal es el interés del niño, el juez de familia fijará las modalidades de relación entre el niño y un tercero, sea o no su progenitor.”

Reitera la Convención de Derechos del Niño y garantiza el derecho de convivencia con sus padres, abuelos y bisabuelos si es el caso, esta garantía sólo será restringida en caso de que surjan motivos que afecten el sano desarrollo del menor así como las formas de la relación.

“Título I. Principios generales - - - - Artículo 372.- El padre y la madre ejercerán en común la patria potestad. - - - - Sin embargo, cuando la filiación se establezca respecto de uno de ellos transcurrido un plazo superior a un año desde el nacimiento de un niño cuya filiación haya sido ya establecida respecto del otro, sólo éste quedará investido de la patria

potestad. El mismo principio se aplicará cuando la filiación se declare judicialmente respecto del segundo progenitor del niño. - - - - La patria potestad podrá, sin embargo, ejercerse en común en caso de declaración conjunta de ambos padres ante el secretario jefe del tribunal de primera instancia o por decisión del juez de familia.”

Los padres tienen derecho de ejercer la patria potestad conjunta desde el nacimiento del menor, pero en caso de que sólo sea reconocido por la madre al transcurrir un año de su nacimiento ella tendrá exclusivamente la patria potestad, salvo declaración judicial de paternidad en que será ejercida por ambos.

“Artículo 373.- Será privado del ejercicio de patria potestad el progenitor que no esté en condiciones de manifestar su voluntad a causa de su incapacidad, ausencia o cualquier otro motivo. - - - - Art. 373-1.- Si uno de los progenitores fallece o se halla privado del ejercicio de la patria potestad, el otro ejerce en solitario tal potestad.”

Es lógica esta iniciativa porque no es posible que si uno de los padres se encuentra física o mentalmente incapacitado tenga a su cargo al hijo habido dentro del matrimonio ya que no es seguro ni para el menor ni para el progenitor que se encuentre en este supuesto.

“III.- De la intervención del juez en los asuntos de familia. - - - - Artículo 373-2-6.- El juez del tribunal de primera instancia que entienda en los asuntos de familia tramitará los casos que se le sometan en virtud del presente capítulo, velando especialmente por la protección de los intereses de los hijos menores. - - - - El juez podrá adoptar medidas que permitan garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos del niño con cada uno de sus padres. En particular, podrá ordenar que se inscriba en el pasaporte de los progenitores la prohibición de salir del territorio francés sin autorización de ambos padres.”

Los jueces deben procurar en todo momento la satisfacción del mejor interés del niño, para lo que tendrán la facultad de adoptar las providencias necesarias para garantizar el derecho de los niños de sostener relaciones sus padres, a fin de evitar posibles secuestros por cada uno de ellos.

“Artículo 373-2-7.- Los progenitores podrán recurrir al juez de familia para que ratifique el convenio en el que organizan las modalidades del ejercicio de la patria potestad y se fija la contribución al mantenimiento y a la educación del niño. - - - - El juez ratificará el convenio, salvo si constatase que no preserva suficientemente el interés del niño o que el consentimiento de los progenitores no se ha dado libremente.”

Los padres tienen la libertad de suscribir ante el juzgador un convenio en el que organizarán el ejercicio conjunto de la patria potestad, la manutención de su hijo y lo relativo a su educación, el que será autorizado por el juez.

“Artículo 373-2-8 (nuevo).- Cualquiera de los progenitores, o el ministerio fiscal, o terceros a través del ministerio fiscal, podrán solicitar al tribunal que establezca las modalidades del ejercicio de la patria potestad y de la contribución al mantenimiento del niño. - - - - Artículo 373-2-9 (nuevo).- En aplicación de los dos artículos precedentes, la residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los progenitores, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos. - - - - Si uno de los progenitores lo solicita, o en caso de desacuerdo entre ambos respecto del modo de residencia del niño, el juez podrá ordenar con carácter provisional una residencia alterna durante un plazo determinado. Al término de este plazo, el juez emitirá un fallo definitivo sobre la residencia alterna del niño en el domicilio de cada uno de los padres o la residencia en el domicilio de uno de ellos.”

Reformaron en el sentido de que los padres son igualmente responsables de satisfacer las necesidades de sus hijos, en ese sentido, también pugnaron por que el niño pueda tener su residencia con ambos padres y en caso de desacuerdo será fijada una provisional por el juzgador, para posteriormente fijar una residencia alterna definitiva.

“Artículo 373-2-10.- En caso de desacuerdo, el juez tratará de conciliar a las partes. - - - - Al efecto de facilitar la búsqueda por los padres de un ejercicio consensuado de la patria potestad, el juez podrá proponerles una solución de mediación y, tras haber obtenido su conformidad, designar un mediador familiar al efecto. - - - - Asimismo, podrá ordenarles que se dirijan a un mediador familiar para que les informe sobre el objeto y el desarrollo de esta medida.”

Fueron los primeros en referirse a la figura del arbitraje familiar.

“Artículo 373-2-11.- Cuando se pronuncie sobre las modalidades del ejercicio de la patria potestad, el juez tendrá necesariamente en cuenta: - - - - 1° La práctica seguida anteriormente por los padres o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad; - - - - 2° Los sentimientos expresados por el niño en las condiciones previstas en el artículo 388-1; - - - - 3° La aptitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro; - - - - 4° El resultado de las exploraciones periciales que hayan podido efectuarse; - - - - 5° Los datos de los informes y contrainformes sociales que hayan podido llevarse a cabo.”

Listaron los aspectos que el juzgador debe tomar en cuenta al pronunciarse respecto a la patria potestad entre los que destacan los acuerdos que los padres hubieran tomado con anterioridad y los sentimientos **expresados** por el niño, la responsabilidad de los padres de que su hijo mantenga relaciones

con el otro padre el resultado de las pruebas periciales, entre otros de menor importancia.

“Artículo 373-2-12 (nuevo).- Antes de adoptar cualquier decisión sobre las modalidades del ejercicio de la patria potestad y del derecho de visita o la custodia de los niños por un tercero, el juez podrá encargar a una persona calificada la realización de un informe social, cuyo objetivo será reunir datos sobre la situación de la familia y las condiciones en que viven y se educan los niños. - - - - Si uno de los padres impugna las conclusiones del informe social, el juez podrá, a instancia suya, ordenar la realización de un contrainforme. - - - - El informe social no podrá utilizarse en el debate sobre la causa del divorcio.”

Si uno de los padres no está de acuerdo con lo expresado por los colaboradores de la justicia el juez podrá designar un perito equiparable al tercero en discordia.

“Artículo 373-2-13.- El juez podrá en todo momento, a instancias de ambos padres o de uno de ellos, de un miembro de la familia o del ministerio público, modificar o completar las disposiciones del convenio ratificado, así como las decisiones relativas al ejercicio de la patria potestad.”

Si afecta el interés superior del menor, el juez podrá a petición de parte completar o mejorar el convenio.

“I.- Del ejercicio de la patria potestad por los padres separados - - - - Artículo 373-2.- La separación de los progenitores no tendrá efectos en las normas de atribución del ejercicio de la patria potestad. - - - - Tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos de éste con el otro progenitor. - - - - Todo cambio de residencia de uno de los progenitores, en la medida en que modifique las

modalidades de ejercicio de la patria potestad, deberá comunicarse con la debida antelación al otro progenitor. En caso de desacuerdo, el progenitor más diligente podrá solicitar al juez de familia que adopte una decisión en función del interés del niño. El juez asignará los gastos de desplazamiento y ajustará en consecuencia el importe de la contribución para el mantenimiento y la educación del niño.”

No se afecta el ejercicio de la patria potestad por el divorcio, pero si uno de los padres cambia de residencia deberá hacerlo del conocimiento del otro, el que podrá inconformarse ante el juzgador para que éste tome las medidas necesarias para salvaguardar el interés superior de su hijo, para lo que designará gastos por viáticos así como la contribución para sostener y educar al infante.

“Artículo 373-2-1.- Si el interés del niño lo exige, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores. - - - - El ejercicio del derecho de visita y de acogida domiciliaria de los hijos no podrá denegarse al otro progenitor, salvo por motivos graves. - - - - Este segundo progenitor conserva el derecho y el deber de velar por el mantenimiento y la educación del niño, deberá ser informado de las decisiones importantes relativas a la vida del menor y deberá cumplir la obligación que le impone el artículo 371-2.”

Los padres tienen derecho de visitar a sus hijos, garantía que es resguardada por el asambleísta francés.

“Artículo 373-2-2.- En caso de separación entre los padres, o entre éstos y el niño, la contribución a su mantenimiento y educación adoptará la forma de pensión alimenticia, que será entregada, según sea el caso, por uno de los padres al otro, o a la persona a quien se haya confiado el cuidado del niño. - - - - Las modalidades y las garantías de esa pensión alimenticia se fijarán en el convenio ratificado previsto en el artículo 373-2-7 o, en su defecto,

mediante resolución del juez. - - - - Tal pensión podrá adoptar, en su totalidad o en parte, la forma de pago directo de los gastos en que incurra el niño. - - - - Asimismo, podrá pagarse, en su totalidad o en parte, en forma de derecho de uso o de habitación.”

Condena al pago de pensión alimenticia a uno de los padres y señala como acreedor no al niño sino al otro progenitor pero sí precisa que es por los gastos que eroguen los cuidados del niño.

“Artículo 373-2-3.- Cuando la consistencia de los bienes del deudor lo permita, la pensión alimenticia podrá sustituirse, en su totalidad o en parte, y de acuerdo con las modalidades y garantías previstas en el convenio ratificado o establecidas por el juez, por el depósito de una suma de dinero en un organismo acreditado que se encargará de entregar al niño en contrapartida una renta ajustada a las variaciones de los precios, por la cesión de bienes en usufructo o por la asignación de bienes que generen rentas.”

Estos preceptos se refieren a la fijación de la pensión y la forma en que podrá pagarse.

“Artículo 373-2-4. -Con posterioridad podrá solicitarse, si procede, la asignación de un complemento, principalmente en forma de pensión alimenticia.”

Puede complementarse la pensión de conformidad con los gastos que se originen con el desarrollo del niño y sus actividades.

