

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO: DERECHO PROCESAL

**LA REGULACIÓN DE PERICIALES PSICOLÓGICAS EN EL
ARTÍCULO 941 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS
CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A :

IRIS IVONNE MERINO FRUTIS

ASESOR: LIC. TOMAS CANTÚ LÓPEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, D.F., SEPTIEMBRE 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.

Dedicatorias y Agradecimientos

Al ser creador, por otorgarle vida a todas aquellas cosas que son parte de mí y me brindaron felicidad y de las que no lo son, y sobre todo por haber dado la oportunidad a la humanidad de venir a aprender a amar, por habérsela brindado a mis padres, hermanas, abuelos, tíos, primos, amigos, compañeros, maestros y a mí.

A mis padres, les doy las gracias por haberme creado, esperado y brindado todo el apoyo, la confianza, esperanza y amor con que han forjado mi vida que han hecho ser la persona que soy, dedicándole a ellos este pequeño e importante capítulo de mi vida.

A mis hermanas, les doy las gracias, en especial a **Angelica**, por su sensibilidad que la hace única y que me ha enseñado a sentir lo frágil que es un alma; a **Erika**, por su alegría, si a esa niña que siempre sonrío y bromea y me enseña día a día que la vida es fácil, y a **Viky**, por ser el alma gemela de toda mi familia, el reflejo de lo que es, si aquella que siente lo mismo que todos los demás y esta con nosotros siempre.

A Anibal, por ser parte importante de todo en mi vida, al ser mi compañero de batallas diarias y la otra parte de mí ser, la del amor a una pareja.

A mis abuelos, sobre todo a ellos, por el amor brindado y la confianza que han tenido en mí, incluyendo aquél que no esta aquí y por amor lo vemos.

A mis tíos, tías, primos y primas, gracias por ser parte de mí, y creer en mí.

A todos ellos que son mi familia, por que es algo que tengo por que agradecer todos los días de mi vida.

A mis amigas, aquellas compañeras de todos mis sueños, juegos, fracasos y triunfos, miedos, alegrías y se cómplices de todo, incluyendo este camino que recorrí y estoy recorriendo, gracias: **Gaby, Ana, Perla y Jazmin**.

A mis amigos, los que me han hecho más fuerte, los que no esperan más de mí, más que siempre haga bien las cosas, gracias por hacerme los días más amenos: **Ángel, Valentín y Ricardo**.

A mis maestros laborales, el licenciado Ramírez, Galicia, Soto, Nakagawa, Gutierrez y Moscoso, siendo ellos los que me exigieron, me dejaron sin comer y siempre me turnaron el trabajo esperando lo realizará, teniéndome la menor paciencia y día a día me enseñaron, por todo lo que aprendí de ellos gracias.

A todos mis compañeros de trabajo, que juntos logramos aprender.

A mi alma mater, no tengo palabras, ni forma de agradecer a todos y cada uno de los Mexicanos que ayudaron y ayudan a que mí universidad, la UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, para que a mí como a todos mis compañeros, nos den una excelente educación.

A la H. Facultad de Derecho, por permitirme estar en sus salones de clases, durante cinco años, escuchando la cátedra de los mejores **profesores** que en especial, quiero agradecer.

A mi asesor, el licenciado TOMAS CANTÚ LÓPEZ, por creer en mi proyecto y ayudarme a realizarlo y presentarlo ahora, y al **Seminario** por ayudarme a realizar los trámites para ello.

Al H, jurado que presida mi examen, por darme la oportunidad de realizarlo ante ellos y poder obtener mí título profesional.

El sentimiento más profundo de agradecimiento,
siempre estará en todo aquello que nombre y en
todos los demás seres vivos que son parte de mí.

INDICE

PRÓLOGO	
INTRODUCCIÓN	
CAPÍTULO 1	
Antecedentes del derecho de familia y su regulación jurídica en México	1
1.1. Antecedentes Históricos de la familia.	1
1.2. Concepto de familia.	3
1.3. Parentesco.	6
1.4. Naturaleza jurídica de la familia.	18
1.5. Antecedentes Históricos del derecho de familia.	19
1.5.1. Roma.	20
1.5.2. España.	21
1.5.3. México.	23
1.5.3.1. La Ley de Relaciones Familiares.	27
1.5.3.2. La creación del capítulo que regula las controversias del orden familiar.	28
CAPÍTULO 2	
Del procedimiento de las controversias del orden familiar	31
2.1. El derecho procesal	31
2.1.1. Proceso y procedimiento.	33

2.1.2. Concepto del derecho procesal	37
2.1.3. Características del derecho procesal.	39
2.2. El derecho procesal familiar.	43
2.2.1. Concepto del derecho procesal familiar.	43
2.2.2. Características del derecho procesal familiar.	44
2.2.3. Etapas del procedimiento de las controversias del orden familiar.	47
CAPÍTULO 3	
Del procedimiento de guarda y custodia	51
3.1. De la patria potestad.	51
3.1.1. Naturaleza jurídica de la patria potestad.	53
3.1.2. De los titulares de la patria potestad.	54
3.2. Guarda y custodia.	65
3.2.1. Naturaleza jurídica de la guarda y custodia.	72
3.2.2. Derechos y obligaciones de la guarda y custodia.	72
3.3. De los procedimientos de guarda y custodia.	76
3.4. Casos prácticos.	118
CAPÍTULO 4	
De las ventajas de la aplicación de periciales en psicología para el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor	123
4.1. Situación Jurídica de los menores de edad durante el procedimiento de guarda y custodia.	123

4.2. Derecho de los menores.	126
4.2.1. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.	128
4.2.2. Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.	131
4.2.3. Ley de los derechos de las niñas, niños y adolescentes del Distrito Federal.	135
4.3. Problemas actuales en relación al otorgamiento de guarda y custodia.	137
4.4. Propuesta: La regulación en el artículo 941 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, de la aplicación de exámenes periciales en materia de psicología en el procedimiento especial del orden familiar de guarda y custodia para su otorgamiento definitivo.	142
4.4.1. De la aplicación de los exámenes en psicología en el procedimiento de guarda y custodia para resolver lo más benéfico para el menor.	146
4.4.2. Los resultados y ventajas de la aplicación de los exámenes en psicología en el procedimiento de guarda y custodia.	147
CONCLUSIONES	149
BIBLIOGRAFÍA	

PRÓLOGO

La presente propuesta se dió, por el aumento de familias disfuncionales que hay en nuestra sociedad mexicana; porque casi todos somos testigos de la existencia de niños que no se les brinda los cuidados y protección necesaria para su buen desarrollo, realidad que callamos y que ha ayudado a incrementar los niños de la calle y delincuencia infantil; buscándose que con la reforma propuesta nuestros Jueces hagan una pequeña diferencia, al poner a los niños en manos de la persona más apta para guardarlo y cuidarlo.

INTRODUCCIÓN

El legislador ha creado normas jurídicas dirigidas a la protección de la familia, por ser de orden público y de interés social, encaminándose dicha regulación a los problemas más comunes que aquejan a la familia, con la búsqueda de una conciliación, y respetando el interés superior de los menores de edad.

En virtud de ello, ha puesto mayor énfasis a la materia de guarda y custodia, regulando cuestiones que van encaminadas a la vida cotidiana, buscando mantener la integridad física y psicológica de la que deben gozar los menores de edad, aún y con todo lo anterior, la problemática de desintegración de la familia y por ende de la sociedad, continúa vigente y día a día va acrecentándose más.

Por ello, en el presente trabajo se va hacer referencia de manera trascendental a la importancia que tiene la familia en la sociedad, y por lo tanto la creación de normas que buscan proteger sus derechos y procesos específicos para dirimir las controversias más comunes que se dan entre los miembros de la familia, analizándose de manera específica, las características que tiene el Derecho Procesal Familiar, así como la protección de los derechos de menores.

Desarrollándose, los diferentes juicios por los cuales se puede dirimir la guarda y custodia, y dentro de los cuales, creo que es básico, que el Juez Familiar al dirimirla cumpla con la finalidad de la misma, es decir, que garantice el cuidado y protección del aspecto físico como psicológico de los menores; lo cual no sólo se garantiza por lo comprobado por las partes en el procedimiento, sino que además es importante que el juzgador se allegue de las pruebas necesarias para conocer la verdad jurídica de los hechos y en virtud de que dicha facultad es discrecional, se propone que el Juez de lo Familiar de forma obligatoria se allegue de periciales en materia psicológica, tanto al menores de edad como a las personas que están solicitando a la misma, por parte de la Unidad de Trabajo Social del Tribunal

Superior de Justicia del Distrito Federal, toda vez que con las mismas se puede contar con los elementos propicios para conocer de manera más objetiva el entorno social, salud física y mental del menor, así como de las personas que están solicitando la misma.

Aunado de que dichas periciales se podría arrojar resultados trascendentales en relación al comportamiento de las personas que están solicitando la guarda y custodia para con el menor, por lo que dichas periciales junto con los demás medios de prueba debe servir de base para conocer y decidir jurídica y objetivamente lo más benéfico para los menores.

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES DEL DERECHO DE FAMILIA Y SU REGULACIÓN JURÍDICA EN MÉXICO

1.1. Antecedentes históricos de la familia.

Existen diversas teorías biológicas y sociales que hablan acerca de la creación, evolución, formación y organización de los seres humanos, las cuales coinciden que la base de la sociedad es la familia, como primer núcleo de desarrollo del ser humano; lo anterior es así, ya que a través de la unión de los individuos por los lazos afectivos y consanguíneos, se permitió la supervivencia y el desenvolvimiento del ser humano en su entorno.

La familia ha tenido diversas formas de organización a través de su evolución, situación que es estudiada por Federico Engels, al referir lo siguiente:

“Por el momento, podemos generalizar la clasificación de Morgan como sigue: *Salvajismo*. –Período en que predomina la apropiación de productos que la naturaleza da ya hechos; las producciones artificiales del hombre están destinadas, sobre todo, a facilitar esa apropiación. *Barbarie*. –Período en que aparecen la ganadería y la agricultura y se aprende a incrementar la producción de la naturaleza por medio del género humano. *Civilización*. –Período en el que el hombre sigue aprendiendo a elaborar los productos naturales, período de la industria, propiamente dicha, y del arte.”¹

Dentro de la clasificación referida por Federico Engels, encontramos que tanto en la época del salvajismo, como la de barbarie y en la de civilización, pasan por tres etapas de evolución o estadios que son el inferior, medio y superior, en las cuales se advierte el control de diversos métodos y artes para cumplir el ser humano con sus necesidades primarias como lo son el alimento y vestido entre otras.

¹ ENGELS, Federico. El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado. Proyecto Espartaco. s/año. CD.

En ese sentido, Federico Engels cita a Morgan que señala que la familia es: "... el elemento activo; nunca permanece estacionada, sino que pasa de una forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto."²

De lo que se desprende que la evolución de la sociedad está basada en la forma de organización de la familia; esto es, de acuerdo al desenvolvimiento de los elementos de tradición histórica, social y religiosa.

Para tal efecto, Federico Engels, refiere que Morgan señalaba que "debió existir un estado primitivo en el cual imperaba la promiscuidad de los miembros, esto es, que un hombre o mujer del grupo pertenecía sexualmente a todos los hombres y mujeres del mismo, refiriendo que se negó ese período sexual del hombre por no existir pruebas de ello, además de que dicho comportamiento era atribuible únicamente a los animales, por lo tanto Morgan clasificó los tipos de organización de la familia en: consanguínea, punalúa, sindiásmica y monogámica."³

La Familia Consanguínea, es aquella en la que un hombre y una mujer procrean hijos, los cuales se casan entre si, y la descendencia de estos últimos se casan entre ellos, y así sucesivamente.

La Familia Punalúa, es aquella en la que comenzaron las exclusiones del comercio sexual, empezando por los hermanos de la misma madre, hasta llegar a excluir a los primos terceros.

La Familia Sindiásmica, se forma de parejas conyugales, en las cuales uno hombre tenía una mujer principal y una mujer a un hombre principal, entre mas se desarrollaban las gens más difícil era que pudiesen casarse los jóvenes por todas las prohibiciones; por lo que la poligamia cambió solo como derecho para los hombres, en esta etapa los hijos seguían siendo solo de la mujer, y las uniones se

² Cit. Por. Ibídem, p. 22.

³ Cit. Por. Ibídem, pp. 29,30.

dieron con otras tribus, dándose la compra de mujeres por la dificultad de encontrarlas, este tipo de familia aparece en los límites del salvajismo y de la barbarie.

La Familia Monogámica, nace de la familia sindiásmica entre el estado medio y superior, cuyo predominio se establece en el hombre, en esta se busca la certeza de la paternidad, ahora los lazos conyugales solo pueden ser rotos por el hombre, y se le otorga el derecho a la infidelidad sin poder tener a la otra mujer en el hogar conyugal, en este tipo de familia los lazos no eran sexuales sino con fines patrimoniales, fue parte de la búsqueda del predominio de la propiedad privada por la comunal, y en consecuencia el legado de los bienes hacia los hijos.

Cabe destacar que para Federico Engels, fue importante la clasificación griega y romana de la familia, la cual se componía de gens o clan o curia, que es el grupo que viene de una descendencia común, la fratria misma que se formaba por 10 gens, y la tribu en la cual tenían un jefe general.⁴

Con lo anterior, se debe advertir que en la evolución histórica de la familia, se fueron dando lazos entre diferentes grupos creando y desarrollando la civilización actual, surgiendo la necesidad de crear normas (sociales, religiosas, culturales, morales y jurídicas) de control y protección.

1.2. Concepto de familia.

La familia para Ignacio Galindo Garfias, es: “un núcleo de personas, que como grupo social, ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la procreación.”⁵

Es decir, la misma es un conjunto de personas unidas por un tronco común biológico, la cual conforma un grupo social, que tienen derechos y obligaciones en común, de la cual se conformó la sociedad actual.

⁴ Cfr. *Ibíd.*, pp. 29-69.

⁵ GALINDO Garfías, Ignacio. Derecho Civil, Primer Curso, Parte General, Personas, Familia, 20° edición. Porrúa. México, 2000. p. 447.

Asimismo, para Peña Manuel la familia es: “el núcleo social primario integrado por las personas unidas por los vínculos sociales más fuertes.”⁶

Es decir, es la unidad principal de las sociedades más avanzadas, la cual se compone de padres e hijos con vínculos de pertenencia (parentesco), la unión de las mismas como grupos son el componente de la sociedad en la actualidad.

Sobre esto Rojina Villegas señala que: “...la familia en el derecho moderno está determinada por virtud del matrimonio y del parentesco consanguíneo, comprendiéndose, además de manera excepcional el parentesco por adopción.”⁷

La familia es una institución jurídica, ligada por derechos y obligaciones que nacen del matrimonio y del parentesco como fuentes de la misma, toda vez que a través de la unión del hombre y una mujer, con el fin de procrear y mantener, se basan las relaciones humanas por medio de la descendencia.

Gutiérrez Y González manifiesta que está de acuerdo con la concepción clásica de la familia como un: “núcleo social, como la célula social sobre la cual reposa la estructura de un Estado, y sobre la cual gira el porvenir de un país.”⁸

En virtud de lo anterior, Gutiérrez Y González propone como concepto de familia: “El conjunto de personas naturales, físicas o humanas, integradas a través de un contrato de matrimonio de dos de ellas, o integradas por la apariencia o posesión de estado de casados, o por lazos de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, que habita en una misma casa la cual constituye el domicilio familiar, y tengan por ley, o por acuerdo, unidad en la administración del hogar familiar.”⁹

⁶ PEÑA BERNARDO, De Quiroz Manuel. Derecho de la Familia. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, sección de publicaciones. Madrid, 1989. p. 24.

⁷ ROJINA Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil I, Introducción, Personas y Familia. 35° edición. Porrúa. México, 2005. p. 212.

⁸ GUTIERREZ Y González, Ernesto. Derecho Civil para la Familia. Porrúa. México, 2005. p. 135.

⁹ *Ibidem*, p. 140.

Asimismo, es de destacar que en la Enciclopedia Jurídica Omeba, se señala que la familia: “debe ser considerada, entonces, como una institución típica, sumamente importante, quizás la más importante de todas, ya que representa en esencia la base elemental de la organización de toda la sociedad.”¹⁰

Una vez que fueron citados diversos conceptos de familia, sería pretencioso dar una definición de la misma; sin embargo, de las anteriores citas se advierten que la característica principal de la composición de la familia es la condición fisiológica de los seres humanos, mismos que para cubrir sus necesidades primarias, necesitó tener contacto con los demás seres humanos, formándose las familias nucleares (las cuales están compuestas por los padres e hijos), muchas veces estaban supeditas a la familia amplia (compuesta por abuelos, tíos, primos), éstas para poder llevar a cabo las tareas diarias de subsistencia empezaron a relacionarse con diversas familias, por lo que imperó la necesidad de la regulación de las relaciones familiares, motivo por el cual se creó la figura del matrimonio, como la unión de dos personas históricamente, teniendo como principal finalidad la procreación¹¹, vinculándose los miembros de esta unión por una relación de parentesco por consaguinidad (vínculo permanente que se crea entre dos o mas personas relacionadas por un lazo sanguíneo), afinidad (es aquel que se crea en el matrimonio y se da entre los parientes consanguíneos de la esposa u esposo) o civil (es aquel parentesco que esta establecido por la ley, entre el adoptado y el adoptante y la familia consanguínea del adoptante), bajo una misma autoridad; lo anterior, se realizó con el fin de que la familia cumpliera con los fines sociales, entre ellos, como la formación de personas en base a las reglas establecidas por la sociedad, dando educación, fe y fuente económica, de una comunidad.