“Artículo 373-2-5.- El progenitor que asuma la responsabilidad principal de un hijo mayor de edad que no pueda por sí mismo subvenir a sus necesidades podrá solicitar al otro progenitor la entrega de una contribución

para el mantenimiento y la educación del hijo. El juez podrá decidir, o los progenitores podrán acordar, que esa contribución se entregue, en su totalidad o en parte, directamente al hijo.”⁵

En Francia no se reguló sobre la custodia compartida como tal, sin embargo, avanzaron y la bautizaron con el nombre de **residencia alterna**, se ocuparon, como se ha mencionado, del interés del menor y que sea realmente valorado al resolver sobre la situación de los infantes después de la separación de sus padres.

2.2.4. España.

La defensa de la infancia es el derecho del que goza todo niño, por serlo; recibir atención, aunque suene ilógico, es algo que no siempre ha sucedido, ni siquiera en la actualidad acontece de esta forma en todas partes del orbe, en el ámbito cultural Español es algo relativamente reciente.

Esta situación responde al perfil que se tiene del niño. La infancia es una obra social hecha por el hombre. Cambia con el tiempo y varía de una cultura a otra.

La actual concepción del niño, responde a las ideas de un mundo feliz y progresivo de los filósofos ilustrados, ya que entonces se comenzó a ver a los niños como histriones del futuro; para los propios críos esto significó que fueran considerados como seres humanos no terminados. Su bienestar presente sólo tenía importancia si se conectaba con el futuro.

Fue a principios del siglo XX, cuando algunas personas, como el polaco Janusz Korzack, empezó a defender los derechos de la infancia no como proyecto

⁵ http://www.legifrance.gouv.fr/citoyen/jorf_nor.ow?numjo=JUSX0104902L (boletín oficial francés Legifrance) 14 de octubre de 2006, 16:50, traducción Laborie Nassar Jazmy Jihan.

de hombres y mujeres, sino en su momento actual, al considerarlos personas con significado propio, con una realidad aquí y ahora, con derechos en el presente. Así surgió la necesidad de oírles, de considerarlos ciudadanos, seres humanos sujetos de derechos. Esta idea comenzó a reflejarse en discusiones y legislaciones que desembocaron en la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Todo esto indica que nos encontramos en un período de transición, de destrucción y reconstrucción de la imagen del niño. Por ello, es preciso crear y desarrollar instrumentos jurídicos específicos de derechos humanos para los niños y niñas.

En este marco podemos afirmar que la protección y promoción de los derechos de la infancia es una tarea apenas empezada.

Así llegamos a la necesidad básica de los menores, relativa a los vínculos afectivos de los niños, la importancia que tiene para el desarrollo del ser humano el establecimiento de la relación de apego en la primera infancia. Puede decirse que todo niño tiene derecho de formar lazos de este tipo para poder desarrollarse de forma autónoma sobre la base de un afecto seguro, sólido e incondicional, pero no puede sostenerse que sea la madre la única persona de referencia para los menores ni que exista un sólo vínculo de apego. Las investigaciones sobre el papel del padre, permiten afirmar que no sólo es posible, sino conveniente, que el niño tenga más de un vínculo de apego. La necesidad de disponer de vínculos afectivos primarios es una constante en el desarrollo del ser humano desde el nacimiento a la adolescencia, y también durante la edad adulta y la vejez.

En España, se aprobó la Ley Orgánica 1/1996 (uno mil novecientos noventa y seis), del quince de enero, de Protección Jurídica del Menor, que se dio en la Ley de Enjuiciamiento Civil, así el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, ha estudiado el artículo 92 del Código Civil Español, los

estudios de referencia contienen normas que no pueden interpretarse de modo aislado, sino que deben correlacionarse con otras disposiciones contenidas en la misma codificación.

2.2.4.1. Reforma del derecho de familia.

El quince de enero de mil novecientos noventa y seis, la comunidad española reformó su derecho de familia por medio de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, el contenido de la legislación en comento trasciende los límites del propio Código Civil Español en virtud de que construye un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los poderes públicos, a las instituciones relacionadas con menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general.

Es una ley que refleja la concepción de los menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, en que se debe entender que la mejor manera de garantizar social y jurídicamente su protección es con la promoción de su autonomía como sujetos; que no sean considerados únicamente como objeto de protección sino también como sujeto de derechos.

La comunidad española tiene un conjunto normativo regulado en los artículos 3, 4 y 39.2 de la Constitución Española, entre los que se regula el deber de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos, iguales ante la ley, independientemente de su filiación; el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden, sean habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad en todo caso y después en los casos en que legalmente proceda; y la aplicación de los acuerdos internacionales que velen por los derechos de los niños.

De los citados mandatos constitucionales se derivan:

- 1) La aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por España el treinta de noviembre de mil novecientos noventa.
- 2) El padre y la madre, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos, obligaciones que nacen del hecho de la filiación y que no dependen de la patria potestad, pues la privación de la misma deja a salvo las obligaciones anteriores.

La nulidad, la separación o el divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos, de lo que se advierte que no dispone nada nuevo, pues esas obligaciones no están en relación con la existencia o no del matrimonio, ni con su régimen jurídico, sino que dependen únicamente de la filiación. Las obligaciones de los padres para con los hijos, sean habidos dentro o fuera del matrimonio, (artículo 39.2 de la Constitución Española), no pueden modificarse porque éste se declare nulo, se extinga o cambie de régimen jurídico.

- 3) El artículo 154, párrafo segundo, del Código Civil Español, dispone que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, lo que comprende los deberes y facultades de: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y administrar sus bienes; y en su párrafo tercero que si **los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptarse decisiones que los afecten.**

Lo que resaltamos es porque no es jurídicamente posible elaborar un estándar para saber que infante cuenta con suficiente juicio para que pueda ser escuchado, desde nuestra perspectiva esa es una decisión que debe tomar el juzgador con base en su libre arbitrio.

- 4) A lo que debe añadirse que la Ley Orgánica 1/1996 de quince de enero, establece como principio general en su artículo 2, que el interés superior del menor prevalecerá sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, y que el artículo 9, regula el derecho del menor a ser oído en cualquier procedimiento en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En este otro contexto el artículo 92, II, que comentamos, es mera especificación con relación a los procesos matrimoniales, en los cuales las medidas judiciales deben adoptarse en beneficio de los hijos y después de oírlos.
- 5) El artículo 170 del Código Civil, prevé que el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la mencionada potestad, sentencia que puede ser incluso la dictada en un proceso matrimonial.
- 6) Los artículos 154 y 156 del Código Civil, parten de que la titularidad de la patria potestad corresponde al padre y de que se ejerce conjuntamente por ambos progenitores, pero el segundo admite la posibilidad de que el ejercicio de la misma se atribuya total o parcialmente a uno de ellos y también dispone que si los padres viven separados (se entiende como situación de hecho, sin atender a su base jurídica) la patria potestad se ejercerá por aquél con el que los hijos convivan.
- 7) El artículo 92, V, de la codificación en estudio, se refiere al dictamen de especialistas, en el que se introduce una norma probatoria que no tiene otra regulación en el código, que no tiene mayores singularidades pues se trata de la prueba pericial.

- 8) También, se debe considerar lo regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil en:
- a) El artículo 770 que prevé la tramitación del proceso de nulidad, separación y divorcio, con especialidades sobre la prueba de oficio para las medidas que afecten a los hijos y la audiencia a éstos, aparte de atender al proceso que verse exclusivamente sobre la **guarda y custodia de los hijos menores**.
 - b) El numeral 774, sobre las medidas definitivas en los procesos matrimoniales, que deberán decretarse en la sentencia, también las relativas a los hijos.
 - c) El precepto 775 sobre la modificación de las medidas.
 - d) El dispositivo 777 respecto del procedimiento de mutuo acuerdo para la separación y el divorcio.

En páginas posteriores, abordaremos el estudio de cómo han interpretado los tribunales españoles el referido artículo 92 del Código Civil, sobre lo relativo a la guarda de los hijos.

2.2.4.2. Patria potestad y su ejercicio: Opciones.

La separación de los padres no debe presumir la variación de la titularidad de la patria potestad, si bien deberá atribuirse su ejercicio exclusivo a uno de ellos, se conserva la titularidad del derecho en forma conjunta y se concede en exclusiva a uno de los progenitores para dar lugar a la guarda y custodia.

2.2.4.3. Titularidad y ejercicio.

Del artículo 156 del Código Civil Español, se desprende la distinción entre titularidad de la patria potestad y su ejercicio. De los preceptos 90 y 159 de la codificación en cita, se deduce, en principio, que debe estarse a lo que decidan los

padres de común acuerdo respecto del ejercicio, si así es aprobado por el juez, siempre que no estime que pudiera ser dañino para los hijos. A falta de acuerdo, o si no fuese aprobado, el juez será quien falle, la decisión no podrá ser calificada de incongruente.

Atribuir la guarda y custodia a uno de los padres, no implica para el otro la privación de la titularidad de la patria potestad, pero sí supone la facultad de su ejercicio al diverso al que se haya confiado la guarda y custodia.

El fallo judicial se funda en el reparto del ejercicio de la patria potestad, en el sentido de que a uno de los padres puede imputarse todo lo relativo a velar por los hijos, tenerlos en su compañía (sin perjuicio del régimen de visitas), alimentarlos (con la contribución económica del otro), educarlos y procurar su formación integral (artículo 154, II, 1ª Código Civil) y al otro progenitor se confiere la administración de los bienes del menor (artículo 154, II, 2ª Código Civil), si bien lo normal sería que la asignación de la guarda y custodia suponga el ejercicio ordinario de la patria potestad. No se debe perder de vista que una cosa es ejercer la patria potestad y otra su titularidad.

El distingo entre titularidad y ejercicio de la patria potestad lo hace la sentencia de nulidad, de separación o de divorcio, porque incide sobre la patria potestad ya que algunos deberes y facultades serán alterados, básicamente, en que uno de los padres no podrá tener a sus hijos en su compañía, toda vez que no será posible para ambos.

Al que se atribuya la guarda y custodia, será quien goce de este beneficio y el otro disfrutará del derecho de visitas.

Respecto de los alimentos, la obligación varía entre el que tiene la custodia y el que no, ya que para el primero será ministrar alimentos de hecho, mientras que para el segundo la obligación tendrá una tónica pecuniaria.

Las restantes obligaciones a que hace referencia el numeral 154 del Código Civil Español, son relativas a la patria potestad, en las que regulan que seguirán siendo ejercidas de modo conjunto por ambos progenitores.

2.2.4.4. La guarda y custodia compartida.

Es el recurso del que goza el progenitor que teme ser privado de la guarda y custodia al final del procedimiento de divorcio.

En España atribuyeron el nombre de guarda compartida, que desde nuestra perspectiva en atención a lo definido en el capítulo anterior es el nombre correcto.