¹⁰ Enciclopedia Jurídica Omeba C, Tomo XI, Esta-Fami. Driskill. Argentina, 1987. p. 1002.

¹¹ En la actualidad los fines de la familia se encuentran regulados en el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, (matrimonio), siendo los siguientes: la unión libre de un hombre y una mujer; realizar comunidad de vida; procuración de respeto, igualdad y ayuda mutua; con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada.

Por lo tanto, la familia es la institución más antigua de la sociedad, en la cual sus integrantes se encuentran unidos por las diversas formas de parentesco, bajo una misma autoridad, siendo la base principal de la sociedad.

1.3.Parentesco.

Como se había señalado, a las relaciones o lazos de los miembros de la familia, se les denomina parentesco; entorno a ello, Galindo Garfias lo define como: “el nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge, o entre adoptante y adoptado, se denomina parentesco. Los sujetos de esa relación son entre sí parientes. El grupo de parientes y los cónyuges constituyen la familia.”¹²

Asimismo, Gutiérrez Y González, da la siguiente definición: “parentesco es el vínculo jurídico, permanente, por regla general que reconoce o crea la ley, entre dos o más personas físicas, ya en razón de tener ellas sangre común, ya como consecuencia de un contrato de matrimonio, ya de un contrato de concubinato ya finalmente, de un acto que emita el engendramiento y que acepta y sanciona la ley.”¹³

Por lo que podemos señalar que el parentesco es un vínculo que se da entre las personas, mismo que se encuentra reconocido por la ley.

Ahora bien, es pertinente desarrollar los diferentes tipos de parentesco reconocidos por la ley jurídica y sus características, para ello se trae a cuenta lo estipulado en el artículo 292 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice:

“Artículo 292. La ley sólo reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil.”

¹² GALINDO Garfias, Ignacio. Op cit. p.465.

¹³ GUTIERREZ Y González, Ernesto. Op cit. p. 156.

De lo anterior, se desprende que existen tres diferentes tipos de parentesco reconocidos por la ley, los cuales son:

1. Consanguíneo, el cual se encuentra establecido en el artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, mismo que refiere lo siguiente:

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

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.

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

Es decir, existen tres supuestos diferentes considerados como parentesco consanguíneo; el primero es el vínculo permanente que se crea entre dos o más personas relacionadas por un lazo de sangre, dicho de otra forma, que descienden de unos mismos progenitores; el segundo es la relación que existe entre los progenitores o progenitora con los hijos nacidos a través de los métodos de reproducción asistida (es decir, a través de técnicas que propician la fecundación distinta a la cópula), excluyéndose la donación de células germinales, en virtud de que no existe relación genética entre la persona que quiere tener el título de progenitor con el hijo; y el tercero es el nexo que se da entre el adoptante y el adoptado, equiparándose a un lazo sanguíneo, extendiéndose dicha relación con los parientes sanguíneos del adoptante y los hijos del adoptado.

2. Afinidad, el cuál en términos del artículo 294 de la normatividad citada, es “...el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos”. Es decir, se crea de la consumación de un contrato de matrimonio, o con el cumplimiento de los requisitos establecidos para el reconocimiento de concubinato, el cuál en la legislación actual, se reconoce como la unión de dos personas con fines similares al matrimonio, en tal sentido el parentesco por afinidad se extiende con los parientes consanguíneos de la esposa para con el esposo o de la concubina para con el concubinario, viceversa y recíprocamente.

En el parentesco por afinidad a diferencia del consanguíneo, no entran las obligaciones alimenticias, ni sucesorias, entre otras, al igual del impedimento para el matrimonio, entre los parientes sanguíneos para con el consorte o concubinario, de su familiar sanguíneo.

Es pertinente hacer una acotación sobre las figuras del matrimonio y concubinato y la naturaliza de las mismas; lo anterior, por ser una fuente principal del parentesco.

Matrimonio.

Una de las fuentes del parentesco por afinidad es el matrimonio, el cual a lo largo de la historia ha venido evolucionando y ha sido definido desde diversas ópticas, una de las más importantes en la historia es la del derecho canónico, pues como ya se había mencionado, la iglesia jugó un importante papel en la regulación de la familia y por consiguiente fue quien tuvo bajo su jurisdicción exclusiva al matrimonio, por lo que es pertinente dar la definición de matrimonio del derecho canónico que cita Magallón Ibarra, siendo la siguiente: “...el matrimonio es esencialmente un contrato natural, regulado por los principios que son inherentes al hombre aunados a la regulaciones del derecho divino.”¹⁴

¹⁴ MAGALLON Ibarra, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo III. 2ª edición. Porrúa. México, 2001. p. 141.

Asimismo Rojina Villegas, refiere que el matrimonio se puede ver desde diferentes puntos de vista: “1. Como institución. --- 2. Como acto jurídico condición. --- 3. Como acto jurídico mixto. --- 4. Como contrato ordinario. 5. Como contrato de adhesión. --- 6. Como estado jurídico. --- 7. Como acto de poder estatal.”¹⁵

Desde el punto de vista de una institución, se entiende como el conjunto de normas jurídicas que rigen como un todo al matrimonio, el cuál persigue una finalidad, la de los consortes, es decir, constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre ellos; una vez realizado esto, se crea un poder (el Estado) que tiene por objeto mantener la unidad y establecer la dirección dentro del grupo, para ello impone reglas jurídicas por las cuales se va a regir éste y la familia, así como la forma que va ha dar la protección de la misma, por ser de interés de la comunidad.¹⁶

Es decir, se entiende el matrimonio como una institución, ya que se reúnen un conjunto de principios sociales, morales, jurídicos y religiosos que regulan la idea del matrimonio y de la forma de llevar éste.

Desde el punto de vista de un acto jurídico condición, cita Rojina Villegas, que el máximo exponente es León de Duguit, el cuál refería que: “el matrimonio tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas que constituyen un estado y que no se agotan por la realización de las mismas si no que permiten su renovación continúa.”¹⁷

Es decir, que se condiciona la aplicación de un estatuto, el cual regula la forma de vida que deben llevar los consortes, la cual se va renovando.

Acto jurídico mixto, desde éste punto de vista se señala que: “el matrimonio se constituye no solo por el consentimiento de los consortes, sino que también

¹⁵ ROJINA Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 291.

¹⁶ Cfr. Ibidem. p. 291-292.

¹⁷ Cit. Por. Ibidem. p.292.

tiene intervención el Oficial del Registro Civil, toda vez que el Estado es quien otorga la validez de éste.”¹⁸

Es decir, esta vertiente refiere que en el matrimonio existen actos jurídicos privados como públicos, lo anterior por la intervención directa del Estado para el reconocimiento y la validez del mismo.

Así también, tenemos que el matrimonio se ha definido desde el punto de vista de un contrato ordinario, la cuál ha sido la tesis tradicional desde la separación del matrimonio civil y religioso; se le considera de esa forma, en virtud de la existencia de todos los elementos esenciales que debe tener un contrato; lo anterior, en razón de que los contrayentes un hombre y una mujer (objeto físico) deben de manifestar su consentimiento (voluntad) de unirse en matrimonio con el objeto de formar una familia, los cuales deben de cumplir los requisitos señalados por la ley (objeto jurídicamente posible); cumpliendo con los requisitos de validez como lo son la capacidad de las partes, ausencia de vicios de voluntas, licitud del objeto y la formalización dicho contrato al celebrarse ante el Registro Civil, quien le otorga validez y lo formaliza con la expedición de un acta oficial.

En tal sentido cita Rojina Villegas a Planiol y Ripert, los cuales reconocen: “...que aún y cuando el matrimonio es una institución y constituye un acto complejo, tiene también el carácter contractual.”¹⁹

De igual forma existe una corriente contraria a la contractualista, cuyo principal exponente lo fue Bonnecase, autor citado por Rojina Villegas y el cuál consideró que: “no se cumplen las reglas que caracterizan al matrimonio como un contrato, ni menos aún existe el principio de la autonomía de la voluntad de los consortes, ya que estos no pueden alterar el régimen del matrimonio estipulando, ni los derechos y obligaciones que imperativamente determina la ley, y en consecuencia carece de valor cualquier pacto que los contrayentes estipularen para cambiar el régimen legal o modificar los fines del matrimonio;

¹⁸ Idem.

¹⁹ Cit. Por. Ibídem. p. 293.

por lo que los efectos, estos sólo son los estipulados por la ley, y por cuanto hace a la disolución también se separa radicalmente de los contratos, pues no depende de la voluntad de los consortes el disolver el vínculo matrimonial.”²⁰

Es decir, para esta corriente no existe la libre voluntad de las partes, para estipular las condiciones y forma de celebrarse el matrimonio; lo anterior es así, toda vez que las condiciones para llevarse a cabo el mismo se encuentran establecidas previamente por la ley, y no pueden modificar las condiciones del matrimonio, ni convenir los motivos por los cuales se puede dar por terminado éste.

Con relación a la disolución del matrimonio, se difiere de lo señalado por Bonnacase, toda vez que aunque la forma de disolución está contemplada en la ley (divorcio), es decir, se deben de cubrir ciertos requisitos para la terminación del matrimonio; también lo es, que la ley en la actualidad permite la disolución del matrimonio, de forma voluntaria o administrativa, pues las partes pueden terminar dicha relación en cualquier momento, interviniendo para ello la autoridad competente como lo es el Juez de Registro Civil, en caso de un divorcio administrativo o un Juez de lo Familiar, en caso de divorcio voluntario o necesario, ello en atención de la obligación del Estado de velar por la protección de la familia por ser de orden público.

Rojina Villegas, en ese sentido refiere que: se debe desechar la teoría contractual del matrimonio, toda vez que el derecho de familia es un acto jurídico mixto, en el que participa el Oficial del Registro Civil, por lo que es un acto solemne, asimismo, afirma que no es que en nuestra legislación se haya querido señalar que el matrimonio es un contrato civil, sino que la intención fue únicamente el negar a la iglesia toda ingerencia de la regulación jurídica de matrimonio; en cuanto hace a los derechos y obligaciones que derivan del matrimonio, éstas no deben ser alteradas ni se deben pactar sus términos, toda vez que los establece imperativamente la ley y se considera de orden público, por

²⁰ *Ibíd.* p.294.

cuanto hace a la disolución del matrimonio, el mismo tampoco se da por la propia voluntad de las partes, sino que debe existir la intervención y reconocimiento de autoridades especiales.²¹

Asimismo, se ha definido al matrimonio como un contrato de adhesión, lo anterior, toda vez que los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la ley, y solamente tienen que aceptar las estipulaciones que determina el Estado.

También se ha hablado del matrimonio como un estado jurídico entre los consortes, que crea una situación jurídica permanente entre ellos que se origina de la aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando como un estado de derecho en oposición a los estados de hechos, y dicho acto jurídico se perfecciona con la vida en común.

El matrimonio se ha definido como un acto de poder Estatal, en la cuál Rojina Villegas cita la tesis de Antonio Cicu, el cual señalaba: “El matrimonio no es formalmente contrato”²², ello era en atención a que no se tiene matrimonio sin la intervención oficial del estado civil, deja a un lado la libertad y pone a los consortes frente un poder superior del Estado, el cual vela por un elevado interés Estatal el interés familiar.

En resumen, el matrimonio ha sido definitivo por diversas teorías entre las cuales encontramos, las siguientes:

1. Institución. Es un conjunto de principios regulados y concatenados entre sí, que determinan la idea del matrimonio, la forma de consumarse y de llevarse a cabo.
2. Acto jurídico condición. Determina la aplicación permanente de un estatuto de derecho a un individuo(s) para crear situaciones jurídicas concretas entre ellos.

²¹ Cfr. *Íbidem*, pp.294-295.

²² Cit. Por. *Ibidem*, p. 297.

3. Acto jurídico mixto. En el matrimonio intervienen tanto actos jurídicos privados (voluntad de los consortes), como actos públicos (intervención y otorgamiento de la validez de éste por parte del Estado).
4. Contrato ordinario. Porque dicho acto jurídico contiene elementos esenciales de validez, dentro de los cuales impera la voluntad de los contrayentes, con el objeto de formar una familia, cumplimiento para ello los requisitos señalados por la ley.

Corriente contraria a la contractualista. No se cumplen las reglas de un contrato por que no hay autonomía de la voluntad de las partes, toda vez que no se puede alterar lo estipulado previamente por la ley.
5. Contrato de adhesión. Éste se da por la condición que deben cumplir los consortes para celebrar el matrimonio, de adherirse a lo establecido imperativamente por el Estado.
6. Estado jurídico. Situación que se crea entre los consortes, por la aplicación del estatuto legal respectivo.
7. Acto de poder estatal. El Estado autoriza la realización del matrimonio, él cual le da validez y fe jurídica, dándole el nivel de interés público.

En México Independiente, se adopta la teoría contractualista del matrimonio, la cual se ve reflejada en las Leyes de Reforma, lo anterior se realizó para sustraer la validez del matrimonio de la iglesia para someterlo a la autoridad civil, y se establece la obligación de registrarse dentro de las 48 horas posteriores después de la realización del sacramento, para el efecto de ser reconocido y tener efectos civiles, lo que se vio reflejado en diversas leyes como:

El Código Civil de 1870, que en su artículo 155 señalaba: “el matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer que se unen en vínculo

indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”,²³ mismo que fue reproducido en el Código de 1889, en su artículo 159.

En la Ley de Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917, en el artículo 13, refería: “El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”.²⁴

En nuestra Constitución Política de 1917, se hacía mención al matrimonio en el entonces artículo 130, el cual decía que: “el matrimonio es un Contrato Civil. Éste y los demás actos derivados del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan”.

Ya en el Código Civil de 1928, se suprime la palabra de “un contrato civil”, sin embargo sigue imperando la competencia de autoridades civiles, para la creación, desarrollo y extinción del mismo; en la actualidad la concepción de matrimonio se encuentra establecida en el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, vigente, o más bien en dicho precepto legal se hace referencia a las características o requisitos para contraer matrimonio, numeral que a la letra dice:

“Artículo 146. Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.”

²³ *Ibidem.* p. 213.

²⁴ *Idem.*

Como se puede ver, de igual forma se suprime que la finalidad del mismo es preservar la especie, y solo queda como una posibilidad.

Concubinato.

Ahora bien, en cuanto hace al concubinato, es pertinente destacar que históricamente fue señalada como una forma de relación sexual, misma que fue reconocida como fuente de familia y en consecuencia de la sociedad, y ésta figura es la que da origen al matrimonio.

Asimismo, se ha visto al concubinato como una figura inferior al matrimonio y que denigraba más a la mujer que al hombre, tan es así, que del concepto etimológico de concubinario (hombre) y concubina (mujer), se hace una distinción entre ambos, en cierto punto misógina; toda vez que el concubinario es: “hombre que tiene una concubina,”²⁵ es decir que tiene la propiedad de una mujer, y la concubina es: mujer que vive en concubinato,²⁶ entonces tenemos que la mujer no tiene un hombre o concubino, es más dicha palabra no existe, y es solo ella la que vive en concubinato, y no el hombre.

En la actualidad, dicha consideración ha cambiado y dicha figura es reconocida por la ley, hay igualdad de partes y se otorgaron los mismos derechos y obligaciones que tiene el matrimonio, y en consecuencia mayor protección a la mujer.

Se considera que el concubinato es: la unión de un hombre y una mujer que no se encuentran unidos por el matrimonio, pero que de ella emanan derechos y obligaciones asimiladas al matrimonio.

El concubinato es un estado jurídico, en relación a los hijos, existe en nuestra legislación diversos requisitos para tener dicha unión como reconocida; como lo es, la unión de un hombre y una mujer, libres de tener otros concubinarios

²⁵ DE PINA Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. 27° edición. Porrúa. México, 1999. p. 178.

²⁶ Idem.

o concubinas, es decir, el trato que se deben de dar es como de un matrimonio, tiene los mismos objetivos que éste, y no esta permitida dicha unión si existen algunos de los supuestos señalados para la nulidad del matrimonio, pues el mismo es equiparable al matrimonio, por lo que también ha sido objeto de diversas teorías, y principalmente de la tradicional de un contrato.

No obstante lo anterior, el actual Código Civil para el Distrito Federal, lo define de la siguiente forma:

“Artículo 291 BIS. La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que procedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este Capítulo.”

No es necesario el trascurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.”

“Artículo 291 TER. Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que fueren aplicables.”

3. Civil, éste en términos del artículo 295, es “...el que nace de la adopción, en los términos del artículo 410-D.”,

“Artículo 410. Para el caso de las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz que se adopte; los derechos y obligaciones que nazcan de la misma, se limitaran el adoptante y adoptado.”