Esta figura jurídica no goza de la preferencia de los juzgadores, sin embargo, existen jurisprudencias que la estiman legalmente posible y la consideran una realidad de hecho, aunque minoritariamente, pese a que no se encuentra regulada en el artículo 92 del Código Civil Español, aunque tampoco está negada, no es aplicada de oficio, debido a su adecuación a la realidad, por lo que no es fácil encontrar sentencias que la admitan.

La Audiencia Provincial de Navarra en sentencias de procesos matrimoniales ha estimado que la guarda y custodia compartida no puede ser el sistema procedente para una evolución razonable de la infancia y adolescencia de los hijos a la esencial estabilidad, pero las jurisprudencias han admitido en circunstancias excepcionales la posibilidad de la guarda compartida, no obstante se muestra reacia, y es muy posible que la reforma se haya admitido más por presiones sociales de asociaciones de padres separados o divorciados.

CAPÍTULO 3 LA CUSTODIA COMPARTIDA.

3.1. Estudio de la constitucionalidad del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal.

Antes de abordar el tema en estudio es necesario precisar la constitucionalidad del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal en los siguientes términos:

La reforma del Código Civil para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial el seis de septiembre de dos mil cuatro establece:

“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.”

Corresponderá al juzgador procurar el régimen de custodia compartida pero no detalla la forma en que se aplicará, se limita a enunciar que los niños

podrán permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, y que con posterioridad se podrá demandar la custodia para ambos padres.

Por su parte el precepto 4, párrafo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone:

“Artículo 4.- El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. (...)”

Este dispositivo es la garantía de igualdad entre hombre y mujer, pero concede a esta última el derecho de velar por el desarrollo y organización familiar.

La Convención Sobre los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país el veintiséis de enero de mil novecientos noventa, adoptada en la ciudad de Nueva York, el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el diecinueve de junio de mil novecientos noventa, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de julio del propio año.

El instrumento de ratificación, se firmó por el entonces presidente de la república Carlos Salinas de Gortari, el diez de agosto de mil novecientos noventa, que fue depositado ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, el veintiuno de septiembre de la anualidad de referencia.

Por lo tanto, para su debida observancia, en cumplimiento de lo dispuesto en la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se promulgó el decreto, en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, el veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa, cuya última modificación fue publicada en el Diario Oficial de la Federación de tres de mayo de dos mil dos, que en el dispositivo 9 regula:

“Artículo 9.- 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. (...) ----- 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. (...)”

Asegura que el interés superior del menor prevalezca sobre los demás intereses en el sentido de que el niño sólo podrá ser separado de sus padres cuando el mencionado interés sea puesto en riesgo, también regula lo referente a que el niño debe mantener y sostener relaciones personales, contacto directo y regular con sus padres.

De esta forma la Asamblea Legislativa del Distrito Federal por unanimidad de votos resolvió que los jueces de lo familiar deben procurar el régimen de **custodia compartida**.

Mientras que el precepto 4 constitucional regula que es a la madre a la que corresponde la organización y desarrollo de la familia, lo que se robustece con la tesis I.9o.C.53 C, emitida por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, publicada en la novena época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo VIII, agosto de mil novecientos noventa y ocho, página 845, que dice:

“CUSTODIA DE MENORES. EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, QUE LA CONCEDE A LA MADRE RESPECTO DE LOS HIJOS MENORES DE SIETE AÑOS, ES ACORDE CON LO PREVISTO POR EL ARTÍCULO CUARTO CONSTITUCIONAL. 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, consistente en que éstos deben permanecer al lado de su madre** "... salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos ...". El espíritu de este principio, evidentemente, tuvo como sustento que el legislador atendiera a la realidad social y a las costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional, en el que en términos generales, corresponde a la madre la atención y cuidado de los menores; consecuentemente, legalmente la madre tiene a su favor la presunción de ser la más apta para cuidar a los hijos procreados, a menos que el padre demuestre que la conducta de aquélla puede ser dañina a la salud e integridad de los hijos. Es pertinente destacar que si bien **el artículo 4o. de la Constitución General de la República, estatuye que el hombre y la mujer son iguales ante la ley**, lo cierto es que **la norma constitucional reconoce un régimen propio en lo que se refiere a las cuestiones familiares**, dado que al respecto puntualiza que la ley ordinaria "... protegerá la organización y el desarrollo de la familia ..."; de lo cual se desprende claramente que en este aspecto en particular, debe atenderse fundamentalmente a las circunstancias específicas que se encaminen a proteger el desarrollo de la familia y, dentro de este concepto, por consiguiente, a proteger el desarrollo de los menores; aspectos que recoge el legislador ordinario y los plasma en el artículo 282 del Código Civil.

Precedentes: Amparo directo 5689/98. Luis Tovar Zúñiga. 25 de junio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: José Castro Aguilar. Secretario: Antonio Rebollo Torres.”

Criterio que consideramos atinado y lo resaltado es porque queremos probar que si bien el numeral 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos

Mexicanos otorga la garantía de igualdad entre hombre y mujer ante la ley, lo cierto es que el ánimo de esta primicia, tiene como base que el asambleísta atendiera a los hechos sociales y a los hábitos dominantes dentro del núcleo social nacional, en el que es a la mujer por ley a la que corresponde la atención y cuidado de los menores.

La madre tiene a su favor la presunción de ser la más apta para cuidar de los hijos.

Por otra parte, la tesis no sostiene que el hijo deje de tener relación con el padre.

Lo que corrobora también la Convención de Derechos del Niños vela porque mantengan relaciones con ambos padres, cuando estén separados siempre que no exista una causa grave que determine la separación por parte del Estado.

Llegamos a la conclusión de que el precepto en estudio, si bien es ambiguo, **no es inconstitucional**, ya que nuestra propuesta no se basa en privar de la custodia a las madres para otorgarla exclusivamente a los padres que decidan pelear por ella, lo que buscamos es que el niño pueda mantener relaciones permanentes con **ambos padres**, no pretendemos el régimen usual de atribución de la custodia del hijo a un progenitor con exclusión del otro, es decir, que sólo uno de los progenitores proteja la organización y desarrollo de la familia ya que ésto no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras paterna y materna en el niño.

Su convivencia incesante con sólo uno de ellos provoca que lo tome como único modelo de comportamiento, con lo que olvida las referencias del otro, con el que se relaciona esporádicamente; al contrario lo que buscamos es que colaboren y trabajen en equipo por el bien de los infantes que enfrentan situaciones de

desintegración familiar debido al divorcio de sus padres, **pugnamos porque se dé una salida civilizada y funcional sobre todo para el impúber, para que no sienta que traiciona a uno u otro de sus padres sino que tenga una vida óptima y se sienta seguro y protegido por los dos.**

3.2. Ambigüedad del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal.

La reforma del dispositivo 283 de la codificación enunciada de seis de septiembre de dos mil cuatro dice:

“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.”

El legislador del Distrito Federal, al realizar la reforma enunciada, se limitó a expresar que debe procurarse el régimen de custodia compartida de ambos padres, pero ni de la lectura del proceso legislativo ni del artículo en comento se advierte que el asambleísta hubiera dado una definición de lo que debe entenderse por custodia compartida ni la forma en que debe ser ordenada por el

juzgador, pero nos queda claro que es lo más adecuado para el menor, ya que debe contar tanto con la referencia paterna como con la materna.

La solución de la guarda compartida se propone y se adopta, lo que resulta trascendente es su admisibilidad legal en el derecho civil común.

En el precepto en estudio se regula la aplicación de una solución distinta en la que se debe garantizar la satisfacción del mejor interés del infante, lo que se corrobora con la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve ratificada por México el veintiséis de enero de mil novecientos noventa, de la que se advierte que los niños necesitan protección y cuidados especiales, que deben crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, que han de ser educados en el espíritu de los ideales de paz, dignidad, tolerancia, libertad, **igualdad** y solidaridad. En todas las medidas que conciernan los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos atenderán como consideración primordial, al interés superior del infante.

Además de que ya se ha procedido a estudiar la constitucionalidad del numeral en comento, en consecuencia, desde la perspectiva del Derecho Mexicano y del Internacional se hace necesario mantener como meta de la actuación judicial satisfacer el interés primordial del niño, por lo que debe procurarse que los hijos tengan el mayor contacto posible con ambos progenitores.

El régimen que propone la atribución de la custodia a un progenitor no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna. La convivencia continua con sólo uno de ellos provoca que lo tome como único modelo de conducta y se olviden las referencias del otro, lo que ocasiona el

enfriamiento de las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas, que evidentemente perjudica el sano desarrollo del menor.

Con lo que se evidencía, que para resolver sobre el régimen de custodia se debe atender a las circunstancias especiales concurrentes en cada caso, pero en la línea que propugnamos, resulta conveniente el análisis de posibles alternativas como la atribución de la custodia compartida a ambos padres, la cual en la medida de las posibilidades debe operar a petición de parte o de considerarse necesario como bien lo regula el precepto que estudiamos pudiera platearse de oficio por el órgano judicial familiar ya que es de orden público resolver en beneficio de los niños, las cuestiones relativas a las relaciones con sus progenitores.

La madre y el padre tienen el derecho-deber de cuidar a sus hijos, ese derecho y obligación de cuidar y tener en su compañía a su prole recae con la misma importancia en la madre y en el padre, sin que sean aprobadas las diferencias en atención a la edad de los niños, o al sexo del progenitor, pues la ternura, el cariño, la energía, la paciencia, o las habilidades domésticas no son patrimonio exclusivo del uno o de la otra, los dos pueden y deben ejercitarse en ellas y potenciarlas en beneficio de sus hijos.

3.3. Beneficios e inconvenientes de la Custodia Compartida.

El derecho común atiende sobre todo a su adecuación a la realidad en el caso concreto y es aquí donde no se facilita encontrar que sea admitida en su totalidad la custodia compartida, se parte de la consideración de que este sistema es poco aconsejable, pero puede acarrear beneficios. Veremos a continuación algunos inconvenientes y sus posibles soluciones.

Las posibilidades del reparto del tiempo pueden constituir una solución partiendo de semestres hasta llegar a horas del mismo día.

Los semestres alternos no producen una verdadera guarda compartida, sino alternativa y sucesiva ya que si bien los hijos del matrimonio convivirán con el padre el primer semestre del año y con la madre el segundo también es cierto que el padre conviviente puede solicitar el pago de pensión alimenticia al argumentar que goza de la custodia exclusiva.