Es decir, que las obligaciones solo se dan entre el adoptante y el adoptado, por lo que si el adoptado tiene familia consanguínea el adoptante no tiene ningún derecho u obligación para con ellos.

El parentesco se va a determinar por grados, es decir, por cada generación; padre-hijo sería el primer grado y el nieto el segundo, y así sucesivamente, también se va a determinar éste por líneas, las cuales son constituidas por una serie de grados, éstas pueden ser directa o colateral, la directa es la que comprende entre los parientes que descienden uno de otro, como lo es el padre, hijo nieto, y ésta línea a su vez puede ser ascendente o descendente; la primera es la que remonta de los hijos a los padres y a los abuelos, etc., y la segunda iniciaría por ejemplo en el abuelo, continúa en el padre hasta llegar al hijo; asimismo las líneas del parentesco pueden ser colaterales, estas comprenden un conjunto de parientes que tiene un progenitor común, pero no desciende uno de otros, por ejemplo, abuelo, padre y sobrino; estas líneas y grados, se encuentran regulados en el Código Procesal de la materia, en los artículos 296 al 300, los cuales a la letra se insertan:

“Artículo 296. Cada generación forma un grado, y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco.”

“Artículo 297. La línea es recta o transversal: la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal se compone de la serie de grados entre personas que, sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común.”

“Artículo 298. La línea recta es ascendente o descendente:

I. Ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco del que procede;

II. Descendente, es la que liga al progenitor con los que de él proceden.

La misma línea recta es ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende.”

“Artículo 299. En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones, o por el de las personas, excluyendo al progenitor.”

“Artículo 300. En la línea transversal los grados se cuentan por él número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra; o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común.”

1.4. Naturaleza jurídica de la familia.

La familia constituye el núcleo social primario, el cual está compuesto por un nexo natural, es decir, se encuentra constituida por individuos que están relacionados por un lazo consanguíneo, de afinidad o civil, creándose derechos y obligaciones entre sus miembros, mismas que se encuentran reguladas por el derecho, como lo es la filiación, parentesco, matrimonio, alimentos, etc.; por lo tanto la familia, o más bien los componentes de la misma, son entes sujetos de derechos y obligaciones, y las relaciones que se dan entre estos, el Estado otorga protección por ser de orden público el velar por ese núcleo de la sociedad.

En torno a ello en la Enciclopedia Jurídica Omeba, refiere que el concepto actual de Derecho de familia es: “En nuestro lenguaje jurídico contemporáneo úsase la expresión Derecho de gentes como concepto equivalente al Derecho Internacional Público.

Y en este sentido, Derecho de gentes es la estructura jurídica de la comunidad universal constituida por Estados, en sus diversas vinculaciones, como sujetos de Derecho Público.”²⁷

²⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba C. Tomo VII, Dere-Dere. Op Cit. p. 94.

1.5. Antecedentes históricos del derecho de familia.

1.5.1. Roma:

Señala Chávez Ascencio, que la familia en Roma tenía dos vertientes las cuales eran: a) En el sentido propio se entiende como: "...familia o domus la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la manus de un jefe único. La familia comprende el paterfamilias que es el jefe; los descendientes que están sometidos a su autoridad paternal y la mujer in manu, que está en condición análoga a la de una hija."²⁸ (es decir, parentesco consanguíneo); b) Es el que se da por el ahora llamado parentesco por afinidad llamado agnatio, en relación a ello Eugene Petit, citado por Chavéz Ascencio refiere: "Esta ligadura subsiste a la muerte del jefe lo mismo entre sus hijos que hechos sui-juris, después de muerto el padre, son jefes a su vez de nuevas familias, o domus, que entre los miembros de los cuales está formada. Todas estas personas se consideran como pertenecientes a una misma familia civil. En este sentido la familia ésta se compone de agnados, es decir del conjunto de personas unidas entre ellas por el parentesco civil."²⁹

En torno a ello, tenemos que la familia estaba compuesta por miembros ligados entre sí, por un lazo consanguíneo que descendían de un tronco común, aquí la mujer no tenía mayor representación y era equiparada a una hija, todos estos miembros se encontraban sujetos al mando del padre, extendiéndose los derechos de éste a las cosas, lo que se llamaría la familia nuclear; así también la familia se encontraba compuesta por las manus de cada hijo, los cuales eran dueños de ellas, una vez muerto su padre y la unión de todas ellas era considerada como familia-civil o una familia amplia o gens, en estos tipos de familia también pertenecían los esclavos, los empleados domésticos y los clientes (los cuales según Chávez Ascencio son: "hombres libres que acudían hacerle la corte al padre de familia y que se proclamaban públicamente sus clientes que

²⁸ CHAVEZ Ascencio, Manuel F. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. 5º edición, Porrúa. México, 1999. p.36.

²⁹ *Ibidem*. p.37.

pueden ser pobres o ricos y pueden ser aquellos que solo vienen a saludar, o que quieren hacer una carrera con el apoyo del patrono o hacer negocios que favorezcan al padre de familia.)”³⁰

En el derecho romano el matrimonio, era considerado como un deber civil, al respecto refiere Chavéz Ascencio que: “existían dos elementos esenciales para que se consumará el primero era la unión física del hombre y de la mujer y el segundo era la intención de quererse entre marido y mujer, requisitos esenciales para que se constituyera.”³¹

En el derecho romano, originalmente el matrimonio se encontraba vedado para los esclavos, lo cual con el tiempo se aceptó, la circunstancia de esclavitud preexistía en los hijos procreados por esclavos, misma situación tenían los hijos nacidos de una esclava y el patrón, porque la ley no les permitía reconocerlos.

También, en este derecho se encontraba regulado el concubinato como una forma diversa de crear una familia, unión considerada como ilícita, e inferior al matrimonio, caracterizada por ser una relación más o menos duradera que no tiene consecuencias jurídicas, a diferencia del matrimonio.

Eugene Petit, citado por Chávez Ascencio, refiere que: “...el concubinato, sólo estaba permitido entre personas púberes o no parientes en grado prohibido por el matrimonio.”³²

Es decir, sólo estaba permitido y regulado entre personas que no cumplían con los requisitos señalados para el matrimonio, como aquellos que no tenían la edad requerida.

1.5.2. España.

Varias Influencias prerromanas habían existido en la península española,

³⁰ Ibídem. p.41.

³¹ Ibídem. p.37.

³² Ibídem. p. 39.

entre ellos los celtas, iberos, fenicios y griegos, romanizándose la cultura y por consiguiente el derecho; después en el siglo IV hubo otro elemento en la cultura, la religión cristiana influyo en materia de familia; cuando Roma tuvo que retirar sus tropas la península quedó al arbitrio de los invasores germánicos, este primitivo derecho visigótico, fue codificado en el Código Euriciano, aproximadamente en 475 d.C., como los monarcas visigodos no podían impedir la aplicación del Derecho Romano entre la población, en el año 507, a partir de la conquista en zonas sureñas al imperio Bizantino, entró en vigencia en el año 622, la compilación justiniana, llamada posteriormente Corpus Iuris Civiles, después desde la Capital visigótica, Toledo con la fuerte influencia eclesiástica, creó el Fuero Juzgo, encontrándose rasgos germánicos como la figura del derecho sucesorio de las (mejoras), y en el régimen patrimonial las (arras), y la (donación morganática que se daba un día después de la boda por la virginidad perdida); a partir del siglo II se presenta la toma de conciencia del occidente cristiano, y se realizó el movimiento de la reconquista, siendo el primer producto jurídico el Fuero Viejo de Castilla, aproximadamente desde 1050; en la baja edad media se revivió un interés universitario por el Derecho Justiniano, por lo que al tener apoyo en el pueblo del Derecho Romano y canónico se elaboró el Derecho de Graciano 1120-1140 como una de las bases jurídicas más importantes de la iglesia y la alianza de los dos derechos; después Alfonso X crea obras que comprenden dos ramas, la legislación positiva y la consideraciones moralistas y filosóficas del derecho las cuales forman las Siete Partidas, en las que predomina el derecho romano; entre las obras más importantes legislativas hispánicas de la edad media se encuentra el Ordenamiento de Alcalá de Henares (1348), que regulaba entre otras al derecho civil, penal y feudal, en donde se señaló que primero se debía aplicar dicho ordenamiento y luego los fueros reales y locales; en la edad media se empiezan a crear confederaciones de ciudades, llevando una tendencia democrática, por lo que se hizo necesaria una compilación de Alonso Díaz Montalvo 1485, llamada Ordenanzas Reales de Castilla, y cuando, pese a ésta, se encontraban dudas, se crearon las 83 Leyes de Toro de 1505, que tienen innovaciones en materia de familia y derecho sucesorio, como el testamento por

mandatario, reglamento de mejoras y mayorazgos; en 1480 se establece el Tribunal del Santo Oficio; en 1713 por el Consejo de Castilla limita el derecho romano siendo este supletorio; después se crea una Nueva Recopilación en 1567, bajo Felipe II conteniendo 12 libros, una rama importante del derecho español fue el mercantil que se independizó del civil, desde el siglo XII y finalmente fue codificado en las Ordenanzas del Consulado de Bilbao en 1737; en 1820 la revolución liberal en contra del régimen autocrático de Fernando VII obligó a éste a readmitir la Constitución de Cádiz.³³

Durante la historia de España hubo influencias Griegas, Fenicias, Romanas, etcétera, las cuáles se reflejan en la regulación jurídica de las relaciones familiares como el derecho de las arras en el matrimonio, la creación de testamento por mandato, pero la más predominante en España a finales del siglo XIX y durante el siglo XX, fue la religión católica pues ésta es quién establecía las formas y validación del matrimonio, este se encontraba en poder absoluto de la Religión Católica aunque por influencias de personas acatólicas se pretendió reconocer el matrimonio civil, el cuál para celebrarse era necesario que la Iglesia reconociera que los dos contrayentes no fueron bautizados, como dato curioso encontramos que en el Acuerdo de la Santa Sede sobre asuntos jurídicos del 03 de enero de 1979, se reconocieron los efectos civiles del matrimonio canónico al momento de celebrarse éste y es ante los Tribunales Eclesiásticos en los que se llevaba a cabo la nulidad del matrimonio, en el artículo 49 del Código Civil se establece las dos formas de matrimonio reconocidas la civil y la eclesiástica; ya en el artículo 32 de la Constitución se establece la libertad e igualdad de los cónyuges para contraer matrimonio, las leyes españolas regulan al matrimonio como una relación jurídica sin pasar por desapercibidos que es un negocio jurídico también.

³³ Cfr. FLORIS Margadants, Guillermo. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, 15^o edición. Esfinge. México, 1998. pp. 38-47.

1.5.3. México.

Prehispánico.

En la época prehispánica, existieron diversas culturas, las cuales tenían sus propias reglas de organización, entre las más importantes encontramos a: los Mayas, en esta cultura existían ritos entre ellos el que los adolescentes tenía que vivir hasta su matrimonio o hasta los 18 años en casas comunales, el matrimonio era monogámico, y tenían prohibido casarse dos personas con el mismo apellido, existía la tradición de la (haab-cab) en donde el novio trabaja un tiempo con el suegro, además el hombre tenía que dar una serie de regalos a la familia de la novia para que pudieran casarse, en materia sucesoria esta se repartía solamente en la descendencia masculina, cuando era un menor de edad el heredero fungía como tutor la madre o el tío.³⁴

Como se puede observar en el derecho maya predominaba la figura masculina y la mujer se encontraba subyugada a ésta, la cual se veía como un objeto que para dar en matrimonio a cambio se tenía que entregar una serie de regalos que fueran suficientes para realizar el “intercambio”, y la misma se encuentra excluida a heredar.

Asimismo, en México hubo otra cultura importante, la Mexica: en ésta el matrimonio fue potencialmente poligámico entre la nobleza, pero una esposa tenía preeminencia sobre las demás, y sobre todo en cuestiones sucesorias, también tenían la costumbre de casarse con la viuda de un hermano, el matrimonio era formal con tintes religiosos, se podía llevar a cabo el divorcio con intervención de autoridades, en éste se tenían que comprobar diversas causales, entre las que encontramos la incompatibilidad, sevicia, incumplimiento, económica, esterilidad, pereza de la mujer, etc., los hijos varones se iban con el padre y las mujeres con la madre, y solamente se condicionaba a la mujer a esperar un tiempo para poder

³⁴ *Ibíd.* p.21.

contraer nuevas nupcias, predominaba el régimen patrimonial de separación de bienes, la patria potestad terminaba con el matrimonio de los hijos, para lo cual era necesario el consentimiento de los padres, en materia sucesoria, la línea masculina excluía la femenina.³⁵

También se sabe que: “en razón de parentesco se reconocía el consanguíneo, siendo este completo en línea ascendiente y descendiente no se extendía así a las líneas colaterales, a los tíos, primos y sobrinos segundos; y por afinidad entre los padres, hermanos y hermanas del hombre y de la mujer como excepción a la abuela, sin extenderse a los hijos de los hermanos, por lo que se tenía dos tipos de familia (nahoa) la natural y la legal, misma que estaba formada por el matrimonio, bajo pena de muerte estaba prohibido el matrimonio entre ascendientes y descendientes, hermanos suegros y yernos, padrastros y entenados (hijastros), el matrimonio era obligatorio a la edad de 20 años, edad en la que terminaba la potestad del padre, la cual abarcaba hasta el derecho de venderlo como esclavo, en los casos de que un niño quedase huérfano se iba a vivir con la familia de la madre, los abuelos y los tíos próximos; en derecho sucesorio este se daba por la manifestación última del de cújus, enfrente de los herederos o testigo, se excluía a la línea femenina y la herencia se dejaba al hijo mayor; también se conoce que se castigaba el adulterio con pena de muerte si se encontraban en el acto.”³⁶

De lo anterior, se desprende que en los Mexicas, se encontraba regulada las relaciones de familia; es decir, los tipos de familia reconocidos y los impedimentos de contraer matrimonio entre estos, los derechos sucesorios, los derechos y obligaciones que devienen del matrimonio, así como la protección de la familia por parte del “Estado”, así como las causales por las cuales se encontraba permitido la disolución del matrimonio.

En la cultura mexicana sigue predominando la figura masculina, pero si existía

³⁵ Cfr. *Ibíd.* pp. 32-33.

³⁶ MÉXICO A TRAVÉS DE LOS SIGLOS. Tomo II. Cumbre. México, 1984. pp.200-202. cita contextual.

a diferencia del derecho romano, el derecho heredar por parte de la mujer, si no existía una línea masculina que la excluyera, no obstante que existían más derechos de protección de la mujer que en otras culturas, no existía igualdad social de ésta para con el hombre; tan es así, que la mujer era la única que debía esperar un tiempo para poder contraer nuevas nupcias, y en la nobleza predominaba la poligamia autorizada solamente al hombre y no al revés, lo que denota una cultura un tanto parcial, entre los derechos del hombre y la mujer.

De las reglas que se establecen para la familia, se desprende el interés por velar y proteger ésta; tan es así, que el adulterio era severamente castigado, así como las relaciones sexuales entre los miembros de una familia, y que se garantizaba la manutención de un nuevo matrimonio con la donación de un porcentaje de tierras; los Mexicas desde mi punto de vista, se encontraban un paso adelante en la regulación del derecho de familia a diferencia de otras culturas o civilizaciones, toda vez que los hijos procreados por esclavos al nacer, tenían la calidad de ser libres; se encontraba reconocido y aceptado el matrimonio entre esclavos; en el caso de que un niño quedase huérfano se encontraba establecido quién se debía hacer cargo de éste; al igual se encontraba regulado y reconocida la libre voluntad del de cùjus para designar a sus herederos (derecho a testar), se acepta la disolución del matrimonio siempre y cuando se acrediten causales suficientes para ello (divorcio necesario), como la sevicia; por razones culturales los niños varones se iban con el padre y las mujeres con la madre en caso de divorcio para garantizar su adecuada educación.

Colonial.

En la Época Colonial, el matrimonio tenía influencia cristiana, era un sacramento indisoluble, señala Chávez Ascencio que: en las cédulas del 19 de octubre de 1541 y 22 de octubre de 1556, se encontraban regulados los matrimonios entre españoles y otras razas, así mismo refiere que el derecho civil a cerca del matrimonio en las indias se encuentra regulado en la programática sanción del 23 de marzo de 1776, entre los cuales se contenía que los menores

de 25 años para contraer nupcias requerían de autorización del padre o de la madre en su caso de los abuelos, parientes o tutores, y que el matrimonio sin licencia no producía efectos civiles ni en relación a los cónyuges ni a sus hijos.³⁷

Independiente.

En la época de México Independiente, se seguía aplicando la legislación española, en los casos en los que la legislación mexicana no lo contemplará o que no se contradijera a ésta, el matrimonio hasta antes de la reforma era competencia de la iglesia, en las Leyes de Reforma se creó la Ley Orgánica del Registro del Estado Civil del 27 de enero de 1857, el cual se establece la obligación de registrarse a todos los habitantes para poder ejercer derechos, y establece como estado civil el matrimonio, obligando a registrarse 48 horas después de la realización del sacramento, refiere que son efectos civiles, la legitimidad de los hijos, la patria potestad, y el derecho hereditario, entre otros.