Pero resaltan los beneficios de igualdad de posición entre los progenitores y la no disminución de la relación personal de los hijos con uno de ellos, ya que el inconveniente de privar a los niños de una estabilidad en los aspectos más elementales de la vida parece imprescindible para su normal desarrollo, en virtud de que ya se han enfrentado al grave y delicado conflicto personal e intrínseco de la separación matrimonial.

Si el período de semestres alternos no es satisfactorio mucho menos resulta el de meses pares e impares ya que los padres deben combinar decisiones como el colegio, vacaciones, días inhábiles, actividades de riesgo que deben ser adoptadas conjuntamente.

El régimen de guarda y custodia compartida se debe acondicionar a las necesidades laborales de los progenitores y, por tanto, a sus intereses sin que sea negativo para el menor ya que un peregrinaje de domicilios es contrario a su necesidad de estabilidad y provoca problemas en el desarrollo escolar de los menores.

También se debe resaltar que si el padre ha abandonado el domicilio familiar para ser ocupado por la madre y ésta a su vez vive con un compañero, esto dificulta la convivencia entre los niños con dicha persona lo que recairía como un beneficio para la adopción del régimen de custodia compartida.

Es benéfica la custodia compartida en atención a que el menor tiene derecho de compartir su vida y convivir con ambos padres como ha quedado precisado con anterioridad, sin embargo, es un inconveniente la inestabilidad emocional a que se enfrentará el menor ya que sólo en el supuesto de que los padres vivan en el mismo vecindario este inconveniente sería resarcido.

Si el infante se enfrenta a los obstáculos de tener dos casas, y amigos diferentes en cada una y si además resultara que es invitado a pasar un día con un amigo y ese justo día corresponde que debe habitar en el hogar con el padre que vive en otro domicilio, el niño no se sentirá totalmente satisfecho, por lo que se debe mencionar que para que la custodia compartida tenga una aplicación satisfactoria es necesario que el menor sea sometido a distintas pruebas periciales, para asegurarse de que se trata de un niño sano, inteligente y sobre todo socialmente integrado.

Proponemos que el menor sea sometido a exámenes psicológicos y examinado por una trabajadora social del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) del Distrito Federal, pero no es suficiente que el niño manifieste ante el juzgador que es su deseo vivir con tal progenitor a pesar de que se encuentre bien con ambos, se debe tomar en consideración la opinión del Ministerio Público, ya que el hecho de que el menor sienta preferencia por uno de sus padres no significa que rechace al otro.

El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) del Distrito Federal es la entidad competente en virtud de que los Juzgados de lo Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal son órganos competentes para conocer de las resoluciones de custodia compartida lo que vuelve competente al organismo enunciado porque es del fuero común.

Desde nuestro punto de vista, el niño durante el proceso de crecimiento necesita tener para su adecuado desarrollo un modelo de conducta y una

presencia paterna estable en busca de una figura masculina a la que emular, con esto no queremos decir que por eso deje de tener importancia la figura materna que, como hemos analizado, es la encargada de velar por el desarrollo de la familia, además de que es esencial para el cuidado integral del niño hasta que alcance cierta autonomía en la adolescencia.

Una de las posibles soluciones es que el menor pudiera pasar el curso escolar junto a su progenitor y el resto del año junto al otro, siempre que los padres así lo acuerden. El problema es que ante un litigio lo que falta es justamente el acuerdo de voluntades de los padres.

Debemos destacar que después de que el progenitor que se ve despojado de la guarda y custodia al final de un proceso de divorcio, pretenda que se atribuya el régimen de custodia compartida.

Pero resulta benéfico en atención a que el régimen de visitas debilita la relación padre hijo lo que ocasiona un distanciamiento y como consecuencia, que el padre sea visto como una caja registradora y no como la figura masculina ejemplo de vida. El problema se vislumbra porque los padres podrían terminar por pagar las pensiones y perder el interés en seguir en contacto con sus hijos, lo que conlleva que el padre tenga hijos con otra señora y se olvide de que una vez tuvo otros, debido al escaso contacto y relación que sostuvieron.

Es necesario precisar que también pueden surgir trastornos psicológicos en los menores causados por andar de un lado a otro, pero pueden ser resarcidos si tienen una adecuada relación con ambos padres y éstos a su vez entre sí, además de que los problemas mentales pueden crear convicción en el juzgador o desvirtuarse por medio de los peritajes que de manera oficiosa practique el juzgador a los niños.

El acordar la guarda y custodia compartida depende del conjunto de dos elementos:

1. La posibilidad legal. No se niega, tan es así que se encuentra plasmada en la codificación civil para el Distrito Federal en el artículo 283, pero no da una definición ni establece el procedimiento a seguir para que pueda ser adoptada.
2. La adecuación en el caso concreto.

La posibilidad legal no es discutible, pero la conveniencia de acordar la guarda compartida no es del todo aconsejable si se toman en cuenta puntos de vista psicológicos y pragmáticos, ya que los menores son sometidos a toda inseguridad y abocados a una verdadera inestabilidad de vida emocional, en función de actitudes temporalmente coincidentes de cada uno de los padres sobre ellos y previsiblemente contradictorias de la autoridad del otro progenitor, ya que fracasaría si los padres son intransigentes y se enfrentan constantemente, es por eso que los progenitores deben estar conscientes de la responsabilidad que adquieren al suscribir el convenio en virtud de que está de por medio el desarrollo físico y emocional de sus hijos, porque se debe adquirir concertada y por mutuo acuerdo de los progenitores que mantengan entre ellos una postura razonable y equilibrada ante la crisis matrimonial, de ahí que lo primordial es el interés de los menores como más merecedor de protección.

La guarda y custodia exclusiva podría equipararse a un referente tranquilizador y una identificación del hogar familiar, que la compartida diluye y provoca en los menores una situación de confusión y desorden que hasta ellos mismos reprueban, circunstancia que se agrava con la postura rígida de los padres ante una situación que requiere flexibilidad y comprensión.

También resulta inconveniente pretender escuchar a los niños en juicio en virtud de que carecen de personalidad jurídica para comparecer por sí a juicio y se tiene la idea de que son incapaces de manifestar su voluntad, y que cuanto mayores son, más influyente debe reputarse su preferencia, lo que desde nuestra perspectiva consideramos incorrecto, ya que si bien no puede tomarse su opinión como verdad irrefutable, también es cierto que constituyen el valuarde en estudio y su opinión como tal debe ser escuchada por el juzgador, razón por la que proponemos sean escuchados los menores de cualquier edad sin fijar una determinación tomando únicamente como base su dicho, ya que esa no sería una determinación que se encontrara debidamente fundada y motivada.

El principio del beneficio o interés del menor se ha repetido una y otra vez a lo largo de este estudio, para comprender mejor su significado se debe aludir a criterios teleológicos.

El principio rector para resolver conflictos en materia de derecho de familia, y en especial para adoptar medidas que afecten el cuidado y educación de los hijos, debe ser el del interés superior del menor, consagrado en el precepto en estudio, en el que se procura el beneficio de los niños, en orden a su desarrollo personal y a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, por encima de los legítimos intereses de los progenitores, este principio constituye la protección integral y preferente de los hijos menores con lo que se debe interpretar la aplicación de la ley en esta materia.

Se debe analizar este principio y conceder la custodia ya sea exclusiva o compartida, pero lo primordial es entender o esclarecer que lo fundamental es la protección integral del menor que en este estudio es más que una afirmación pragmática, se desprende de interpretaciones de preceptos de familia derivados de acuerdos internacionales que velan por los derechos de los niños y que complementan indudablemente sus garantías constitucionales, entre los que destaca como se ha mencionado, la Declaración de los Derechos del Niño.

El ejercicio de la patria potestad y por supuesto la guarda y custodia de los niños, siempre se debe entender en beneficio de ellos y considerar a su vez la personalidad de cada uno.

La problemática surge cuando tratamos de determinar qué es lo más benéfico para los hijos, si tratamos de dar una respuesta general podemos incurrir en generalizaciones por demás inútiles o en abstracciones que no son sino un escape al compromiso de encontrar respuestas.

Existen dos posibles actitudes que responden a las formas de concebir el concepto educación, y son:

1. La concepción que piensa que educar es comunicar un escalafón de valores que puede llegar a imponerse al entendimiento y voluntad del menor, para lo que se toma como base la idea de que los niños carecen de juicio para comprender lo que es mejor para ellos. Perfeccionar su educación, concebida fundamentalmente desde arriba e impuesta al niño por quien dirige su vida, sin tomar en consideración la voluntad y parecer personal del hijo.
2. Dejar al menor en completa libertad para que tome decisiones según sus deseos, sin tratar de imponer pautas de conducta, se identifica al interés del hijo con sus gustos y deseos.

Existe una perspectiva intermedia que pretende equilibrar el aspecto autoritario de la primera con las necesidades y tensiones afectivas, administradas con encomio, pero debemos destacar que el niño de corta edad necesita estabilidad emocional, mientras que la libertad se reserva para los adolescentes, así, el interés del niño bajo esta tesitura se encaminaría en función de su edad y personalidad.

Resultan inconvenientes los regímenes de visita y custodia compartida mal organizada porque se convierten en medidas impuestas de transporte y atención que no satisfacen las necesidades de los niños.

El niño necesita cuidados y sobre todo ser aprobado por sus padres lo que se refleja en la responsabilidad del menor en sus esfuerzos educacionales, si esta necesidad es correctamente canalizada.

El amor que los niños sienten por sus padres los lleva a identificarse con ellos y resalta el control del impulso y la socialización que se deben fortalecer.

Tras la prolongada infancia llega la difícil adolescencia con la evidente lucha del puberto para obtener identidad, que se apoya en la confianza física, emocional y moral que absorbió en la niñez con el apoyo de sus padres, que se tenga a sí mismo.

Estos complejos desarrollos necesitan la intimidad de la vida familiar bajo la vigilancia de los padres, en la medida en que el niño crece menor será la dependencia de sus padres.

3.4. Propuesta de modificación legislativa.

La custodia compartida es procedente siempre que se sustente en el interés superior del niño.

La custodia compartida debería ser la regla general y la custodia exclusiva la excepción, porque desde que el niño nace y es registrado como hijo legítimo de ambos padres, disfrutan de la custodia compartida, si bien al vivir juntos no altera la vida del niño, cuando se separan deben tener claro que su fracaso fue

matrimonial y no debe afectar su obligación parental en virtud de que ésta no ha cesado por lo menos hasta la mayoría de edad de su hijo.

La custodia compartida debe entenderse como el derecho del niño de convivir de manera personal, directa y permanente con sus padres, sea que vivan juntos o estén separados, si ocurriera lo segundo no debe ser obstáculo que la madre sea quien debe velar por la protección y desarrollo de la familia, esa es una obligación constitucional que, salvo prueba en contrario, no puede eludirse su goce por ser una garantía individual, pero también es garantía del niño convivir con ambos padres sin que obste que uno de los dos sea culpable del divorcio.

Tampoco es obstáculo que las residencias de sus padres no sean las mismas, o la pensión alimenticia a que hubiera sido condenado uno de ellos, porque el punto de partida de la custodia compartida, en los casos en que los padres no vivan bajo el mismo techo, es el convenio.

El documento a que nos referimos en líneas que anteceden debe suscribirse de manera personal por los padres, con la aprobación de la representación social, así como del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia y ratificado por todos los mencionados personalmente al tratarse de los progenitores, el Ministerio Público y por el representante del DIF, ante el juez que conozca del asunto.

Si se da el supuesto de que uno de los padres hubiera sido condenado al pago de pensión y se adopta el régimen de custodia compartida, el deudor que tenga consigo al menor durante un período mayor a seis días con sus respectivas noches durante el mismo mes, podrá realizar la compensación de la pensión y otorgar únicamente la parte proporcional del tiempo que el acreedor de la pensión tuvo consigo al menor.

También es preciso tomar en cuenta la opinión de peritos para que en los casos de violencia familiar probada, incluso pese al convenio, sea negada la custodia compartida en atención al principio del interés superior del menor, porque se debe resguardar su integridad física y mental, en atención a los antecedentes familiares, ya que como hemos mencionado no se debe poner en riesgo al infante, además de la intervención del ministerio público, que como representante de la sociedad está facultado para intervenir de oficio en los casos en que la integridad física y mental del menor esté en peligro a fin de proceder siempre en beneficio del menor y del interés superior de los niños.

Del mismo modo, se debe hacer del conocimiento de la autoridad judicial el posible cambio de residencia, es decir, el cambio de domicilio de los padres el que sólo se podrá realizar previa autorización del juzgador.

La custodia compartida es una figura novedosa, que aparentemente implica trastornos psicológicos para el niño debido al constante cambio de residencia pero esas son cuestiones que pueden ser subsanadas con un convenio adecuado suscrito entre los padres.

La custodia compartida puede regularse mediante la suscripción del convenio que ratifican los padres, con autorización del Ministerio Público y del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia ante el juez de lo familiar, por el que deciden de manera conjunta que quieren gozar del beneficio del régimen de custodia compartida, no puede operar de oficio, salvo que el juez estime que es necesario para el correcto funcionamiento físico y mental del infante.

En consecuencia, se debe reformar también el precepto 13 del Estatuto Orgánico del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia DIF en el sentido de que sería competencia de la Dirección Ejecutiva de Asuntos Jurídicos intervenir en la suscripción del convenio en comento, comparecer a juicio ante el órgano judicial y emitir la opinión correspondiente al sistema.

Además, es necesario destacar que las excesivas cargas de trabajo con que cuentan los jueces de lo familiar son un obstáculo para que los mencionados juzgadores operen de oficio, lo que podría ocasionar desatención de su parte y con ello se pondría en riesgo el tan mencionado interés supremo del infante y a su vez la estabilidad física y emocional de los niños, porque si bien éstas son cuestiones de hecho y no de derecho que no deben vulnerar garantías individuales, también se trata de asuntos relativos a la guarda de los menores que se tienen que abordar con suma precaución y no dejarse para después.

Los estudios médicos, los dictámenes psicosociales, entre otros estudios que se practiquen a los niños y padres, deben contener una valoración de la aptitud de los progenitores para la guarda de sus hijos, también se debe atender a la vinculación afectiva y considerar la afectación de cada padre frente a la separación.

No tenemos que olvidar que el criterio primordial es el interés superior del menor y que además el contenido de la patria potestad es siempre en beneficio de los hijos y de la sociedad para que estén en armonía íntima con la tradición ética y jurídica de la familia mexicana.

Es por ello que los órganos jurisdiccionales en materia familiar del fuero común, los Juzgados de Distrito en Materia Civil y los Tribunales Colegiados se obligan a indagar cuál es el verdadero interés del menor, aquello que resulte más benéfico no sólo a corto plazo, sino lo que es aún más importante, en el futuro y en esa búsqueda; también es conveniente tomar en consideración que lo que el niño quiere no es necesariamente lo que más conviene.

Tampoco tiene que coincidir lo adecuado con su opinión, es por ello que corresponde darse audiencia a los infantes sin importar su edad y será a voluntad del juzgador otorgar o negar valor a su dicho en virtud de que consideramos que

en esas condiciones el menor no puede ser influenciado por ninguna de las partes, además como ya hemos indicado pese a que el juzgador procura el régimen de custodia compartida desde nuestra perspectiva lo correcto es que operara a petición de parte.

También es obligación estudiar si los padres reúnen las condiciones adecuadas para ejercer la guarda y custodia, ya que si mantienen una relación madura pese haber fracasado matrimonialmente, el niño no verá además agravada su situación por la modificación de su entorno, por la pérdida de cercanía del padre y la madre.

Incumbe ponderarse como muy adecuado para el desarrollo psicológico y afectivo del niño que pueda ver constantemente a su padre y madre y que éstos puedan igualmente gozar de independencia el uno respecto del otro para conjugar así de la mejor manera los intereses de cada uno y que prevalezcan los del menor, con esto se eliminaría el régimen de visitas y con ello la limitación semanal impuesta por los juzgadores y además la convivencia será tan amplia como aconsejen las insidencias de la vida diaria para que los padres **colaboren** de forma flexible en atención al interés del niño.

Se tienen que satisfacer dos exigencias en torno a la decisión que se adopte; de un lado atender a los intereses de los niños, que son quienes más necesitan de protección, lo que implica también la conveniencia de no separar a los hermanos, no desnaturalizar la relación interpersonal. Por ello se hace preciso establecer el régimen de custodia compartida en el que las figuras paterna y materna se equilibren, compensen y complementen de manera adecuada.

Una vez determinado que ambos progenitores tienen capacidad para cuidar adecuadamente a sus hijos, debe atribuirse su guarda y custodia, alternativamente, a ambos padres.

Una de las posibles soluciones sería la de meses pares e impares, de esta forma el padre que en el correspondiente mes no tenga consigo a sus hijos podrá tener a los niños en su compañía los fines de semana alternos de una hora prudente del sábado por la mañana a una hora adecuada del domingo en la tarde y dos días a la semana después del colegio por las tardes, durante los períodos vacacionales este régimen no debe sufrir alteraciones, las decisiones relativas a elección de centro escolar, sometimiento a intervenciones quirúrgicas, participación en viajes o actividades de riesgo u otras cualquiera que pudieran afectar gravemente el armónico desarrollo de los niños, serán adoptadas conjuntamente por ambos padres.

Se busca situar al niño en un ambiente de relación con sus padres, que permita estar seguro de que aunque éstos se hayan separado, ninguno se ha separado de él.

Lo fundamental es el binomio bienestar-seguridad, no debemos exentar al niño del cariño y afectividad, pero como hemos mencionado algunas veces se debe optar por lo que resulte menos inconveniente y no por lo mejor.

3.5. Problemática procesal. Peritajes.

Para que el juez se encuentre en aptitud de implementar el régimen de custodia compartida es preciso que los padres estén de acuerdo en suscribir el convenio que deberá ser ratificado por las partes en el local que ocupa el juzgado de lo familiar ante el Agente del Ministerio Público, que tendrá la obligación de emitir su opinión y también participará el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia por conducto de un trabajador social adscrito a la Dirección Ejecutiva de Asuntos Jurídicos, que previos los estudios que se practiquen al menor se comprometerá rendir un informe en el que detallará si el DIF está conforme con que se implemente el régimen o no y las bases de su determinación.

Es en este punto donde nos enfrentamos a la problemática de los peritajes, ya que si bien la custodia compartida debe implementarse a petición de parte, lo cierto es que los padres no siempre cuentan con los recursos para sufragar las costas judiciales como pagar a peritos en psicología infantil, doctores, pediatras, trabajadores sociales, etc.

Pugnamos porque que el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal (DIF) por conducto de la Dirección Ejecutiva de Asuntos Jurídicos participe en la suscripción y emita su opinión, también debe colaborar con la justicia en los casos en que los padres no cuenten con recursos y en este supuesto el sistema deberá proponer una terna de peritos en las diversas materias que sean necesarias para que se pueda elaborar el convenio y así el DIF esté en posibilidad de determinar si es factible o no que se adopte el régimen de custodia compartida.

El acuerdo se suscribe con la finalidad de que los padres intervengan en la educación de los hijos, vedándose con ello la situación, a criterio de ellos de encontrarse realmente privados de tal intervención.

Al convenio se anexarán informes psicológicos, sociales, económicos, entre otros dictámenes debidamente razonados que partan de los interrogatorios propuestos por ambos progenitores, por el juez, por la representación social y que a su vez sean calificados por el DIF y de un análisis circunstanciado de la personalidad de los menores, con lo que se busca tener una perspectiva real en la que se pueda apreciar la realidad afectivo familiar de cada uno de los padres.

También acompañarán sus conclusiones debidamente razonadas, apoyadas en los estudios y consideraciones emitidas por cada perito y por supuesto por el DIF.

Con lo que se favorece el ejercicio efectivo de ambos padres del control eficaz sobre los estudios y centros escolares de los hijos, con lo que se pone de relieve la aplicación del principio de igualdad absoluta entre los progenitores favorable al interés de los hijos, pero este principio no debe vulnerar el tan mencionado interés del menor ya que si los padres tienen sus residencias en entidades federativas, diversas esta situación será valorada por el sistema y deberá emitir una opinión al respecto.

Si bien no se debe vulnerar el principio de igualdad de los padres tampoco se debe alterar el mejor interés del infante y es en este punto en el que los padres deberán mediar y encontrar una solución a este conflicto, pero se deberá poner especial atención en no convertir a los hijos en algo itinerante ya que los lapsos que conviva con sus padres serán definitivos para el buen funcionamiento de su relación.

3.5.1. Necesidad de la prueba pericial. El testimonio técnico.

En muchas ocasiones el juez se encuentra frente a cuestiones científicas, artísticas o técnicas en las que no está versado, por lo que debe solicitar el apoyo de peritos para comprobar hechos o determinar sus características particulares. Esto es así porque el juzgador es un experto en derecho pero no lo es, salvo excepcionalmente, en otras ciencias ni posee conocimiento sobre cuestiones de arte, mecánica y numerosas actividades prácticas que requieren estudios especializados o amplia experiencia.