El 23 de julio de 1859, se publica la Ley de Matrimonio Civil, la cual excluye a la iglesia, y prohíbe la poligamia y bigamia al señalar que el matrimonio se celebrará entre un hombre y una mujer, refiriendo que la edad mínima para la consorte era de 14 años y para el hombre de 12, expresa dentro de las formalidades del matrimonio la lectura de la epístola de Melchor Ocampo, regula el divorcio pero no deja libres a los divorciantes para contraer nuevas nupcias, sino hasta que fallezca el otro.

El 13 de diciembre de 1870, se publica el Código Civil de 1870, el cual define el matrimonio en su artículo 159, como: “la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudar a llevar el peso de la vida.”, obliga a los cónyuges a guardar fidelidad, la obligación de la mujer de vivir con el marido, y a seguirlo a donde fuere, clasificó a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio como naturales y espurios, respectivamente, y señaló como edad mínima para contraer el

³⁷ Cfr. CHAVEZ Ascencio, Manuel.Op. Cit. p.36.

matrimonio, el hombre a los 14 años y la mujer a los 12, y regula la figura del dote, la cual la daba la mujer u otra persona en representación de ésta al marido, con el objeto de ayudarlo a sostener el hogar.

En el Código Civil de 1884, se sigue catalogando al matrimonio como una sociedad civil, en éste, la reforma más importante fue la libertad de testar.

Como se puede observar, en la época colonial, México tuvo diversas legislaciones, en las que fue cambiando la normatividad del derecho de familia, dentro de la más destacada fue, celebrarse el matrimonio a los 25 años, ahora ya tenían autorización para hacerlo a los 14 años para la mujer y 12 años para el hombre, siendo más de 10 años de diferencia, lo anterior atendíéndose a una realidad social, y tomando la edad donde fisiológicamente son aptos para tener hijos, aunque por circunstancias históricas la gente adquiría madurez más rápido que en la actualidad, creo que la edad regulada para contraer matrimonio debió ser un poco mayor, ya que esto provocó, junto con las influencias católicas, el aumento de la población de forma desmedida.

En ésta época, se puede observar que sigue predominando la figura masculina, donde la mujer se convierte en propiedad del marido, no haciendo de menos el hecho de que dicha legislación reflejaba la realidad social de la época; lo anterior, fue cambiando de acuerdo a las necesidades que la propia sociedad tenía, logrando con ello la igualdad de derechos y en algunos casos en materia de derecho familiar mayor protección para la mujer y los hijos.

1.5.3.1. La Ley de Relaciones Familiares.

Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de abril de 1917, expedida por Venustiano Carranza, la cual derogó los capítulos relativos al Código Civil de 1884, dio un paso importante en materia de regulación de familia, y tiene ideas renovadoras en el derecho, otorgándole al matrimonio la calidad de un contrato civil, el cual se llevaba a cabo ante un Juez del Registro Civil, con independencia absoluta de la iglesia, se agrega a la definición de éste, que es un

vínculo disoluble y que su objetivo, es perdurar la especie y el apoyo para llevar el peso de la vida, es decir, en ésta se introduce el divorcio, señala en su artículo 40 que: “los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad, a contribuir cada uno por su parte a los objetos del matrimonio y a socorrerse mutuamente.”; establece la obligación de la mujer de vivir con el marido y la obligación del hombre de dar alimentos, ya no existe la distinción entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, y regula que los hijos naturales solo podrán llevar el apellido del progenitor que los hubiese reconocido sin tener derecho a alimentos y a heredar; también se concede el derecho de investigar la paternidad por raptó, violación, por posesión de estado de un hijo natural o se tuvieran pruebas; se introduce la adopción y se sustituye el régimen patrimonial entre cónyuges, de gananciales por separación de bienes.

Esta Ley Sobre Relaciones Familiares, se convierte en el antecedente del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal de 1928, el cual ha tenido diversas modificaciones, dentro de las que destaca la de 1975, que le da igualdad al hombre y a la mujer, así mismo se regula la paternidad responsable e informada, la participación económica de ambos cónyuges y el derecho alimentos.

Con las reformas del 25 de mayo de 2000, se convierte en Código Civil para el Distrito Federal, mismo que suprime la adopción simple, se equipara el parentesco entre el adoptado y el adoptante como consanguíneo, regula el concubinato otorgando consecuencias jurídicas del mismo para el hombre y mujer para con sus hijos, como lo es el derecho de alimentos y heredar, regula la protección de la familia y la violencia intrafamiliar, y otorga más protección entre sus miembros.

1.5.3.2. La creación del capítulo que regula las controversias del orden familiar.

Es importante desglosar el significado de las palabras “controversia” y “familiar”, por lo que controversia en términos del Diccionario de la Lengua

Castellana, proviene del latín controversia, que es: “discusión de opiniones contrapuestas.”³⁸, y familiar que deviene de la palabra familia, la cual ha sido definida de diversas formas, como se refirió anteriormente, caracterizándose por ser la institución más antigua de la sociedad, por ser una condición humana, el vivir en comunión y ayudarse en el hogar, pudiendo o no procrear hijos, en la cual sus integrantes se encuentran unidos por las diversas formas de parentesco, la cual es la base principal de la sociedad.

Por su importancia el 16 de febrero de 1973, se adicionó en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el Título Decimosexto, denominado “De las Controversias del Orden Familiar”; compuesto por un sólo capítulo y 16 artículos (940 al 956), en el cual se regula un proceso especial que busca la agilización del procedimiento por encontrarse por ser de orden público, en éste se dirimen cuestiones familiares, como lo son los alimentos, guarda y custodia, convivencia con los menores entre otros, excluyendo el procedimiento para el caso de divorcio y patria potestad, los cuales se llevaran a cabo en términos del procedimiento ordinario regulado en el Código Procesal de la materia.

Domínguez Del Río, define las controversias del orden familiar como: “todos aquellos litigios en que se afecte el interés de la familia o de alguno de sus miembros, primordialmente de los menores e incapacitados.”³⁹

En la exposición de motivos de la creación del capítulo “De las Controversias del Orden Familiar” señala Bejarano Sánchez, lo siguiente: “Se adiciona el Título de Controversias, sobre la base de que todos los problemas inherentes a la familia son de orden público, en él se confiere al Juez facultades discrecionales para que aplique las medidas que estime adecuadas a cada caso, se disminuyen las formalidades quedando siempre las que constituyan una base

³⁸ Real Academia de la Lengua Española. DICCIONARIO de la Lengua Española. 22^o edición. Caple. Madrid, 2001. p.437.

³⁹ DOMINGUEZ Del Río, Alfredo. Compendio Teórico Práctico de Derecho Civil. Porrúa. México, 1997. p. 385.

de seguridad y no una compilación del procedimiento, subsistiendo las disposiciones generales para los asuntos familiares que por naturaleza y trascendencia así lo exijan. Se establece también la oralidad.”⁴⁰

Es importante destacar que éste capítulo, ha sufrido diversas reformas y aunque los Legisladores se han preocupado por plasmar la realidad social y mayores protecciones para los niños; lo cierto es, que este capítulo se encuentra en vía de desarrollo, por lo que en el mismo existen deficiencias desde la denominación, pues no regula todas las controversias familiares; no obstante ello la creación del capítulo, así como sus reformas refleja la preocupación de regular los derechos de los miembros de la familia y el compromiso del Estado de velarlos y protegerlos, al otorgarle mayores facultades a los Jueces en ésta materia para que el mismo realice dicha fusión.

Tan es así, que para Ovalle Fabela: “...el proceso sobre las relaciones familiares y el estado civil de las personas se encuentra orientado por el principio inquisitorio. En efecto, en el proceso familiar se ha otorgado al juzgador, tomando en cuenta la trascendencia social de las relaciones familiares, mayores atribuciones para la dirección del proceso y particularmente para la obtención de las pruebas. En tal proceso, los derechos que se controvierten generalmente son irrenunciables, por lo que no caen dentro del ámbito de la libertad de disposición de las partes.”⁴¹

⁴⁰ BEJARANO Sánchez, Manuel F. La Controversia del Orden Familiar. Tesis discrepantes. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1999. p.28.

⁴¹ OVALLE Favela, José. Derecho Procesal Civil. 6° edición., Harla. México, 1994. p. 338.

CAPÍTULO 2

DEL PROCEDIMIENTO DE LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR

2.1. El derecho procesal.

El derecho procesal en México, tiene sus antecedentes como ya vimos, en el capítulo anterior, desde antes de la conquista Española, pues en la época precolombina los Mexicas resolvían los problemas que se suscitaban a través de procesos, predominando el oral, existiendo un régimen jurídico severo; señala Floris Margadant que existía el principio de cosa juzgada 'Tlalzontectli' la cual era inapelable; los escribanos llevaban a cabo los registros de los juicios que se sometían a las autoridades, el Juez 'teuctli' (el cuál era elegido de forma popular), resolvía los asuntos simples, para asuntos más importantes existían tribunales que contaban con tres jueces vitalicios designados por el 'cihuálcoatl' teniendo un tribunal de apelación "el monarca" el cual se reunía cada 24 días; los 'pochtecas', nobles, sacerdotes y guerreros, se sometían a reglas más severas que las establecidas para la comunidad, el proceso no duraba más de 180 días, en caso de delitos graves el proceso era sumario, entre las pruebas que eran reconocidas se encontraban la confesional, presuncional, careos y la documental (mapa de linderos), la defensa la llevaba un abogado 'tepantlatpanis'.

En Texcoco se llevaban el proceso en forma diversa a los Mexicas; existían en el palacio del Tlatoani, 3 salas compuestas por 12 jueces, designados por el gobernante para asuntos civiles, penales y militares más trascendentales, con apelación ante el tlatoani en grupo colegiado con otros dos o tres nobles, además había jueces menores distribuidos en todo el territorio para los asuntos simples, existiendo también un tribunal especial denominado de comercio ubicado en los mercados.⁴²

Como se puede observar, en la época precolombina la organización judicial en México se encontraba fuertemente establecida en cada cultura sus procesos

⁴² Cfr. FLORIS Margadants, Guillermo. Op. Cit. pp. 34-35.

eran llevados conforme a las reglas impuestas teniendo un avance extraordinario judicialmente, para la mejor impartición de justicia; un ejemplo de ello era, que tenían establecidos diferentes tipos de Tribunales, entre los cuales estaba el de apelación compuesto por un cuerpo colegiado, los juicios se resolvían a base de valoración de pruebas, el tiempo para llevarse a cabo el proceso estaba limitado, lo que suponía una justicia pronta, se reguló el principio de cosa juzgada, y algo trascendental, era que los mismos eran registrados, puesto que éstos podía servir de antecedentes, el sistema judicial era muy severo, por lo que el cumplimiento de las resoluciones siempre se llevó a cabo en los términos precisados en las mismas.

Ya en la Época de la Colonia señala Gonzalo Armienta que se aplicó la legislación española y su organización judicial, lo acaldes españoles son los impartidores de justicia; con el emperador Carlos V se crea la cédula real del 13 de diciembre de 1527, creándose la Primera Real Audiencia y Chancillería de la gran ciudad de Tenochtitlan, integrada por cuatro oidores y un presidente, correspondió al virrey el conocimiento de las materias de gobierno y a la audiencia los negocios de justicia, la audiencia fue el Tribunal de Apelación para conocer las impugnaciones contra los fallos de los gobernantes, corregidores y alcaldes; El consejo de Indias, con sede en Madrid, era el Tribunal Superior de todos los negocios judiciales de México y demás posesiones españolas, la recopilación de Leyes de Indias publicada en virtud de la Real Cédula de Carlos II del 18 de mayo de 1680, se dispuso que los territorios sujetos a la jurisdicción española se debían sujetar a la legislación de España, con preferencia a las Leyes del Toro.⁴³

Éstas Leyes del Toro, son las que predominan y con estas se consolida el proceso en Nueva España, las autoridades estaban encabezadas por el rey (en este caso su representante el virrey), la segunda autoridad era la Audiencia, misma que fue creada para mediar el poder del virrey, y quien tenía el encargo del poder judicial y los inspectores, con el tiempo la audiencia creció y se dividió en

⁴³ Cfr. ARMIENTA Calderón, Gonzalo. Teoría General del Proceso, Principios Instituciones y Categorías Procesales, Porrúa. México, 2003. pp.20-21.

civil y penal, en algunos casos ésta funcionaba como tribunal de apelación y decidía sobre las fuerza de las resoluciones eclesiásticas, de ella dependían los tribunales especiales de la Bula de la Santa Cruzada y de Bienes de Difuntos, además se encargaba de los Tribunales inferiores, quienes impartían justicia en los casos más comunes, esta no siempre tenía la última palabra pues se podía apelar ante el Consejo de Indias compuesto principalmente por dominicos, lo cual influyó mucho en los derechos indianos.

En México independiente, se siguieron aplicando las leyes españolas, en la Ley de 23 de mayo de 1837, se ordenó que las mismas fuesen aplicables, siempre y cuando no fueran contrarias a las instituciones nacionales, posteriormente el 4 de mayo de 1857, se expidió la Ley de Procedimientos, la cual se creó basándose en los ordenamientos Españoles, y es hasta el 13 de agosto de 1872, que se promulgó el primer Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y el Territorio de la Baja California, siguiendo de éste el de 15 de septiembre de 1880 y el de 15 de mayo de 1884, y los Códigos Federales de Procedimientos Civiles del 06 de octubre de 1897, 16 de diciembre de 1908 y 05 de febrero de 1909, que dieron pauta para la creación del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales del 29 de agosto de 1932, el cual ha tenido diversas reformas, hasta el 24 de mayo de 1996, en donde se separa el Código Federal de local.

2.1.1. Proceso y procedimiento.

Como se sabe, las acepciones de “proceso” y “procedimiento”, han sido empleadas como sinónimos, es por ello que la doctrina ha intentado explicar la diferencia que existe entre una acepción y otra.

Para poder reconocer la diferencia entre uno y otro es pertinente traer a colación el concepto gramatical de proceso el cual proviene del latín *processus* y significa “Acción de ir adelante.”⁴⁴

⁴⁴ Real Academia de la Lengua Española. Op. Cit. p. 1247.

Es decir, el proceso en su significado literal es: el avance de una sucesión, de una cadena, de una serie de etapas, etcétera; él cual tiene como finalidad obtener un resultado.

En ese sentido, Castrillon y Luna cita a Carnelutti, el cual refiere que la palabra proceso, deviene de *procedere* que es: "... avance, de andar hacia delante."⁴⁵

Ahora bien, una vez establecido la definición etimológica de la palabra proceso, es de referirse que el mismo en su acepción forense alude a: "...la actuación en la que se realizan trámites judiciales o administrativos."⁴⁶

De lo que se concluye que el proceso, es un instrumento para solucionar conflictos, con la finalidad de mantener en equilibrio las relaciones sociales, en ese sentido, Cipriano Gómez Lara, cita a Carneluti, el cual refiere que el proceso forense, es el: "...conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro."⁴⁷

De lo que se infiere que la pretensión (la intención exteriorizada de preponderar el interés propio ante el ajeno, que se hace valer ante una autoridad, la cuál resolverá en los términos establecidos en la ley), es un elemento esencial para la existencia de un proceso forense.

En ese sentido Carlos Arrellano, cita a Giuseppe Chiovenda, el cual define al proceso como: "... el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación a un bien que se presenta como garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria."⁴⁸

Asimismo, Ovalle Favela define el proceso como: "el conjunto de actos mediante los cuales se constituye, desarrolla y termina la relación jurídica que se

⁴⁵ Cit. Por. CASTRILLON Y Luna, Víctor. Derecho Procesal Civil. Porrúa. México, 2004. p. 41.

⁴⁶ Real Academia de la Lengua Española, Op. Cit. p. 1247.

⁴⁷ Cit. Por. GÓMEZ Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso, 9º edición. Harla, México, 1998. p. 1.

⁴⁸ Cit. Por. ARELLANO García, Carlos. Derecho Procesal Civil. 10º edición, Porrúa. México, 1997. p. 65.

establece entre el juzgador, las partes y las demás personas que en ella intervienen; y que tiene como finalidad dar solución al litigio planteado por las partes, a través de una decisión del juzgado basada en los hechos afirmados y probados y en el derecho aplicable.”⁴⁹

Es decir, el proceso es una serie sucesiva de etapas jurídicamente reguladas entre dos partes (el que pretende y el que defiende a través de derechos y hechos) y un tercero imparcial (el juez ajeno al litigio), el cuál determinará si es procedente la pretensión planteada, o no, en busca de mantener el orden, más que jurídico social.

Es importante señalar que el proceso es un medio de solución de un litigio (pleito), por lo que es necesaria la existencia de un litigio, para que exista un proceso.