De ahí la importancia del peritaje para la solución de litigios como el que estudiamos, sin perjuicio de que el dictamen pueda obviarse ocasionalmente con testimonios técnicos que hayan observado los hechos que requieran conocimientos especiales para su verificación o calificación, ya que tales testigos pueden hallarse capacitados para emitir juicios técnicos para la descripción e identificación del hecho percibido por ellos.

Estos testimonios son válidos, inclusive, para establecer la causa o los efectos del hecho, si aquélla o éstos fueron observados por los declarantes.

Pero cuando no existan esos testigos técnicos o cuando éstos no percibieron las causas y efectos del hecho que debe probarse, sino que para conocerlos se debe apelar a deducciones de carácter técnico o científico, es menester recurrir al auxilio de los peritos.

3.5.2. Testigos técnicos.

Es necesario diferenciar entre peritos y testigos técnicos, estos últimos son aquéllos que relatan lo que observaron en razón de sus conocimientos técnicos.

En el caso concreto un testigo técnico puede ser la trabajadora social del DIF que está en contacto con el menor y con base en su experiencia técnica puede dar un testimonio de lo que observa.

Para dar un testimonio técnico se deben otorgar las calificaciones técnicas o científicas pertinentes, pero no deben emitir un dictamen sobre las causas y efectos de lo que observó y debe fundar sus deducciones técnicas, porque entonces se introducirían en cuestiones que son exclusivas de los peritos.

La prueba pericial es necesaria en atención a la frecuente complejidad técnica, artística o científica de las circunstancias, causas y efectos de los hechos que constituyen el presupuesto necesario para su aplicación, por el juez, de las normas jurídicas que regulan la cuestión en litigio o simplemente aducida en la causa, que obsta a su correcta comprensión si carece del apoyo de esos expertos, o que hacen aconsejable ese auxilio calificado para una mejor seguridad y una

mayor confianza social en la certeza de la resolución judicial que finalmente se adopte.

En el párrafo que antecede, hacemos alusión a que el juzgador es un perito en derecho, que no tiene obligación de serlo en otras ciencias, por lo que debe apoyarse para mejor proveer en auxiliares de la justicia.

3.5.3. En qué consiste el peritaje.

a) Concepto.

A mayor abundamiento, es necesario retomar lo expuesto por Víctor de Santo en su libro *La Prueba Pericial*, en los términos siguientes:

“El peritaje puede ser definido como la actividad procesal, desarrollada, en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministran al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o entendimiento escapa a las aptitudes del común de las personas.”¹

En ocasiones cuando la comprobación de los hechos controvertidos requiere conocimientos técnicos ajenos al saber específicamente jurídico del juez, debe ser auxiliado en la aclaración de estos hechos, por personas que tengan conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o industria, los que actúan como auxiliares de la justicia y contribuyen, con su versación a esclarecer los puntos que requieren conocimientos específicos.

¹Cfr. **DE SANTO, VÍCTOR**. “*La prueba pericial*” 1ª ed. Ed. Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 287.

Por medio del peritaje, que es una actividad humana, se verifican hechos y se establecen sus características y modalidades, sus calidades, sus relaciones con otros hechos, las causas que lo produjeron y sus efectos.

El peritaje es una actividad procesal que se distingue de sus diversas extraprocesales que tienen como objetivo ilustrar a las personas interesadas sobre las características, las garantías, los valores, las causas y los efectos de hechos o cosas que son materia de negocios o de operaciones privadas, que se denominan opiniones, informes, conceptos, inclusive dictámenes, pero no pericias en sentido jurídico.

Para identificar al peritaje se requiere que sea producido por encargo judicial, en el que las partes pueden impulsar el procedimiento para que se produzca el peritaje, es requisito esencial, para su existencia jurídica, que el juez lo ordene o decrete.

Además se trata de una actividad de personas especialmente calificadas por su experiencia o conocimientos técnicos, artísticos o científicos, en relación con hechos especiales que exigen esa capacidad especial para su adecuada percepción y para la correcta verificación de sus relaciones con otros hechos, de sus causas y de sus efectos o, simplemente, para su valoración o interpretación.

Este doble aspecto de la función procesal del peritaje ha sido señalado por algunos autores y omitido por otros. No se trata de una cuestión meramente teórica, porque la conclusión que se adopte depende de que se acepte o rechace el carácter de medio de prueba de la pericia.

Es un instrumento de percepción del hecho que el juez ignora por carecer de la aptitud o preparación técnica.

El peritaje tiene un carácter evidentemente instrumental, como actividad que debe producir en el juez la presunción en torno a la existencia o inexistencia de la verdad o no de hechos.

Los peritos ayudan al juez a comprobar un hecho y a apreciarlo como el tercero que interviene para asistirlo en la percepción de determinados hechos que por su configuración técnica escapan a la aptitud corriente de aquél o bien en la deducción técnica de los hechos percibidos, a través de la formación de verdaderos juicios que elabora sobre la base de reglas que indican las partes o que ellos mismos aportan.

El peritaje es la forma auxiliar en que se hacen llegar al juez conocimientos técnicos o reglas de la experiencia, para la mejor apreciación de los hechos lo que conduce lógicamente a negar el carácter de medio de prueba.

Esta afirmación la consideramos incorrecta, ya que el peritaje cumple una doble función, por una parte, comprobar hechos que exigen conocimientos específicos que se encuentran fuera de la cultura común del juez y de las personas, sus causas y sus efectos y aportar reglas técnicas o científicas de la experiencia especializada de los peritos para formar el convencimiento de aquél sobre tales hechos y para ilustrarlo con el objeto de que los entienda mejor y pueda valorarlos con exactitud.

3.5.4. El objeto del peritaje.

Los peritos deben emitir un dictamen, para lo que se deben basar en lo que surge del proceso respecto de los hechos objeto de éste.

También puede ser que requieran percibir primero los hechos que aún permanecen o las huellas de los que ya no existen para informar sus observaciones al juzgador y adoptar las conclusiones valorativas del caso.

Se debe basar en la percepción de los hechos objeto de la prueba o de otros relacionados con ellos para emitir su dictamen.

El perito debe abarcar únicamente las cuestiones que son de su conocimiento, y delegar las demás funciones al juez, porque de lo contrario su dictamen sería nulo.

El peritaje tiene por objeto cuestiones concretas de hecho.

La investigación, verificación y calificación técnica, artística o científica de hechos que por sus características exijan, para su adecuada percepción y valoración conocimientos especiales de la misma naturaleza.

3.5.5. Características del peritaje.

a) Actividad humana.

Es el resultado de la intrusión temporal, en el proceso, de personas que luego de cumplir algunos actos emiten el dictamen que las partes han solicitado o el juez ha ordenado como medida para mejor proveer.

b) Actividad procesal.

Debe producirse durante el proceso o en diligencias previas, posteriores o complementarias.

c) Actividad calificada.

Es realizado por personas que en razón de sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos, se consideran especialmente calificadas.

d) Encargo judicial.

Cuando un perito interviene por iniciativa propia emite un testimonio técnico y no un dictamen pericial. El peritaje requiere un encargo judicial previo, ya que no es posible la pericia espontánea, que es lo que distingue a este medio de convicción de la testimonial o la confesional.

e) Vinculación con los hechos.

El peritaje debe tratar sobre hechos, la apreciación o la interpretación de los hechos del proceso es a cargo del juzgador.

Debe abarcar, además, hechos especiales en razón de características técnicas, artísticas o científicas de que está investido el peritaje.

No procede si la verificación, valoración o interpretación de los hechos pueden realizarse con los conocimientos ordinarios de personas medianamente cultas o de jueces cuya preparación es en esencia jurídica.

f) Declaración de ciencia.

El peritaje es una declaración de ciencia, porque el perito expone lo que conoce mediante la observación y deducción o inducción de los hechos sobre los cuales emite su dictamen, sin pretender ningún efecto jurídico concreto con sus conceptos.

g) Operación valorativa.

Es, esencialmente, un concepto técnico, artístico o científico de lo que el perito deduce sobre la existencia, las características y la valoración del hecho, o

sobre sus causas y sus efectos, y no un mero relato de sus observaciones o percepciones.

h) Medio de prueba.

Cuando el perito percibe los hechos no probados y rinde el dictamen sobre su existencia, su valor y características técnicas, científicas o artísticas provee el instrumento probatorio necesario para que el juzgador conozca el hecho y lo verifique, por lo cual ese dictamen tiene el carácter de prueba.

De los apartados se expone en general que la prueba pericial es una actividad humana que se realiza dentro del proceso por una persona calificada por su pericia, oficio o profesión de la que el juez carece por ser un perito en derecho por orden del juzgador en la que verificará que las pruebas se relacionan con los hechos que dieron origen al juicio que deberán ser valoradas.

3.5.6. Requisitos de la prueba pericial.

Para que exista jurídicamente, es necesario que sea un acto procesal, resultado de un encargo de idéntica naturaleza, personal que trate sobre hechos, obra de un tercero.

El dictamen debe ser un acto procesal.

Debe estar precedido de un encargo judicial mediante acuerdo debidamente notificado de manera personal al perito.

En nuestro estudio pretendemos que el peritaje no sea un estudio extrajudicial por cuenta de una de las partes sin el control de la otra, sino que tenga eficacia probatoria por lo que pretendemos que se respete el principio de la

bilateralidad toda vez que sería el resultado de una inspección avalada por la experiencia profesional de quien la emite.

Es por esta razón que buscamos que no existan dos peritos sino que al tratarse de la resolución que decreta la custodia compartida que fue solicitada a petición de las partes y de común acuerdo entre los progenitores, queremos que las periciales en psicología o incluso todas las que sean necesarias las practique un perito que sea designado por ambos padres con aprobación del juzgador.

Una vez emitido el dictamen, deberá ratificarse ante el juez y tendrá que ser aprobado por el Ministerio Público y por el funcionario de la Dirección Ejecutiva de Asuntos Jurídicos del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) del Distrito Federal, para que sea tomado en consideración y así el juez esté en aptitud de dictar la resolución correspondiente.

Si el Ministerio Público o el DIF no aprobarán el dictamen en este caso tendrían que designar un perito que realizará los estudios necesarios y presente su dictamen que deberá ratificar en presencia judicial, con aprobación de juez, el Ministerio Público y el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal hecho esto se procederá a dictar resolución la que será notificada personalmente a las partes.

La prueba pericial es importante y relevante para demostrar la existencia o no de hechos en personas dentro de los procesos litigiosos.

3.6. Necesidad de definir en el Código Civil para el Distrito Federal vigente, la custodia compartida.

La custodia de los hijos no puede analizarse con parámetros fijos y formales como otras cuestiones referentes al Derecho de Familia, ya que las relaciones personales familiares tienen una fuerte connotación humana y social,

que obliga a los tribunales a tomar en cuenta todos los factores que inciden en el trato familiar, especialmente el existente entre padres e hijos. El interés de los hijos debe ser el principio informador en la concepción de la custodia compartida pero resulta abstracto por lo que se debe acudir a otros principios supletorios o de segundo grado como sería impedir la separación de los hijos para lo que el juez deberá servirse de los informes de especialistas.

Los principios se adaptan a las creencias de la sociedad y a sus concepciones políticas y sociales, con lo que se puede afirmar que se percibe una clara evolución en la búsqueda de lo que es mejor para los hijos, existe el componente ideológico y el peligro se centra en que los que tienen que decidir no sean conscientes de ello.

Por otra parte, el Código Civil para el Distrito Federal vigente no da una definición de lo que debemos entender por custodia compartida, y en consecuencia en busca del tan mencionado interés del niño se abusa de las facultades conferidas a los juzgadores.

En la actualidad, únicamente se concede la custodia al padre en casos de malos tratos fehacientemente demostrados, son los valores de los padres los que deben recibir prioridad. En definitiva, ¿quién será la víctima? el niño, en efecto, mientras que los padres tengan comportamientos poco admisibles, el niño sufrirá.

La custodia compartida, es el derecho del que gozan ambos padres y sus hijos de mantener relaciones estrechas, adecuadas y permanentes en atención a la relación paterno-filial, que deben conservar pese a la ruptura parental, sea que hubieran contraído matrimonio o no, con la correspondiente obligación de tomar decisiones relativas a los hijos de manera conjunta para que de ese modo coadyuven en todo lo inherente a satisfacer todas las necesidades de su prole, siempre bajo el argumento de que ante todo debe prevalecer el supremo interés del niño.

Todo esto se hace al tomar en consideración la posibilidad y capacidad de que ambos padres adquieran derechos y contraigan obligaciones que se deriven de la situación en que se encuentren, y en ese sentido entraña el acatamiento del principio aristotélico que dice: **“trato igual a los iguales y desigual a los desiguales”**.

La base fundamental consiste en no trastocar los derechos de la familia en el orden y moralidad que deben imperar en ese núcleo, y no dar respecto a una misma situación jurídica un trato diverso a la mujer ya que como hemos indicado, el varón y la mujer son iguales ante la ley.

Aunque por interposición del Gobierno, esta extraordinaria iniciativa no se ha plasmado aún en los cambios legislativos que exigiría la coherencia parlamentaria con el mandato asignado al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) determinar si es necesario un enfoque de las políticas y prácticas del derecho de familia más orientado hacia el niño y cuya prioridad sea responsabilizar de forma conjunta a ambos padres, su valor sociológico merece que nos detengamos en su estudio y en la lectura atenta de sus conclusiones.

La importancia de la continuidad del cuidado de los niños y la capacidad limitada de la justicia en lograr acuerdos sobre custodia han sido debatidas, lo que resulta en aplicar la custodia conjunta.

Los niños son titulares del derecho a ser cuidados conjuntamente por sus padres, es en el interés superior de los menores que sus progenitores gozan de la custodia compartida, en la que se debe exaltar la continuación de las relaciones parentales en el desarrollo uniforme de los infantes.

El crecimiento corporal, emocional, intelectual, social y moral de los impúberes no puede darse sin ocasionar dificultades internas. La inestabilidad de

los procesos mentales durante el desarrollo necesita compensarse por la estabilidad y apoyo ininterrumpido resultante de esferas externas. El crecimiento se interrumpe debido a consternaciones y cambios del mundo exterior que influyen en el interior.

Debemos resaltar que para el derecho es fundamental establecer y fomentar las relaciones paterno-filiales, para mantener la unidad de la familia en armonía doméstica y reestablecer la unidad familiar después de una ruptura matrimonial.

La custodia compartida y el contacto o la visita tienen su fundamento y motivación en las pautas de continuidad, y el divorcio de sus padres la coacciona.

Después del divorcio, la autoridad judicial se transforma en el suplente del entendimiento compartido de los padres lo que no debe usarse para imponer la voluntad de uno sobre el otro con el establecimiento de regímenes de visitas, o en su defecto órdenes de custodia conjunta porque con ello se vulnera en perjuicio de los críos su derecho de mantener relaciones permanentes y continuas con sus padres y la nueva organización familiar y la custodia conjunta dejaría de serlo.

La base para comprender la custodia conjunta reside en entender correctamente los razonamientos de continuidad que facilitarían a la justicia detectar en qué momento obstaculiza y deja de robustecer la unidad familiar quebrada.

La custodia compartida es operante siempre que los padres estén conformes con la continuidad de ser responsables de la custodia y cuidado de sus hijos, pero sin que sea necesario un acuerdo sancionado por el poder coercitivo del Estado sino en el que cooperen, se ayuden y colaboren en compartir el cuidado y custodia de su hijo para satisfacer sus respectivos roles, pese a no funcionar como pareja.

Los límites y limitaciones del derecho y de los jueces en determinar la custodia de los niños de padres divorciados se explica de la forma siguiente:

1. Se debe instaurar en beneficio del interés superior del menor, que debe invocarse sobre la prerrogativa de los padres de elegir quién será el responsable de la custodia y cuidado de sus hijos.
2. El papel que desempeñe la justicia en relación con las visitas o contacto.
3. El padrón que rija a los órganos jurisdiccionales respecto de la custodia compartida.

Destacamos la necesidad de continuidad de cuidado del menor por sus padres para lo que se necesita que ellos se muestren conformes con lo que consideran mejor para su hijo y eso debe quedar fuera de la intervención estatal.

Además, discurrimos que el bienestar del niño es la base una vez que la intervención judicial ha sido justificada, pero su finalidad consiste en crear o recrear una familia para los infantes. Esta idea se basa en nuestra propuesta de considerar el interés del niño como supremo una vez que la decisión de su cuidado se ha convertido en un asunto estatal legítimo.

Esto es así, ya que el menor debe formar parte de una familia que funcione y en esa hipótesis radica su mejor interés, entonces, la intervención del Estado queda debidamente acreditada.

Lo determinante es asegurar que el niño sea integrante de una familia en la que sus padres lo quieran, por lo que se busca garantizar la oportunidad de

sostener, establecer o reestablecer vínculos entre ellos, y éste es el verdadero significado de la continuidad.

Proponemos y tratamos de explicar las directrices para determinar y ubicar el régimen de custodia compartida en los términos siguientes:

1. Salvaguardar primordialmente la necesidad del menor de continuidad en las relaciones personales.
2. Las decisiones tendrán que reflejar el sentido temporal del niño y no el de sus padres.
3. Tomar en cuenta la capacidad de la ley y del juzgador de revisar las relaciones interpersonales y los límites del conocimiento para realizar predicciones a largo plazo.

Estas directivas pretenden complementar el estándar de la alternativa menos perjudicial.

Los hijos necesitan en la infancia de la influencia que puedan ejercer sobre ellos sus padres, intelectual y psicológica, sobre todo porque afrontaron el trauma del divorcio, independientemente de las condiciones en que se hubiera dado, así lo importante de este estudio es como hemos mencionado, la continuidad de las relaciones de la manera más natural que sea posible.

El Estado no tendría que intervenir, pero ante la falta de consenso entre sus padres, es al juez de lo familiar al que corresponde velar por los intereses de los niños, si bien hemos propuesto que la custodia compartida opere a petición de parte, también es cierto que de prevalecer esta condición no existiría la necesidad de regularla en la codificación civil, pero lo que pretendemos es perfeccionarla de manera tal que no pueda ser ocupada en perjuicio de los niños y que para

conseguir este régimen es necesario un grado de madurez que no es factible en parejas que enfrentaron un divorcio necesario.

La infancia es considerada como:

“...el largo período de tiempo durante el cual el joven de la especie humana está en una condición de indefensión y dependencia.”²

Así, se dota a los padres con la responsabilidad de la supervivencia y bienestar de su descendencia y también garantiza que las atenciones cotidianas a las necesidades del niño conviertan la dependencia física en una unión de vínculos psicológicos, para convertirse en el conductor del correcto funcionamiento del mundo de los adultos.

La integración familiar no debe menguarse por el divorcio de los padres, ya que las necesidades de los niños no pueden ni deben frustrarse porque el menor se siente seguro en el seno de su familia, lo que debe estar sancionado legalmente a partir del reconocimiento de que la intimidad familiar no puede ser invadida por la intervención estatal.

El derecho de autonomía de los padres es el ingrediente básico de la familia, debemos resaltar que los padres tienen la oportunidad de asistir de forma ininterrumpida el desarrollo físico y las necesidades emocionales de sus niños, para conseguir el crecimiento saludable y desarrollo óptimo de sus hijos.

También tienen derecho de salvaguardar la continuidad del sostenimiento de los lazos familiares y de los vínculos entre padres e hijos, lo que se consigue desde el momento del nacimiento y se funda en el hecho biológico que lo produjo,

² **FREUD, Ana, “Inhibitions, Symptoms, and Anxiety”, 1ª ed., Ed. Amorrortu, Buenos Aires, Argentina, 1959, pp 154 y 155.**

que además, no puede ni debe quedar sin efectos por el acontecimiento del divorcio.

CONCLUSIONES.

1.- Del análisis de los artículos 283 del Código Civil para el Distrito Federal y 4 Constitucional que garantiza el derecho de igualdad de género y con la aplicación por analogía de la tesis de rubro **“CUSTODIA DE MENORES. EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, QUE LA CONCEDE A LA MADRE RESPECTO DE LOS HIJOS MENORES DE SIETE AÑOS, ES ACORDE CON LO PREVISTO POR EL ARTÍCULO CUARTO CONSTITUCIONAL.”** Podemos concluir que la custodia compartida regulada en el dispositivo enunciado en primer término es constitucional.

2.- No queremos otorgar la custodia exclusiva a uno de los padres sino que funcionen como pareja parental, en virtud de que si bien fracasaron matrimonialmente no lo hagan como padres y esa labor termina, si es que sucediera hasta la mayoría de edad o con la emancipación de sus hijos.