En ese sentido tenemos que Arellano García, señala que el proceso jurisdiccional es: “... el cúmulo de actos, regulados normativamente, de los sujetos que intervienen ante un órgano del Estado, con facultades jurisdiccionales, para que se apliquen las normas jurídicas a la solución de la controversia o controversias planteadas.”⁵⁰

El proceso jurisdiccional contemplado desde el punto material, es lo que se llama juicio; la denominación de proceso o juicio se debe a la historia, pues en el Derecho Romano se utilizaba la palabra juicio, y fue a partir del siglo XVI, que en Europa central, bajo al influencia de la doctrina del derecho canónico, empezaron a sustituir la palabra del juicio por la de proceso jurisdiccional; no obstante ello, España por su gran influencia romana, conservó la palabra: juicio, la cual difundió a los países de Hispanoamérica, siendo esa la razón del porque en México, se utiliza la palabra juicio y no proceso, la cual comprende todos los actos que realizan las partes y el juez.

⁴⁹ OVALLE Favela, José. Teoría General de Proceso. 5º edición. Oxford, University Press. México, 2001. p. 188.

⁵⁰ ARELLANO García, Carlos. Teoría General del Proceso, 10º edición. Porrúa. México, 2000. p.6.

Ahora bien, una vez que ha quedado precisado que es el proceso, es pertinente diferenciarlo del procedimiento, el cuál, gramaticalmente es: “acción de proceder.”⁵¹

Para ello Ovalle Favela cita a Alcalá-Zamora el cuál define el procedimiento como el que: “...se compone de la serie de actuaciones o diligencias sustanciadas o tramitadas según el orden y la forma prescritos en cada caso por el legislador y relacionadas o ligadas entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo. El procedimiento se reduce a una coordinación de actos relacionados y ligados entre si.”⁵²

Entonces el procedimiento es el desarrollo real de un caso en que se ha planteado una determinada controversia, es la actualización concreta del proceso, por lo que no hay dos procedimientos legales iguales, aunque estén regidos por los mismos ordenamientos legales.

Es decir, el procedimiento es solo la manifestación formal del desarrollo del proceso o de una etapa de éste, o bien, aquellos casos en donde no existe una controversia, si no sólo se exige la intervención de los órganos del Estado, para reconocer un derecho.

Para diferenciar el proceso del procedimiento, Eduardo Pallares, refiere que: “El proceso como institución, en cuanto constituye, un conjunto de actos que persiguen una sola finalidad, y el procedimiento o serie sucesiva o combinada de los que han de realizarse para lograrla.”

En resumen, el proceso es la directriz, el cual siempre va ha buscar una finalidad, es decir, la resolución de un conflicto (en este caso, determinar la guarda y custodia); y el procedimiento, no busca esa finalidad, pues este solo es la serie de actos unidos para el desarrollo de la actividad jurisdiccional y adminiculados por el resultado final, pues para que se realice un proceso se necesita del

⁵¹ Real Academia Española, Op Cit. p. 1076.

⁵² Cit. Por. OVALLE Favela, José. Teoría General de Proceso. Op Cit, p. 175.

procedimiento (es decir, de todas las etapas que se deben de realizar para llegar a un fin, ya sea dentro de una controversia del orden familiar o dentro del divorcio necesario o bien a través del procedimiento de una jurisdicción voluntaria).

2.1.2. Concepto del Derecho Procesal.

Previo a determinar el concepto del Derecho Procesal, es pertinente distinguir, cuáles son las normas sustantivas o materiales de las normas instrumentales o adjetivas; las primeras son aquellas en las que se establecen los derechos y obligaciones de las personas, normas en las que se encuentra establecida la sanción aplicable en el caso de incumplimiento de las obligaciones normadas; y las segundas son aquellas que establecen los procedimientos para la aplicación de las normas materiales o sustantivas, así como la integración y competencia de los órganos del Estado, que intervienen en los procedimientos.

Así tenemos, que las normas que regulan al Derecho Procesal, son las denominadas instrumentales, toda vez que éste se encarga del estudio de conceptos, normas, principios e instituciones que regulan los procesos jurisdiccionales así como la competencia de las autoridades que intervienen en éstos.

Concluyéndose que las normas jurídicas procesales regulan primordialmente, lo siguiente:

- a) La creación, desarrollo y conclusión del procedimiento.
- b) La competencia de los órganos del Estado que intervienen en el proceso.

Por lo tanto, el Derecho Procesal, de acuerdo a sus características es: El conjunto de normas principios e instituciones jurídicas que regulan el proceso, así como la competencia de los órganos de Estado que intervienen en él.

El Derecho Procesal, al ser una rama del derecho, la doctrina lo ha considerado como una ciencia (aquella que estudia al conjunto de normas

jurídicas) o como un conjunto de normas (derecho objetivo, es decir, la regulación imparcial de los derechos y obligaciones de los ciudadanos y órganos del Estado).

Existen diferentes definiciones del Derecho Procesal, entre las cuales se refieren como conjunto de normas o como una ciencia del derecho, entre las primeras encontramos la definición que da el Diccionario Jurídico Mexicano, al referir que el Derecho Procesal es: “Es el conjunto de disposiciones que regulan la sucesión concatenada de los actos jurídicos realizados por el juez, las partes y los otros sujetos procesales, con el objeto de resolver controversias que se suscitan con la aplicación de las normas de derecho sustantivo.”⁵³

En dicha definición encontramos los dos elementos esenciales que regula el Derecho adjetivo, es decir el desarrollo de un proceso y las facultades de los órganos del Estado que interviene en él, no obstante ello, no se está de acuerdo con dicha definición, pues aunque establece las características y función del proceso, ha omitido señalar que el Derecho Procesal también regula procedimientos en los que no se debe resolver una controversia, es decir, no existe un litigio de por medio, como en la jurisdicción voluntaria.

Para Ovalle Favela, el Derecho Procesal es: “la ciencia que estudia el conjunto de normas y principios que regulan tanto las condiciones conforme a las cuales las partes, el juzgador y demás participantes deben realizar los actos por los que se constituye, desarrolla y termina el proceso; así como la integración y competencia de los órganos de Estado que intervienen en el mismo.”⁵⁴

Dicha denominación del Derecho adjetivo aunque más concreta, la misma abarca los diferentes tipos de proceso que se encuentran regulados, así como la competencia de las autoridades que intervienen en él.

Asimismo, una importante característica del derecho en general, es la búsqueda de la equidad y el orden y mantenimiento de la sociedad, creando para

⁵³ Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Tomo D-H, 15° edición. Porrúa. México, 2001. p. 1034.

⁵⁴ OVALLE Favela, José. Teoría General de Proceso. Op. Cit. p. 49

ello las normas sustantivas, las cuales se van aplicar a través del derecho sustantivo, como se había señalado, en relación a esto encontramos la siguiente definición de Derecho Procesal, que cita Ovalle Favela a Eduardo B. Carlos que lo define como: “la ciencia del derecho procesal estudia el conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso, por cuyo medio el Estado, ejercitando la función jurisdiccional, asegura, declara y realiza el derecho.”⁵⁵

En conclusión podemos definir el Derecho Procesal como: La ciencia que estudia al conjunto de normas jurídicas, principios e instituciones que regulan las etapas del procedimiento, así como las facultades de los órganos del Estado, con la finalidad de llegar a una resolución que aplique el derecho adjetivo.

2.1.3. Características del Derecho Procesal.

Para Eduardo Pallares, el cual es citado por Castrillon y Luna, las características del Derecho Procesal, son: “... Constituye un derecho público; --- ... Sus normas son de carácter instrumental; --- ... Sus normas son absolutas; --- ... Su finalidad es la composición de conflicto de intereses; --- ... Eficacia práctica de las normas; --- ... Es formalista; --- y... Es un conjunto unitario y sistemático de normas jurídicas.”⁵⁶

Asimismo diversos autores como Ovalle Favela, le agregan una característica más al Derecho Procesal, señalando que: “... es la autonomía que la ciencia del derecho procesal posee...”⁵⁷

En resumen se puede señalar que el Derecho Procesal, tiene las siguientes características:

Pertenece al Derecho Público. Pues la aplicación de éste la lleva a cabo los órganos del Estado, cumpliendo la función jurisdiccional del Estado, con independencia de la norma sustantiva que se aplique en el caso concreto ya sea

⁵⁵ Cit. Por. Ibídem, p. 49.

⁵⁶ Cit. Por. CASTRILLON Y Luna, Víctor. Op. Cit. pp. 38-39. cita contextual.

⁵⁷ OVALLE Favela, José. Teoría General de Proceso. Op. Cit. p. 42.

privada (un proceso de interés individual, que predomina el principio dispositivo, con iniciativa de parte), pública (en el cual impera el principio publicístico con intervención del Estado) y social (imperando el principio de igualdad, con iniciativa de parte), por lo que sus normas son públicas y obligatorias, las cuales tiene la finalidad de dirimir conflictos de intereses.

Es de carácter Instrumental. Es un medio, un instrumento que aplica las normas sustantivas, con el fin de dar funcionamiento al Estado.

Lo anterior, se lleva a cabo cumpliendo con los principios que regula el Derecho Procesal, como lo son: Igualdad de las partes, economía procesal, unidad en el proceso, formalismo, intermediación, publicidad, consumación, concentración, congruencia, contradicción, eficacia procesal, eventualidad, probidad, oralidad y escritura, preclusión, etc.

Las anteriores características se encuentran ligadas al Derecho Procesal como conjunto de normas, pues hace referencia a la regulación o aplicación del derecho objetivo, es decir, de la aplicación de la normatividad.

Autonomía. Pues ésta ciencia que estudia las normas procesales, tiene sus propios conceptos, teorías, principios, e instituciones que son autónomos, esta autonomía se ha dado por la evolución que ha tenido la doctrina.

Señala Ovalle Favela que Alcalá-Zamora distinguió diferentes períodos de la evolución doctrinal del Derecho Procesal, en:

“1. El periodo *primitivo*, que llegó hasta el siglo XI de la era cristiana, y se caracterizó por la ausencia de ‘auténticas exposiciones procesales’. La típica división tripartita del derecho, que predominó en Roma (en personas, cosas y acciones), incluyó en esta última sección las normas procesales, como un complemento o apéndice de las dos primeras, y contribuyó a difundir la imagen distorsionada de que las normas procesales tenían un carácter secundario, por estar exclusivamente al servicio del derecho.

2. El segundo periodo corresponde a la escuela *Judicialista*, que surge en Bolonia a partir del siglo XII, y después de difundirse en las principales naciones de Europa concluye alrededor del siglo XV. Con esta escuela se inician las exposiciones especialmente dedicadas al estudio del proceso y sus instituciones. Alcalá-Zamora aclara que ha denominado a esta escuela *judicialista* por ser el juicio el concepto que destaca en sus trabajos.

...

3. El tercer periodo comprende la tendencia de los prácticos que en España se desarrolla del siglo XVI hasta ya entrado el siglo XIX. Alcalá-Zamora caracteriza esta tendencia por los siguientes rasgos: 'contemplación de la materia procesal más como un arte (o quizá mejor como una técnica) que como una ciencia; cualidad de prácticos que en la mayoría de los autores... atención prestada al *stylus curiae*, que ofrece grandes analogías con el todavía uso; predominio frecuente de las opiniones de los prácticos, sobre los propios preceptos legales, deformados e incluso anulados por las mismas, tonalidad nacional más marcada que en las otras tendencias.

...

4. El cuarto periodo concierne al *procedimentalismo*. Surgida en Francia como consecuencia de las transformaciones jurídicas que trajo consigo la Revolución, así como de la codificación napoleónica, esta tendencia se ocupa fundamentalmente de la organización judicial, la competencia y el procedimiento. Su método consiste básicamente en describir estos temas, siguiendo el orden y contenido de los códigos de procedimientos, a la manera de la escuela de la exégesis.

5. El quinto período es el que Alcalá-Zamora denomina del *procesalismo científico*. Contribuyen al nacimiento y desarrollo de esta tendencia, por un lado, la célebre polémica entre Windscheid y Muther en torno a la *actio* (acción) en el

derecho romano, y por el otro la publicación del libro clásico de Oskar von Bülow, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.*⁵⁸

Como se puede observar en la época *primitiva*, no hay literatura procesal, teniendo un carácter secundario estas normas por estar exclusivamente al servicio del derecho.

Ya en la escuela *Judicialista*, se estudia básicamente el proceso, las partes y las fases de éste.

En el tercer periodo denominado la escuela *practicista*, se prescriben recomendaciones sobre casos prácticos y la legislación aplicable.

En la escuela del *procedimentalismo*, se ocupan fundamentalmente de la organización judicial, la competencia, el procedimiento y textos legales a través de la codificación contemporánea.

En la etapa del *procesalismo científico*, se logra la autonomía de la ciencia procesal, independizándola de la ciencia del derecho sustantivo al codificarse la normatividad, además se dieron las categorías procesales de acción, jurisdicción y proceso, dándose así la apertura a diferentes Derechos Procesales, como el laboral o agrario.

Los procesalistas mexicanos han abordado además de los conceptos señalados, la competencia, pretensión, acceso a la justicia, suplencia de la queja, oralidad, elaborando nuevos conceptos e instituciones procesales.

⁵⁸ *Ibíd*em, p. 43-44.

2.2. El Derecho Procesal Familiar.

2.2.1. Concepto del Derecho Procesal Familiar.

Como se había dicho con anterioridad, una de las principales características del Derecho Procesal, es que éste, sirve de instrumento del derecho sustantivo a aplicar; es decir, el derecho procesal es el medio por el cual se va a garantizar la aplicación de los derechos y obligaciones que tienen los ciudadanos.

Por lo que, en razón a su función, podríamos considerar al Derecho Procesal Familiar, como conjunto de normas encaminadas a solucionar los conflictos de la familia.

En ese sentido Ovalle Favela, define al Derecho Procesal Familiar y del Estado Civil como: “la disciplina que estudia el conjunto de normas que regulan el proceso destinado a solucionar los conflictos sobre la familia y el estado civil de las personas”.⁵⁹

Castrillón y Luna, define a las controversias del orden familiar como: “El procedimiento especial por el que se tramitan las controversias en materia de familia persigue como finalidad la de dar solución expedita a las cuestiones que bajo dicho rubro se enmarcan, mediante una tramitación sumaria,...”.⁶⁰

Por lo que podemos definir al Derecho Procesal Familiar como: El conjunto de normas jurídicas, principios e instituciones que regulan las etapas del juicio de las controversias del orden familiar, así como las facultades de los órganos del Estado, con la finalidad de llegar a una resolución que aplique el derecho adjetivo, y con el cuál se velen los derechos de la familia.

⁵⁹Ibídem, p. 76.

⁶⁰ CASTRILLÓN Y Luna, Víctor. Op. Cit. p. 477.

2.2.2. Características del derecho procesal familiar.

1. Como se había señalado, una de las principales funciones o características del Derecho Procesal, es el carácter instrumental que tiene con el Derecho sustantivo, de lo que se desprende que existen tantos Derechos Procesales como Derechos sustantivos hay; no obstante ello, la doctrina ha dividido el derecho procesal según sus principios, para Carlos Viada y Héctor Fix-Zamudio que son citados por Ovalle Favela, se pueden distinguir los siguientes tipos:

“1. *Proceso de Interés Individual o Privado*, en el cual predomina el *principio dispositivo*, con iniciativa de parte y disponibilidad del objeto del proceso.

2. *Proceso de interés social*, en el cual rige el *principio de igualdad por compensación*, con iniciativa de parte pero indisponibilidad del objeto del proceso.

3. *Proceso de interés público*, en el cual impera el *principio publicístico*, con intervención normalmente de dos órganos del Estado con funciones de juez y parte y una relativa indisponibilidad del objeto del proceso, que admite modalidades y salvedades.”⁶¹

Según dicha clasificación, podemos tener como primer característica que con independencia de que el proceso de las controversias del orden familiar se encuentre regulado dentro del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, éste tiene más carácter publicístico que privado a diferencia del civil, lo anterior es así, puesto que en éste Derecho Procesal, el Estado busca velar por los intereses de la familia, por ser de orden público.

Dicha característica la encontramos plasmada en el artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que a la letra dice:

⁶¹ Cit. Pos. OVALLE Favela, José. Teoría General de Proceso. Op. Cit. p. 53.

“Artículo 940.- Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad.”

2. Una segunda característica del Derecho Procesal Familiar, es que en el mismo impera el principio inquisitorio, es decir, se le otorgan mayores facultades al Juez, para intervenir de manera oficiosa sin solicitud de parte en los asuntos que afecten a la familia.

3. El Juez, esta facultado para imponer las medidas precautorias que estime pertinentes sobre todo en asuntos que afecten a los menores de edad.

En ese sentido nos señala Becerra Bautista, lo siguiente: “Desde el punto de vista substancial se trata de dar a los Jueces atribuciones para intervenir en asuntos familiares no solo en la solución de problemas sino en la posibilidad de tomar medidas ‘que tiendan a preservar a la familia y a sus miembros’.”⁶²

4. El Juez se encuentra facultado para suplir la deficiencia de la queja.

5. El Juez debe exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, siempre que no sea materia de alimentos.

Las anteriores características, se encuentran establecidas en el numeral 941 del Código Procesal de la materia, que señala:

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

⁶² BECERRA Bautista, José. El Proceso Civil en México. 18° edición. Porrúa. México, 2003. p. 545.

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

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

6. Los derechos que se controvierten son irrenunciables.

7. Tiene la intervención en todo momento del Ministerio Público.

8. El proceso es sumario, es decir en el mismo se simplifican los términos así como las formalidades del juicio (economía procesal).

9. Se incorpora el sistema de oralidad y permite que la demanda se pueda interponer por escrito o de forma verbal ante el Juez.

10. Impera la igualdad de las partes en el juicio, lo que se ve reflejado, en la necesidad de que las dos partes se encuentren asesoradas por licenciados en derecho.

Las características señaladas como 9 y 10, se encuentran plasmadas en el artículo 943, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que a la letra dice:

“Artículo 943. Podrá acudir al Juez de lo Familiar por escrito o por comparecencia personal en los casos urgentes a que se refiere el artículo anterior, exponiendo de manera breve y concisa los hechos de que se trate. Las copias respectivas de la comparecencia y demás documentos, serán tomados como pruebas, debiendo relacionarse en forma pormenorizada con

todos y cada uno de los hechos narrados por el compareciente, así como los medios de prueba que presente, haciéndole saber el Juez al interesado que puede contar con el patrocinio de un defensor de oficio para conocer de su procedimiento y como consecuencia, éste ordenará dar parte a la institución de Defensoría de Oficio para que, en su caso, asesore o patrocine a éste. Una vez hecho lo anterior se correrá traslado, a la parte demandada, la que deberá comparecer, en la misma forma dentro del término de nueve días. En tales comparecencias las partes deberán ofrecer las pruebas respectivas. Al ordenarse ese traslado, el juez deberá señalar el día y hora para la celebración de la audiencia respectiva. Tratándose de alimentos, ya sean provisionales o los que se deban por contrato, por testamento, o por disposición de la ley, el juez fijará a petición del acreedor, sin audiencia del deudor y mediante la información que estime necesaria, una pensión alimenticia provisional, mientras se resuelve el juicio.

Será optativo para las partes acudir asesoradas, y en este supuesto, los asesores necesariamente deberán ser Licenciados en Derecho, con cédula profesional. En caso de que una de las partes se encuentre asesorada y la otra no, se solicitarán de inmediato los servicios de un Defensor de Oficio, el que deberá acudir, desde luego, a enterarse del asunto, disfrutando de un término que no podrá exceder de tres días para hacerlo, por cuya razón se diferirá la audiencia en un término igual.”

11. Extensión de cosa juzgada a los terceros, en las sentencias sobre estado civil.

2.2.3. Etapas del procedimiento de las controversias del orden familiar.

El antecedente de las controversias del orden familiar, lo eran los juicios

sumarios contemplados en el artículo 430 del Código de Procedimientos Civiles vigente hasta el año 1972, a través de este se dilucidaban los alimentos, la calificación e impedimentos de contraer matrimonio, entre otros.

Por decreto del 26 de febrero de 1973, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de marzo del mismo año, el cual entró en vigor 15 días después, se adicionó al Código de Procedimientos Civiles el Título Decimosexto denominado: “De las controversias del orden familiar”, en donde se regulan nuevos principios del derecho procesal; lo anterior, se realizó en atención a que el Estado busca robustecer la unidad de la familia a través de procesos modernos, y sumarios.

Dentro de este proceso se va dilucidar, entre otros, los alimentos, calificación de impedimentos para contraer matrimonio, diferencias entre los cónyuges para la administración de los bienes y educación de los hijos, guarda y custodia, y todas aquellas cuestiones similares que se reclamen con intervención judicial

Para ello se crearon los Juzgados de lo Familiar, mediante decreto del 24 de febrero de 1971, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de marzo de ese mismo año.

Las etapas del procedimentales de las Controversias de Orden Familiar, son las siguientes:

- 1) La primera abarca desde la demanda hasta la contestación de la misma o el acuerdo de rebeldía.

La demanda puede presentarse por escrito o por comparecencia personal en los casos urgentes, exponiendo de manera breve y concisa los hechos de que se trate, ofreciendo las pruebas que estime pertinentes, las cuales se tiene que relacionar en forma pormenorizada con todos y cada uno de los hechos, anexando

las copias respectivas (artículo 943 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

En el acuerdo admisorio el cuál deberá ser proveído dentro de los tres días siguientes a la recepción de la demanda (artículo 947 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), el Juez le hará saber al accionante que puede contar con el patrocinio de un defensor de oficio y como consecuencia, éste ordenará dar parte a la institución de Defensoría de Oficio para que, en su caso, asesore o patrocine, ordenando emplazar a la parte demandada, corriendo traslado con la copia de la demanda así como de los documentos que se anexaron a ésta; así mismo decretará las medidas precautorias que estime pertinentes, sobre todo, tratándose de alimentos; debiendo señalar día y hora para la celebración de la audiencia de ley (artículo 947 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Asimismo el Juez de lo familiar deberá de resolver provisionalmente sobre la guarda y custodia de los menores de edad, dando previamente vista a la parte demandada, y en el caso de desacuerdo señalará fecha de audiencia dentro de los quince días siguientes para la determinación de la misma. (artículo 941 Bis. Del Código Procesal de la materia).

El emplazado deberá comparecer, ya sea por escrito o presentarse ante el Juez dentro del término de nueve días, ofreciendo pruebas, haciendo valer excepciones y defensas, debiendo contestar todos y cada uno de los hechos de la demanda, así mismo el Juez le hará saber que tiene derecho a acudir asesorado igual que a la parte actora en caso de no comparecer el Juez acusará su rebeldía, y se tendrán por ciertos los hechos.

2) En la etapa probatoria, se lleva a cabo la audiencia respectiva, en la que las partes aportarán las pruebas que así procedan y que hayan ofrecido, sin más limitación que no sean contrarias a la moral o estén prohibidas por la ley, (artículo 944 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), el Juez se cerciorará de la veracidad de los hechos y los evaluará personalmente o con

auxilio de especialistas, la valoración de las pruebas, lo hará conforme a lo dispuesto por el artículo 402 del Código Procesal de la materia, en esta audiencia se podrá interrogar a los testigos con la sola limitación a que se refiere el artículo 944, al concluir la audiencia las partes harán las alegaciones o conclusiones que estimen pertinentes; en caso de que la audiencia no pueda celebrarse, ésta se verificará dentro de los ocho días siguientes (artículo 948 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

3) La emisión de la Sentencia, la cuál deberá dictarse en la audiencia de ley o dentro de los ocho días siguientes, y la misma deberá ser breve y concisa, (artículo 949 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

4) De los Recursos, el Código Procesal de la materia, da la oportunidad de recurrir la determinación del Juez a través del Recurso de Apelación, el cuál deberá interponerse en la forma y términos previstos por el artículo 691, mismo que salvo los casos previstos en el artículo 700, dicho recurso procederá en el efecto devolutivo (artículo 950 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Es importante señalar que todo lo no previsto en éste capítulo, se estará a lo establecido en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en términos de su artículo 956.

CAPÍTULO 3

DEL PROCEDIMIENTO DE GUARDA Y CUSTODIA

Previo a hablar de los procedimientos que se pueden llevar a cabo para dirimir la guarda y custodia, es pertinente tener en claro el alcance que tiene la misma y su relación estrecha que tiene con la patria potestad, pues la forma tradicional de ejercerse esta última es a través de la guarda y custodia, por ello en este capítulo vamos hablar de la patria potestad y de la guarda y custodia de los menores en torno a sus derechos y obligaciones así como fines y alcance de las mismas.

3.1. De la patria potestad.

La patria potestad, deriva de las palabras: “Pater Potesta”, que en Derecho Romano era la potestad del padre sobre todos los descendientes incapaces, así como la esposa, era un derecho sin límite, el cual se ejercía sobre las personas y cosas.

En la actualidad, la patria potestad no es un poder absoluto en la persona y los bienes de ésta, a diferencia del Derecho Romano ya no es definitiva, toda vez que la misma se extingue al momento de emanciparse el menor, de cumplir la mayoría de edad, entre otros, asimismo se reconoce el derecho de la mujer de ejercer la patria potestad.

Por lo anterior, se debe decir que la patria potestad más que un derecho absoluto, es el conjunto de deberes que tienen las personas a cargo de la patria potestad.

Es importante traer a colación los diferentes conceptos que la doctrina maneja sobre la patria potestad, y con relación a esto, tenemos que para Gutiérrez y González, la patria potestad es: “Es el conjunto de deberes que la ley impone en primer lugar, al padre y a la madre, respecto de sus descendientes en primer

grado, incapaces por cualquier causa, para su educación y custodia, así como para la guarda de sus bienes patrimonial pecuniarios.”⁶³

Es decir, para éste tratadista la patria potestad, son los deberes que se imponen jurídicamente a las personas que tiene a cuidado la protección de un menor.

Asimismo, Lozano Ramírez cita a Galindo Garfias el cuál refiere que: “ La patria potestad es una institución establecida por el derecho, con finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos en matrimonio, de los hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos” .⁶⁴

Es de señalarse, que la patria potestad está compuesta por el derecho que tienen los titulares, así como las acciones o deberes que deben ejercer a favor de los menores no emancipados, elementos que se encuentran en la tesis cuyo rubro y texto es el siguiente:

“PATRIA POTESTAD. SUS COMPONENTES ESTÁTICOS Y DINÁMICO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). Del análisis e interpretación del capítulo I denominado "De los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos", título octavo, libro primero, del Código Civil para el Estado y, en particular, de sus artículos 414 y 415, es posible advertir que la institución de la patria potestad se conforma de elementos de diversa índole. Esto es, presenta dos elementos estáticos: la titularidad y la potencialidad; y uno dinámico: el ejercicio. La titularidad, entendida como conexión de un derecho o de una facultad con el sujeto al cual pertenece (derecho civil sustantivo), que en la legislación estatal reside en el padre y la madre, así como en los abuelos por ambas líneas; la potencialidad, que es

⁶³ GUTIERREZ Y González, Op. Cit. p. 432.

⁶⁴ Cit. Por. LOZANO RAMÍREZ, Raúl. Derecho Familiar. Tomo I. PAC. México, 2005. p. 261

el derecho que conservan los abuelos que no han perdido la patria potestad, sino que jurídicamente la desempeñan o dinamizan los progenitores; mientras que el ejercicio es la parte dinámica, el movimiento del derecho a decidir, el poder de decisión a través de la conducción de hechos y actos necesarios para que la patria potestad se haga efectiva y produzca sus fines. La diferenciación entre estos elementos permite entender que el dinámico es el que por lógica y siempre que las conductas directas del sujeto que la ejerce (verbigracia, la no convivencia por más de siete días cuando el menor esté interno en una institución de asistencia pública; abandono de más de ciento ochenta días sin comprometer su salud, seguridad y moralidad; y, cuando deje expósito al menor por más de treinta días), puede dar lugar a que se decrete judicialmente su pérdida; en tanto que la titularidad y la potencialidad, por su naturaleza, no son susceptibles de generar conductas jurídicas que individualicen las causales de privación de la patria potestad.”⁶⁵

En resumen, se puede determinar que la patria potestad es el conjunto de obligaciones y facultades que tienen las personas sobre los menores cuyo parentesco ha sido reconocido legalmente y no han sido emancipados, así como sobre los bienes de éstos.

3.1.1. Naturaleza jurídica de la patria potestad.

La patria potestad es un derecho fundado sobre la naturaleza humana, que busca la protección de la familia y de los menores que la conforman, estando interesado en ello, toda la sociedad, toda vez que se debe considerar en primer término como una obligación moral, prevaleciendo los sentimientos entre las partes; tan es así, que el artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal,

⁶⁵ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo XVIII, Noviembre 2003. Tesis Aislada IV.3o.C.14C. p. 998. Ius 2006. CD.

señala que las partes que ejercen la patria potestad deben procurar respecto y acercamiento de manera armónica con los menores, para con ellos .

De igual forma la patria potestad puede verse como un conjunto de deberes, facultades y derechos, entre las partes; es decir, es el derecho reconocido por la ley, de la protección, educación, cuidado, hogar, alimentos, entre otros elementos para los menores, así como el cumplimiento de dichos derechos por parte de los padres o abuelos.

Asimismo, la patria potestad puede verse como una institución que tiene su origen o esta íntimamente relacionada con la filiación, la cuál es irrenunciable y obligatoria para quien debe ejercerla.

En conclusión podemos señalar, que la patria potestad en la doctrina la ha catalogado como una institución, que está sujeta a un conjunto de deberes, facultades y derechos, entre quien la ejerce y sobre quien se ejerce; es importante destacar, que en la actualidad, independientemente de su naturaleza es algo que se crea jurídicamente para la protección de los menores no emancipados, y su pérdida está supeditada a supuestos catalogados como “graves” por la ley.

3.1.2. De los titulares de la patria potestad.

En primer lugar se debe señalar que la patria potestad por regla general, se ejerce sobre los hijos menores de edad no emancipados, en términos del artículo 412 del Código Civil para el Distrito Federal.

“Artículo 412. Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la Ley.”

La patria potestad se ejerce sobre las personas y sobre los bienes, tal y como lo regula el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 413, que a la letra dice:

“Artículo 413. La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guardia y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.”

Por lo que hace a las personas, podemos clasificar la patria potestad en: los menores y las personas que la ejercen.

- a) En cuanto a los menores, éstos quedan sujetos a la guarda y educación que le den las personas que tiene a cargo la patria potestad, deberes que se encuentran establecidos en los artículos 412 segundo párrafo y 421 del Código Civil para el Distrito Federal, que señalan:

“Artículo 412. Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la Ley.”

“Artículo 421. Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.”

Teniendo la obligación de respetar y convivir con sus progenitores así como la prohibición tajante de abandonar el hogar. (artículo 421 del Código Civil para el Distrito Federal, citado con anterioridad).

- b) En cuanto a las personas que ejercen la patria potestad, Lozano Ramírez cita a Galindo Garfias, el cual señalaba que era deber primordial de los ascendientes, lo siguiente:

“a) El cuidado y guarda de los hijos; --- b) La dirección de la educación; -
-- c) El poder de corregirlos y custodiarlos; --- d) La obligación de

proveer su mantenimiento; --- e) La representación legal de la persona del menor, y --- f) La administración de los bienes del menor.”⁶⁶

El derecho de proveer el cuidado y guarda de los hijos, y la dirección de la educación de los mismos, y sobre todo el proteger el interés superior de estos, se encuentra regulado en el artículo 414 Bis Código Civil, el cual señala:

“Artículo 414 Bis. Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:

I.- Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;

II.- Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;

III.- Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y

IV.- Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.

Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades señaladas; lo que el Juez valorará en los casos de suspensión de la patria potestad, de la determinación de la guarda y custodia provisional y definitiva, y el régimen de convivencias.

⁶⁶ Cit. Por. LOZANO Ramírez, Raúl. Op. Cit. p. 267.

No se considera incumplimiento de éstas obligaciones el que cualquiera de los progenitores tenga jornadas laborales extensas.”

En relación al numeral anterior, es pertinente señalar que con las reformas realizadas al Código Civil para el Distrito Federal, las cuales fueron publicadas el dos de febrero de dos mil siete, se precisó de manera concreta en el artículo 416 Ter, que es el interés superior de los menores, por lo que para mayor entendimiento y claridad sobre qué es lo que se busca proteger de los menores, es pertinente traer a cuenta dicho numeral.

“Artículo 416 Ter. Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;

II.- El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;

III.- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;

IV.- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y

V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.”

En cuanto hace a la facultad de poder corregir a los menores y custodiarlos dicho derecho se encuentra previsto en el numeral 423, que señala:

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

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

Por lo que hace a los alimentos, ésta es una obligación que no se pierde por parte del padre que no tenga la guarda y custodia o en su caso que haya sido suspendida o terminada por resolución judicial, encontrándose en todo caso obligado a su cumplimiento.

Con relación a la representación legal, esta se encuentra regulada en el numeral 424, del Código Civil, que señala:

“Artículo 424. El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez.”

Con relación a los bienes, la última obligación que infiere en su clasificación Galindo Grafías, tenemos, que el que ejerce la patria potestad tiene facultades de administración de los bienes del menor, facultades que implican todos aquellos actos que tienen por objeto la conservación de dichos bienes y de los frutos que se produzcan a efecto de que el patrimonio no se menoscabe, en consecuencia no se puede enajenar, donar ni gravar de ningún modo los bienes muebles e inmuebles sino por causa justificada en beneficio del menor con previa autorización del juez.

El que ejerce la patria potestad en esta forma, se convierte en un usufructuario de todas las obligaciones que señala la ley, debiendo rendir cuentas; lo cual se extingue por emancipación, pérdida de la patria potestad, por renuncia, por el cumplimiento de la mayoría de edad. (regulado en los artículos 425 al 442 del Código Civil para el Distrito Federal).