3.- La custodia compartida es una figura jurídica que debe operar a petición de parte, porque siempre debe prevalecer el interés superior del menor, en tales condiciones son los padres los más interesados en que su hijo se encuentre bien física, emocional y mentalmente, si bien los juzgadores deben procurar el régimen sólo el convenio entre los progenitores puede garantizar el bienestar de sus hijos.

4.- Con la suscripción del convenio regulador de la custodia se facilita la función jurisdiccional, este convenio debe estar suscrito por los padres, ratificado por el Ministerio Público y por el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal por conducto de la Dirección Ejecutiva de Asuntos Jurídicos, ante el juzgador; con la intervención de la representación social y del sistema encargado de regular por el bienestar de la familia se garantiza que el interés superior del menor será salvaguardado.

5.- Desde nuestra perspectiva el juez de lo familiar debe escuchar al menor para obtener mayor información y datos relevantes, pero será al libre albedrío del juzgador si concede valor probatorio al contenido de la reunión que sostenga con los niños o si desecha los comentarios al emitir la resolución respecto del régimen de custodia compartida, para lo que deberá basarse únicamente en los demás medios de convicción aportados como serían las periciales.

6.- Deben desahogarse las periciales necesarias porque como hemos mencionado debe prevalecer el interés superior del menor ante todos los demás intereses, así las partes deben aportar los medios para que el juez pueda emitir su resolución.

7.- Al tratarse de una solicitud de las partes es a cargo de los progenitores la carga procesal por lo que no es dable que exista un perito tercero en discordia porque las partes firmaron un convenio en tales circunstancias ellos estarán conformes con los peritajes que rindan los peritos que ellos nombren.

8.- Se debe realizar la compensación al progenitor deudor de la pensión alimenticia por el tiempo efectivo que su hijo pase en su compañía siempre que sea mayor de seis días con sus respectivas noches porque ese período es aproximadamente la mitad de una quincena.

9.- Al conceder la custodia compartida velamos por el supremo interés del niño y como Nación ratificamos con hechos la Convención sobre Derechos de los Niños.

10.- Se evita que los niños sean educados por uno sólo de sus padres y así tengan lo más parecido a una familia aunque esté rota y el menor a su vez no se sentirá en desventaja frente a otros niños que no se encuentren en la situación de ser hijos de padres divorciados o separados.

11.- Como hemos mencionado debe prevalecer el supremo interés del menor, así pese al convenio si el juzgador considera que no es conveniente para el sano

desarrollo del niño que se imponga el régimen de custodia compartida aunque los padres hubieran firmado el convenio no será aplicable.

12.- Los niños tienen derecho de mantener relaciones con los demás miembros que integran la familia extensa lo que se logrará si se aplica el régimen de custodia compartida para los menores hijos de divorciados o separados porque esta figura se convertiría en el común denominador ya que se goza de ella desde el momento mismo del nacimiento del menor cuando es registrado por ambos padres.

13.- La custodia compartida es la regla, la custodia exclusiva es la excepción, ya que desde el nacimiento los padres que registran a sus hijos ejercen en conjunto la custodia del menor y sólo en el supuesto de que se divorcien o separen se opta por la custodia exclusiva.

14.- Se tiene que reformar el precepto 13 del Estatuto Orgánico del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) para que la Dirección Ejecutiva de Asuntos Jurídicos tenga competencia para intervenir en la suscripción del convenio, comparezca a juicio y emita su opinión en representación del sistema.

15.- La custodia compartida es el derecho del que gozan los padres y sus hijos de mantener relaciones estrechas, adecuadas y permanentes en atención a la relación paterno filial que se debe conservar pese a la ruptura parental con la respectiva obligación de tomar decisiones relativas a los hijos de manera conjunta para que coadyuven en lo inherente y satisfacer las necesidades de su prole siempre que prevalezca el supremo interés del menor.

BIBLIOGRAFÍA.

ARNAIZ AMIGO, Aurora. “Estructura del Estado.”, 4ª ed., Ed. Mc Graw Hill, México, Distrito Federal, 2002.

AZPIRI, Jorge O. “Derecho de Familia.” 1ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2000.

BAILÓN VALDOVINOS, Rosalio. “Teoría y práctica del divorcio en México.” 3ª ed., Ed. OGS, México, Distrito Federal, 1998.

BONNECASSE, Julián, “La filosofía del Código de Napoleón aplicada al derecho de familia”, S.N.E., Trad. José María Cajica Cajica, t. II, vol. II, Ed. José M. Cajica, JR, Puebla, Puebla, México, 1945.

BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylan. “El derecho de Alimentos.” 1ª ed., Ed. Sista, México, Distrito Federal, 1995.

BELOFF, Mary. “Derecho, infancia y familia.” 1ª ed. Ed. Gedisa, S.A., Barcelona, España, 2000.

BOSSERT, Gustavo A. “Régimen jurídico de los alimentos.” 1ª ed. Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1993.

CANALES PICHARDO, Víctor Manuel. “Análisis de la Prueba Pericial.” 1ª ed. Ed. Cárdenas Editor Distribuidor, México, Distrito Federal, 1998.

CASTRO JOVER, Adoración [et. al.] Coord. “Derecho de Familia y Libertad de Conciencia en los Países de la Unión Europea y el Derecho Comparado.” 1ª ed. Ed. Servicios Editorial de la Universidad del País Vasco, País Vasco, España, 2000.

CHÁVEZ ASECIO, Manuel. “La familia en el derecho. Relaciones jurídicas conyugales.” S.N.E. Ed. Porrúa, México, Distrito Federal, 1985.

D’ANTONIO, Daniel Hugo. “Derecho de menores.” 4ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1994.

DE SANTO, Víctor. “La Prueba Pericial.” 1ª ed. Ed. Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1997.

FREUD, Ana, “*Inhibitions, Symptoms, and Anxiety*”, 1ª ed., Ed. Amorrortu, Buenos Aires, Argentina, 1959.

IBARROLA, Antonio De. “Derecho de Familia” 4ª ed., Ed. Porrúa, México, Distrito Federal, 1993.

GOLDSTEIN, FREUD Y SOLNIT. “Beyond the best interests of the child” 1ª ed., Ed. The Free Press, una division de Macmillan Publishing Co. Inc., Los Angeles, Estados Unidos de Norte América, 1979.

LAGOMARSIMO, Carlos A. R. [et al.]. “Separación personal y divorcio.” 1ª ed., Ed. Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1997.

LAURENZO COPELLO, Patricia. “Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones.” 2ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, España, 2001.

LLOPIS GINER, Juan Manuel [et al.]. “Curso Básico de Derecho de Familia.” 1ª ed., Ed. Práctica de Derecho, Valencia, España, 2000.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, “Instituciones de derecho civil. Derecho de familia”, 1ª ed. t. III, Ed. Porrúa, México, Distrito Federal, 1988.

MANGIONE, Mirta [et al.]. “Derecho de Menores.” 1ª ed., Ed. Juris, Santa Fe, Argentina, 1992.

MARTÍÍN LÓPEZ, María Teresa [et al.]. “La Protección de los Menores. Derechos y Recursos para su Atención.” 1ª ed., Civitas Ediciones, Madrid, España, 2001.

MIZRAHI, Mauricio Luis. “Familia, matrimonio y divorcio.” 1ª ed., 1ª reimpresión, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2001.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. “Derecho de familia y de menores.” 8ª ed., Ed. Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 2003.

MONTERO AROCA, Juan. “Guarda y custodia de los hijos.” 2ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, España, 2001.

MOYA ESCUDERO, Mercedes. “Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores.”, 1ª ed., Ed. Comares, Madrid, España 2000.

PACHECO E, Alberto. “La familia en el derecho Civil Mexicano.” 2ª ed., Ed. Panorama, México, Distrito Federal, 1998.

PALLARES, Eduardo. “El divorcio en México.” 4ª ed., Ed. Porrúa, México, Distrito Federal, 1984.

PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. “Derecho de Familia” 3ª ed., Ed. UNAM- IJJ-Mcgraw-Hill, México, Distrito Federal, 1998.

PLANIOL, Marcel [et al.]. “Tratado práctico de derecho civil Francés. La familia.” Tomo II, 4ª ed., Ed. TSJDF-UNAM-IJJ, México, Distrito Federal, 2002.

RODRÍGUEZ ITURRI, Roger. “Adolescencia, Matrimonio y Familia”, 1ª ed., Ed. Pontificia Universidad Católica Del Perú, Lima, Perú, 1995.

ROMERO IBARROLA, Norma, “Guía de Padres”, 1ª ed., Ed. Infantil y Educación, S.A. de C.V., México, Distrito Federal, 2003.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. “Los grandes cambios en el derecho de familia.” 2ª ed., Ed. Porrúa, México, Distrito Federal, 1991.

ZARCO PÉREZ, Franklin. “PRUEBA PERICIAL. CRITERIOS PROCESALES. JURISPRUDENCIAS. MODELOS.” 2ª ed. Ed. Juris, Buenos Aires, Argentina, 2003.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.

“**Diccionario de la Lengua Española**”, A-G, Real Academia Española, 21ª ed., Ed. Espasa, Madrid, España, 1992.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard. “Biblioteca Diccionarios jurídicos temáticos. **Derecho Civil.**” Volumen 1, 1ª ed., Ed. Oxford University Press Harla, México, Distrito Federal, 1999.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard [et. al.]. “**Derecho de Familia y Sucesiones.**” 1ª ed., Ed. Harla, México, Distrito Federal, 1990.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. “**Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo.**” 4ª ed., Ed. Porrúa, México, Distrito Federal, 1996.

CARPIZO, Jorge [et. al.] Coord. “Diccionario jurídico Mexicano.” 1ª ed., Ed. Porrúa-UNAM-IIJ, México, Distrito Federal, 1984.

Varios. “Enciclopedia Jurídica Mexicana.” tomo IV, F-L, 2ª ed., Ed. Porrúa-UNAM-IIJ, México, Distrito Federal, 2004.

INTERNET.

<http://www.unicef.org>., Derechos de la niñez, México, 2006.

<http://www.encyclopediacatolica.com/f/familia.htm>, Definición de familia, dos de octubre de dos mil seis, 17:45.

<http://www.parl.gc.ca>., Custodia compartida en Canadá, 20 de octubre de 2006, 19:45.

<http://www.social.gouv.fr>., 14 de octubre de 2006, 15:34.

<http://www.legifrance.gouv.fr>., 14 de octubre de 2006, 16:50.

<http://www.unicef.org/spanish/crc> 12 de octubre de 2006. 18:25. Artículo 18, Convención sobre los Derechos del Niño.