En tal sentido, por lo que hace a la representación del menor y a la administración de sus bienes, ésta, como se había señalado puede cesar cuando el menor cumple la mayoría de edad, en tal sentido los Tribunales Colegiados de Circuito, han emitido el siguiente criterio, cuyo rubro y texto, es el siguiente:

“MENOR DE EDAD. SU REPRESENTACION CESA AUTOMATICAMENTE CUANDO CUMPLE LA MAYOR EDAD. Conforme lo disponen los artículos 22 y 23 del Código Civil para el Estado de Coahuila, la capacidad de goce se adquiere al nacer y los menores de edad carecen de capacidad de ejercicio. Por otra parte, de los artículos 412, 413, 414, 424, 425 y 427 del ordenamiento citado, se desprende que quienes ejercen la patria potestad sobre la persona y los bienes de los menores de edad hijos de matrimonio, y tienen su representación legítima, son el padre y la madre, o el abuelo y la abuela paternos, o el abuelo y la abuela maternos. Dicha patria potestad se ejerce sobre los hijos menores no emancipados mientras tanto no alcancen la mayoría de edad que comienza a los dieciocho años, conforme lo establece el artículo 646 del mismo código, edad a partir de la cual pueden disponer libremente de su persona y de sus bienes conforme lo señala el artículo 647 del propio Código Civil. De todo lo anterior se desprende que la representación legítima del menor por quien ejerce sobre él la patria potestad, cesa en forma automática sin necesidad de declaración judicial alguna cuando el representado cumple dieciocho años de edad y adquiere de inmediato por disposición legal su mayoría de edad,

y en consecuencia la capacidad plena para ejercitar sus derechos, pudiendo disponer libremente de su persona y de sus bienes.”⁶⁷

Estos deberes de la patria potestad los realiza:

- a) El padre y la madre conjuntamente, sin distinción de encontrarse sujetos al matrimonio, concubinato o que éstos no vivieren juntos.
- b) En caso de fallecimiento o imposibilidad de uno de los padres, será el otro quien la ejerza.
- c) En caso de separación de los padres, éste vivirá al lado del progenitor que de común acuerdo designen o el que determine el Juez.
- d) Si los progenitores fuesen incapaces o no estuvieran, serán los ascendientes en segundo grado, es decir, los abuelos, en el orden que determine el Juez de lo Familiar.
- e) En caso de adopción la ejercerán solo las personas que lo adopten.

Lo anterior, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, que refiere lo siguiente:

“Artículo 414. La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.”

⁶⁷ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo II, Agosto 1995. Tesis Aislada VIII.2o.10C. p. 558. Ius 2006. CD.

La patria potestad se puede suspender en los casos en que las personas que la ejercen se encuentren imposibilitadas de forma temporal y que dicha inhabilitación o falta de capacitación para ejercerla pueda ser causa de algún daño o menoscabo al menor o a sus bienes, y esta sólo se puede dar por declaración del Juez en los casos señalados en el artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal, que señala:

“Artículo 447.- La patria potestad se suspende:

I. Por incapacidad declarada judicialmente;

II. Por la ausencia declarada en forma;

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

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

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

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

Como se había señalado, la patria potestad es una obligación irrenunciable, y con esto, se busca que los padres, además de tener, para con los hijos una obligación natural y moral, la misma se encuentra establecida legalmente,

obligando con ello a los titulares de la patria potestad a cumplir con sus fines; sin embargo, el Código Civil para el Distrito Federal, regula en el numeral 444, las causas en que esta se puede perder la misma, ya sea por causas naturales, o por violación a los derechos de los niños, precepto legal que refiere lo siguiente:

“Artículo 444.- La patria potestad se pierde por resolución judicial:

I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho.

II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 de éste Código.

III. En los casos de violencia familiar en contra del menor.

IV. El incumplimiento de la obligación alimentaría por más de 90 días, sin causa justificada;

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

VI. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada; y

VII. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves.”

Sobre la pérdida de la patria potestad, Tribunales Colegiados de Circuito, han pronunciado el siguiente criterio, del que se desprende la supremacía de los intereses superiores del menor, cuyo rubro y texto es:

“PATRIA POTESTAD, BASTA LA POSIBILIDAD DE QUE EL MENOR RESULTE AFECTADO EN LOS VALORES QUE LA LEY PROTEGE, PARA QUE SE PRODUZCA LA PERDIDA DE LA. Son tres los elementos de la acción de pérdida de la patria potestad a que se refiere la fracción III del artículo 444 del Código Civil, a saber: a) que quien ejerza la patria potestad tenga costumbres depravadas, dé malos tratamientos a los hijos o abandone sus deberes para con ellos; b) que pueda comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, y, c) la relación de causa a efecto entre el abandono de los deberes de los padres y el daño que puedan sufrir los hijos. Desentrañando el sentido exacto de la norma, se desprende que para que surta la hipótesis legal de pérdida de la patria potestad en estudio, no se requiere que el menoscabo en los valores del menor, que la ley protege, se produzcan en la realidad, pues para ello basta que con el proceder del padre incumplido, se genere la posibilidad de que se ocasionen esos perjuicios. En esta forma, para determinar si se actualiza o no la causal de que se trata, es preciso que el mismo se aprecie tomando en consideración tan solo las probables consecuencias que racionalmente pudieron haberse ocasionado en perjuicio del menor con la conducta del padre, sin que se deban considerar las demás circunstancias que hayan acontecidos en la realidad o los efectos que dicha conducta haya producido, pues al establecer el precepto de referencia el vocablo "pudiera", impone la obligación de hacer la valoración del caso en función únicamente de las consecuencias normales que la conducta por sí misma pueda producir, y no de las consecuencias que realmente haya causado, toda vez que no necesariamente hay identidad entre lo que ocurrió y lo que pudo ocurrir; sin que para tal efecto obste el hecho de que en el momento de emitir el juicio

correspondiente, ya se hubieren conocido las consecuencias de la conducta impugnada y que ésta no haya producido perjuicio alguno al menor, puesto que la sanción que impone el precepto legal en comento, no tiene su fundamento en las consecuencias que la conducta hubiese causado en la realidad, sino tan solo en las que pudo producir, las cuales además, pueden llegar a conocerse racionalmente, tomando en consideración todas las circunstancias del caso.”⁶⁸

De igual forma, con anterioridad se había expresado que a diferencia del Derecho Romano, la patria potestad, no es absoluta, sino temporal y los titulares solo están obligados jurídicamente a cumplir con sus efectos como son vivienda, alimentos, educación, etcétera, hasta que se cumplan las condiciones señaladas por el artículo 443 del Código Civil del Distrito Federal, que refiere:

“Artículo 443.- La patria potestad se acaba:

- I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- II. Con la emancipación derivada del matrimonio;
- III. Por la mayor edad del hijo.
- IV. Con la adopción del hijo.
- V. Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una Institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida, para ser dado en adopción de conformidad con lo dispuesto por el artículo 901 bis del Código de Procedimientos Civiles.”

⁶⁸ Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo I, Segunda Parte-2, Enero 1988. p. 462. Ius 2006. CD.

Como se hizo mención, la patria potestad es una obligación irrenunciable, pero no obstante lo anterior, la ley contempla diversos supuestos en los que las personas titulares de la patria potestad, tienen el derecho de excusarse para ejecutarla, mismos que se encuentran señalados en el artículo 448 del Código sustantivo que refiere:

“Artículo 448. La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

I. Cuando tengan sesenta años cumplidos;

II. Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño.”

En cuanto a la fracción I, es pertinente hacer notar que ha cambiado la edad de vida del mexicano, y que existen más medicamentos y tecnología que ha llevado a tener a personas en buena salud después de los sesenta años, motivo por el cual, en éstos casos, el Juez podrá ordenar un examen médico de la persona para determinar, si se encuentra apta para llevar a cabo la patria potestad de un menor; lo anterior, siguiendo los intereses superiores del menor, toda vez que la edad no es causal suficiente para exentar dicha obligación.

3.2. Guarda y Custodia.

Como se señaló, dentro de las obligaciones de quienes detentan la patria potestad, se encuentra el ejercicio de la guarda y custodia de los menores, siendo una de las finalidades que abarca la misma, situación que se encuentra establecida en el artículo 413 del Código Civil para el Distrito Federal, que refiere en su parte conducente 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 guardia y educación de los menores...”.

Es decir, la patria potestad es el género y una de sus especies, lo es, la guarda y custodia, figuras que se encuentran estrechamente relacionadas, puesto que la una sirve para cumplir la función u objetivo de la otra.

Para abarcar el tema de guarda y custodia, es pertinente traer a colación el significado gramatical de las dos palabras que componen esta figura; guarda, significa: “cuidar, custodiar, vigilar o cumplir.”⁶⁹ la custodia es: “guardia o cuidado de una cosa ajena.”⁷⁰

En relación a ello, Chávez Ascencio cita a Marcel Planiol que refiere: “la guarda de un hijo es el derecho de que habite en la casa de sus padres.”⁷¹

Asimismo, Chávez Ascencio, señala que la custodia: “... significa, tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado.”⁷²

En virtud de lo anterior, se puede decir en un sentido más amplio que la guarda, es aquella obligación que tienen los titulares de ésta, de tener bajo su compañía al menor no emancipado, ya sea, en su hogar o en la institución que así haya determinado el Juez de lo Familiar, en el caso de que la protección la brinde el Estado; sin embargo la custodia, es el derecho que tiene el menor o la obligación del titular de tener bajo su cuidado y vigilancia al mismo, así como proporcionar los alimentos (los cuales abarcan entre otras cosas educación, vestimenta y recreación).

En ese sentido, Chávez Ascencio, señala que la guarda y custodia es: “... el primer deber de los padres en relación a los hijos menores no emancipados (arts.

⁶⁹ DE PINA Vara Rafael. Op. Cit. p. 304.

⁷⁰ Ibídem, p. 207.

⁷¹ Cit. Por. CHAVEZ Ascencio, Manuel F. La Familia en el Derecho: Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. 3^o edición. Porrúa. México, 1997. p. 320.

⁷² Ibídem, p. 319.

259, 282 fc. V, 283, 421 C.C.). Significa tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado.”⁷³

No debe de pasar por alto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha pronunciado refiriendo que la guarda y custodia del menor, es una prerrogativa de la patria potestad, que implica la posesión y vigilancia del niño, criterio cuyo rubro y texto en su parte conducente, es el siguiente:

“MENORES, PROCEDENCIA DEL INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESION PARA RECOBRAR LA GUARDA DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE NUEVO LEON). 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... ”⁷⁴

Es pertinente hacer mención, que nuestra legislación no establece un concepto de guarda y custodia, ni se encuentran reguladas todas sus implicaciones en un capítulo especial, o en su caso dentro del apartado de patria potestad (ya que como se mencionó estas dos figuras se encuentran íntimamente relacionadas), en donde se determine específicamente qué es la guarda y custodia, así como sus objetivos, alcances, fines, etcétera; situación que desde mi punto de vista, es necesaria, para la buena regulación de la protección de los derechos de los menores de edad.

En relación a su regulación, dicha figura se encuentra contemplada en algunos artículos comprendidos dentro de la nulidad de matrimonio, divorcio, y

⁷³ CHAVEZ Ascencio, Manuel F. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Op Cit. p.289. cita contextual.

⁷⁴ Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Tercera Sala. Tesis 242.512. p. 53. Ius 2006. CD.

controversias del orden familiar, como son los artículos 259, 282 fracción V y X, 283 y 421 del Código Civil para el Distrito Federal, que señalan que en todo caso el Juez de lo Familiar debe determinar la guarda y custodia del menor; lo anterior por ser de orden público y de interés social, los cuales para mayor entendimiento se citan:

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

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

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

El anterior numeral, se encuentra establecido dentro de la nulidad de matrimonio, y en el mismo se señala la preponderancia de resolver sobre la guarda y custodia, pues no hay que olvidar, que aunque se decrete la nulidad del acto matrimonial, los efectos para con los hijos no se extinguen.

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

...

V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo éstos compartir la guarda y custodia mediante convenio.

En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.

...

X. Las demás que considere necesarias.

En caso de que los menores de doce años sean sujetos de violencia familiar, éstos deberán quedar al cuidado de la madre, excepto cuando sea ésta quien la origine. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.”

Con anterioridad a las reformas publicadas el dos de febrero de dos mil siete, la fracción V, contemplaba la anuencia de que quedaran los menores de siete años bajo el cuidado de la madre, en razón de ser de forma natural la persona que se encarga de la protección de los hijos, pero ahora con esta reforma el Legislador cumple con lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 1 y 4, al no realizar distinción alguna entre el hombre y la mujer para el ejercicio de sus derechos, en este caso el de ejercer la guarda y custodia de sus menores hijos.

No obstante lo anterior, y en razón a una realidad natural y social el Legislador contemplo en la fracción X, se señala de manera clara que los menores de doce años deberá quedar al cuidado de la madre, en virtud de que es a ésta a la que le corresponde la atención y cuidado de los menores procreados por una pareja, independientemente de que aquélla realice o no una actividad de carácter laboral, teniendo la madre la presunción a su favor de ser la más apta para cuidar a los hijos que haya procreado, con la excepción de que sea esta el origen de la violencia intrafamiliar en contra de los menores.

“Artículo 283. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad para lo cual deberá contener las siguientes disposiciones:

I. Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores.

II. Todas las medidas necesarias para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que lastime u obstaculice su desarrollo armónico y pleno.

III. Las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, misma que sólo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores.

IV. Las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar en términos de la Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

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

VI. Las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad.

Para lo dispuesto en el presente artículo, de oficio o a petición de parte interesada, durante el procedimiento el Juez se allegará de los elementos necesarios, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores. ”

En el numeral anterior, se encuentra dentro del capítulo del divorcio y en el mismo, vemos que el legislador con la reformas que le realizó busca la protección de los derechos de los niños, recalando la necesidad de establecer las medidas necesarias para su protección, física, psicológica y económica en su entorno, así como la necesidad de que los mismos se encuentren con su familia, con ambos padres, es por ello que se crea la figura de guarda y custodia compartida, que desde el punto de vista de la postulante, con ello se compromete más al Juez de lo Familiar a ser prudente, utilizar sus facultades oficiosas para diferenciar en que casos se puede o no otorgar la guarda y custodia compartida, pues hay que recordad que el interés superior del menor esta por encima del de los padres, por lo que no se podría resolver compartir guarda y custodia cuando los progenitores viven a distancias considerables que lleven al niño a tener problemas en cuanto a la escuela por ejemplo.

“Artículo 421. Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.”

Este numeral esta dentro del la patria potestad, y vemos que en este se establece la obligación de los menores de vivir en su hogar, es decir el derecho a estar en guarda y custodia por sus progenitores, y solo en casos especiales la autoridad determinará lo conducente.

Por lo que podemos concluir que la guarda y custodia de un menor es un derecho y una obligación que tienen los titulares de ésta, para con los menores de edad no emancipados, con el objeto de proteger y proporcionar un buen desarrollo físico y psicológico.

3.2.1. Naturaleza jurídica de la guarda y custodia.

La guarda y custodia, es un derecho fundado sobre la naturaleza humana, que busca la protección de la familia y de los menores que la conforman, a través del cuidado físico y psicológico de éstos, por parte de las personas a las que les pudiera corresponder la patria potestad, (de acuerdo a los supuestos que establece el numeral 414 del Código Civil para el Distrito Federal), o en su caso la institución que designe el Juez o el Ministerio Público cuando ésta la ejerza el Estado.

Es decir, la guarda y custodia, implica el derecho y la obligación que tienen los que ejercen sobre quién se ejerce, de proteger, educar, cuidar, vigilar, y tener bajo el hogar.

En conclusión podemos señalar, que guarda y custodia es: un conjunto de deberes, facultades y derechos basados en una ley natural, entre quien la ejerce y sobre quien se ejerce, y que tiene como finalidad la custodia y cuidado de los menores.

3.2.2. Derechos y obligaciones de la guarda y custodia.

Como se había señalado, dentro de las obligaciones de la patria potestad se encuentra la guarda y custodia de los menores, en ese caso, la guarda y custodia la ejercen aquellas personas encargadas de la patria potestad.

Y en ese sentido tenemos que Chávez Ascencio refiere: "... la patria potestad hace referencia a la custodia de tal manera que quién tenga la patria potestad normalmente deberá tener la custodia.

Esto hace concluir que las personas a quienes pueden ser confiados los hijos son aquellas que pueden ejercer la patria potestad, es decir, los progenitores, los abuelos maternos y los abuelos paternos.”⁷⁵

Entonces tenemos que los titulares de la patria potestad, son también los titulares de la guarda y custodia, siendo aquellos los señalados en el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice:

“Artículo 414. La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.”

En ese sentido, tenemos que la guarda y custodia, al igual que la patria potestad la ejercen primeramente los padres, haciendo la aclaración de que en caso de adopción solamente la ejercen los adoptantes. (artículo 419 del Código Procesal de la materia).

La guarda y custodia pueden tenerla ambos padres, aunque no vivan en el mismo techo, caracterizándose por ser un derecho compartido. (artículo 283 del Código de la materia), a falta de uno de ellos, el que se encuentre, y en su ausencia los abuelos en el orden en que lo determine el Juez (artículo 414 del Código Civil), en caso de que alguno faltare puede ser otorgada a un pariente (artículo 418 del Código de la Materia), así mismo el orden establecido, numerales que debe de tomar el Juez de lo Familiar en cuenta para la determinación de ésta, en términos del párrafo quinto del artículo 941 bis del Código de Procedimientos

⁷⁵ CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F. Convenios Conyugales y Familiares. 4º edición. Porrúa. México, 1999. p. 101

Civiles para el Distrito Federal; para mayor entendimiento, es pertinente traer a cuenta lo señalado en dichos numerales.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

“Artículo 941 BIS. --- A falta o imposibilidad de los padres para tener la custodia de los menores se considerarán las hipótesis previstas en los artículo 414 y 418 del Código Civil.”

Código Civil para el Distrito Federal.

“Artículo 414. La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.”

“Artículo 418. Las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los tutores, se aplicarán al pariente que por cualquier circunstancia tenga la custodia de un menor. Quien conserva la patria potestad tendrá la obligación de contribuir con el pariente que custodia al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y vigilancia.

La anterior custodia podrá terminar por decisión del pariente que la realiza, por quien o quienes ejercen la patria potestad o por resolución judicial.”

Una vez precisadas, quiénes son las personas obligadas a ejercer o cumplir con el deber de la guarda y custodia, vamos a señalar cuales son las obligaciones

primarias de ésta, no sin antes referir, que en los artículos citados, no existe precisión sobre qué parientes pueden tener o solicitar la guarda y custodia de un menor, y toda vez que no existe un capítulo específico que regule la guarda y custodia, ni una serie de artículos concatenados entre sí, que la compongan, sino que la misma ésta establecida, como ya se señaló, en diferentes artículos que se encuentran dentro de los capítulos de divorcio, alimentos, etcétera; y puesto que la patria potestad es un derecho que se debe ejercer a través de la guarda y custodia y para determinar quién va a tener esta última, el Juez de lo Familiar, debe otorgarla a quién pueda ejercer la patria potestad, se propone con la finalidad de PROTEGER A LOS MENORES y velar sus derechos que tienen a ser guardados y custodiados, sea especificado en el artículo 418 del Código Civil para el Distrito Federal, que dichas obligaciones las podrán tener cualquier ascendiente por ambas líneas más próximas en grado, de no ser así, a los parientes en línea colateral hasta segundo grado, así como agregar el mismo que en su caso cualquier persona que por las particularidades del caso, pueda tener al menor bajo su encargo y que éste no corra peligro, siempre que el menor este de acuerdo así como el Representante Social y el Representante del D.I.F, esto en razón de que se han llegado a dar casos en los que los “vecinos”, “amigos”, “compañeros”, de los titulares de la patria potestad o guarda y custodia se llegan a ser cargo de los menores por la imposibilidad de estos de llevarla acabo, y por la falta de parientes cercanos a ellos.

Las obligaciones y en consecuencia los derechos que emanan de la guarda y custodia, en términos de lo señalado por el Código Civil para el Distrito Federal, en los diferentes numerales ya transcritos en la parte conducente de patria potestad y guarda y custodia, los podemos resumir en los siguientes:

Posesión. Es decir, que los padres o titulares de la guarda y custodia tienen a los menores bajo su “propiedad”, con el ánimo de conservarlos de protegerlos.

Vigilancia. Es el cuidado y atención exacta en los menores que están a cargo.

Protección. Es el resguardo de una persona, de un perjuicio o peligro, para amparar, favorecer, defender al menor.

Cuidado físico. Es la obligación de los padres de mantener a los menores a salvo de algún peligro que puedan sufrir en su cuerpo y de físico, y de asegurarles la salud.

Cuidado psicológico. Este se otorga a través de darles buenos ejemplos, amor, y protección, para un buen desarrollo mental y su mejor desenvolvimiento en la sociedad.

Satisfacción de necesidades. Es la acción o modo con que se sosiega y responde enteramente a una queja, sentimiento o razón contraria.

Sirve de base a lo anterior, lo pronunciado por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, refiriendo que la guarda y custodia implica la posesión y vigilancia del niño, siendo un medio de protección y de cultivarlos físicamente y psicológicamente, en la tesis, cuyo rubro y texto en su parte conducente, es el siguiente:

“GUARDA Y CUSTODIA, NO SE PUEDE ENTENDER DESVINCULADA DE LA POSESION. Una de las prerrogativas de la patria potestad es la custodia, cuidado y vigilancia de los menores y dicha guarda no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades.”⁷⁶

3.3. De los procedimientos de guarda y custodia.

Dentro de los procesos jurisdiccionales por los cuales se puede dirimir la

⁷⁶ Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Tercera Sala. Tesis 239.56. p. 133. Ius 2006. CD.

controversia de guarda y custodia de los menores, tenemos al denominado: “De las Controversias del Orden Familiar”, o de igual forma se puede dirimir como otra prestación del Divorcio Voluntario, Necesario y de la Nulidad de matrimonio.

De las Controversias del Orden Familiar.

En cuanto hace a la creación “De las controversias del orden familiar”, así como del procedimiento inicial en relación a la presentación de la demanda y el emplazamiento a juicio, esto ya fue desarrollado en la páginas 48, 49 y 50 del presente trabajo, por lo que se tiene por insertado en este apartado.

1) Asimismo por lo que hace a la primera etapa del procedimiento, es pertinente señalar que las medidas precautorias, que decreta el Juez, tienen vigencia durante el procedimiento, como el otorgamiento provisional de la guarda y custodia, el derecho de los menores de ser escuchados, en términos de lo señalado por la multicitada la fracción V del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal.

Teniendo los menores, derecho a ser escuchados para determinar el régimen de visitas y convivencia con sus padres, en caso de que estos no tengan la guarda y custodia, en términos de lo señalado por la fracción VI del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, que señala:

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

...

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

En el caso de existir violencia familiar, con la finalidad de proteger la integridad física, sexual, económica, y psicología de los menores, la Ley prevé diversas medidas provisionales que debe decretar el Juez, como la prohibición del padre de acercarse a los menores, entre otras, señaladas en la fracción VII del referido numeral 282 que señala:

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

...

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

- a) Ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar.
- b) Prohibición al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados.
- c) Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente.”

Dicho derecho se encuentra regulado en el artículo 323 TER, del Código Civil para el Distrito Federal, así como la especificación de lo que se considera violencia familiar, en donde el legislador ha puesto más énfasis en la protección de los niños, abarcando la violencia intrafamiliar, no solo a los confines del cuerpo

físico, sino al mental y sentimental, así como la protección al sano desarrollo sexual y económico, señalada en el numeral 323 QUATER y QUINTUS, y la forma de reparar el daño considerado en el artículo 323 SEXTUS, mismos que señalan, lo siguiente:

“Artículo 323 Ter. Los integrantes de la familia tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física, psicoemocional, económica y sexual y tienen la obligación de evitar conductas que generen violencia familiar.

A tal efecto, contarán con la asistencia y protección de las instituciones públicas, de acuerdo a las leyes para combatir y prevenir conductas de violencia familiar.”

“Artículo 323 Quáter. La violencia familiar es aquel acto u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional, o sexualmente a cualquier integrante de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, y que tiene por efecto causar daño, y que puede ser cualquiera de las siguientes clases:

I. Violencia física: a todo acto intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro;

II. Violencia psicoemocional: a todo acto u omisión consistente en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, insultos amenazas, celotipia, desdén, abandono o actitudes devaluatorias, que provoquen en quien las recibe alteración auto cognitiva y auto valorativa que integran su autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de la estructura psíquica de esa persona;

III. Violencia económica: a los actos que implican control de los ingresos, el apoderamiento de los bienes propiedad de la otra parte, la retención, menoscabo, destrucción o desaparición de objetos, documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos de la pareja o de un integrante de la familia. Así como, el incumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte de la persona que de conformidad con lo dispuesto en éste Código tiene obligación de cubrirlas, y

IV. Violencia sexual: a los actos u omisiones y cuyas formas de expresión pueden ser: inducir a la realización de prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor, practicar la celotipia para el control, manipulación o dominio de la pareja y que generen un daño.

No se justifica en ningún caso como forma de educación o formación el ejercicio de la violencia hacia las niñas y niños.

Para efectos de éste artículo, se entiende por integrante de la familia a la persona que se encuentre unida a otra por una relación de matrimonio, concubinato, o por un lazo de parentesco consanguíneo, en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, colateral o afín hasta el cuarto grado, así como de parentesco civil.”

“Artículo 323 Quintus. También se considera violencia familiar la conducta descrita en el artículo anterior llevada a cabo contra la persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa.”

“Artículo 323 Sextus. Los integrantes de la familia que incurran en violencia familiar, deberán reparar los daños y perjuicios que

se ocasionen con dicha conducta, con autonomía de otro tipo de sanciones que éste y otros ordenamientos legales establezcan.

En todas las controversias derivadas de violencia familiar, el Juez dictará las medidas a que se refiere la fracción VII del artículo 282 de este Código.”

Es de señalarse que en este caso el Juez, podrá determinar las medidas psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia, en término de lo estipulado en la fracción IV del citado artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal.

El emplazado deberá comparecer, ya sea por escrito o por comparecencia ante el Juez dentro del término de nueve días, ofreciendo pruebas, haciendo valer excepciones y defensas, debiendo contestar todos y cada uno de los hechos de la demanda; así mismo, el Juez le hará saber que tiene derecho a acudir asesorado igual que a la parte actora, en caso de no comparecer, el Juez acusará su rebeldía, y se tendrán por ciertos los hechos.

2) Etapa probatoria, esta ya fue desarrollada en el presente trabajo a fojas 49 y 50, por lo que se tiene por insertado en este apartado, siendo importante destacar que en esta fase del procedimiento **el Juez tiene la facultad de se cerciorarse de la veracidad de los hechos pudiendo incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia.**

De lo anterior, se puede observar que el Código da al Juez la facultad discrecional de cerciorarse de los hechos, evaluándolos personalmente, lo que en la práctica se lleva a cabo a través de una entrevista con el menor o menores, sobre los cuales se solicitó la guarda y custodia, en la que el Juez realiza diversas preguntas al menor para conocer su entorno familiar y el comportamiento de sus padres para con él, llevándose a cabo la misma sin presencia de los padres para evitar la coacción, y siendo asistido el menor de un representante del Sistema Integral de la Familia (D.I.F.) y del Ministerio Público; con ello y con los elementos

que se encuentran en el expediente y la opinión del Representante Social, el Juez determina si es viable otorgarle la guarda y custodia al padre que lo que está solicitando, o las restricciones para que se lleve a cabo, y en su caso las formas de como se va a dar la convivencia con el menor; el Juez de lo Familiar además de ello toma en consideración lo referido por los testigos, que por lo regular son familiares; siendo muy pocos los casos, en los que el Juez solicite el auxilio de especialistas lo que desde el punto de vista de la postulante es un error, pues como expondré más adelante con la ayuda de psicólogos en éste caso de la Unidad de Trabajo Social del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, se podría determinar de forma más certera si existe una relación patológica en la familia y quién la está provocando, los daños que se están ocasionando al menor y las consecuencias que éste podría tener por seguir conviviendo en un ambiente viciado (artículo 941 Bis, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Por lo que toda vez que el presente trabajo, se encuentra basado en la necesidad imperiosa de aplicar de forma obligatoria en todos los procedimientos la pericial en psicología, para determinar la guarda y custodia de los menores; es importante traer a cuenta la forma en la que se lleva a cabo el ofrecimiento, y desahogo de dicha pericial actualmente.

La prueba pericial, tal y como lo expone el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su numeral 346, es aquella que se utilizada sólo cuando sean necesarios conocimientos especiales de alguna ciencia, arte, oficio o industria, para tener la certeza de algo, misma que es realizada por peritos que cuenten con el título al que pertenezca su ciencia, arte, oficio o industria; entendiéndose por perito aquella persona que posea los conocimiento teóricos y prácticos sobre determinada materia, numeral que en su parte conducente establece:

“Artículo 346. La prueba pericial sólo será admisible cuando se requieran conocimientos especiales de la ciencia, arte, técnica,

oficio o industria de que se trate, más no en lo relativo a conocimientos generales que la ley presupone como necesarios en los jueces, por lo que se desecharán de oficio aquellas periciales que se ofrezcan por las partes para ese tipo de conocimientos, o que se encuentren acreditadas en autos con otras pruebas, o tan sólo se refieran a simples operaciones aritméticas o similares.

Los peritos deben tener título en la ciencia, arte, técnica, oficio o industria a que pertenezca la cuestión sobre la que ha de oírse su parecer, si la ciencia, arte, técnica o industria requieren título para su ejercicio. ...”

Algunos doctrinarios, señalan que la prueba pericial, no es más que un medio para ilustrar al Juez y en ese sentido estos adquieren la calidad de auxiliares del Juez, tal y como lo señala el artículo 101 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que refiere:

“Artículo 101.- El peritaje de los asuntos judiciales que se presenten ante las autoridades comunes del Distrito Federal, es una función pública y en esa virtud los profesionales, los técnicos o prácticos en cualquier materia científica, arte u oficio que presten sus servicios a la administración pública, están obligados a cooperar con dichas autoridades, dictaminando en los asuntos relacionados con su encomienda.”

En ese sentido tenemos que tratadistas como Eduardo Pallares, refieren que existen dos tipos de peritos los cuales son: “...los oficiales que son auxiliares de la administración de justicia, (según reza el artículo 4° de la Ley Orgánica de los Tribunales del Distrito Federal) y los no oficiales, aquéllos están regidos por

los arts. 4º, 210 a 239 de dicha ley, que considera el peritaje como una función pública.”⁷⁷

Así como diferentes tipos de pericia, para lo que Pérez Palma, señala que existen tres clases, los cuales son: “1) judicial y extrajudicial, la primera es la que se rinde judicialmente, con las formalidades que la ley previene; la segunda, la que las partes pueden obtener o mandar hacer sin intervención de la autoridad judicial; 2) voluntaria o necesaria, una, es la que las partes por su voluntad o conveniencia rinden para ilustrar al juez sobre determinada materia; y la otra, la que la ley exige se rinda forzosa o ineludiblemente, y 3) por la manera de rendirse puede ser oral o escrita, como la que se debe producir en los juicios sumarios o en los de tramitación escrita, en los que se concede a los peritos un término para formular su dictamen...”⁷⁸

En cuanto hace a la prueba extrajudicial, es importante destacar que la misma no tiene validez, en virtud de no es considerada en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Ahora bien, es de señalarse que se debe entender como prueba pericial aquel resultado del trabajo realizado por el perito para dar su opinión fundada y sustentada del caso en el cual se solicitó su intervención, la cual se realiza en este tipo de procedimientos por escrito, y el objeto de la misma es que se acredite todo aquello que es materia de litis y que esté relacionado con el peritaje, la cual puede versar sobre hechos del pasado, presente, personas, etcétera.

La prueba pericial, en términos de lo señalado por el Código Procesal de la materia, se puede ofrecer por las partes, en el presente caso al ser un juicio de carácter sumario, en el momento que presenten su demanda o den contestación a la misma, respectivamente (artículo 943).

⁷⁷ PALLARES, Eduardo. Derecho Procesal Civil. 10º edición, Porrúa, México 1983. p. 402.

⁷⁸ PEREZ Palma, Rafael. Guía de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Cárdenas Velasco Editores. México, 2004. p. 531.

Las partes al momento de ofrecer la prueba pericial deberán de señalar la ciencia, arte, oficio u industria del cual se va a practicar, los puntos sobre los que debe versar la pericial, las cuestiones que se deben de resolver, así como la cédula profesional que acredite la calidad de perito, nombre y domicilio, relacionándola la misma con los hechos que se pretendan acreditar; en caso de no cumplirse con dichos requisitos el Juez tienen la facultad de desecharla de plano, una vez admitida los oferentes de los peritos dentro del término de tres días, deberán de presentar un escrito en donde acepten el cargo y protesten su desempeño, manifestando que conocen los puntos controvertidos, así como el hecho de que tiene capacidad para ello, en caso de no presentar su aceptación dará lugar a que el Juez designe un perito tercero en discordia, tratándose de juicios sumarios las partes quedan obligadas a presentar a sus peritos dentro de los tres días siguientes al proveído en que se les tenga por designados, los cuales quedan obligados a rendir su dictamen dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que hayan aceptado y protestado el cargo, si no presentaren el dictamen se tendrá por desahogada dicha pericial con la presentada por el perito de la parte contraria, en caso de que existan peritajes contradictorios el Juez designará un perito tercero en discordia, previa vista al Ministerio Público, para la investigación de la probable comisión de un ilícito, lo anterior en términos de lo señalado por el artículo 347 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que a la letra dice:

“Artículo 347. Las partes propondrán la prueba pericial dentro del término de ofrecimiento de pruebas, en los siguientes términos:

I. Señalarán con toda precisión la ciencia, arte, técnica, oficio o industria sobre la cual deba practicarse la prueba; los puntos sobre los que versará y las cuestiones que se deben resolver en la pericial, así como la cédula profesional, calidad técnica, artística o industrial del perito que se proponga, nombre, apellidos y domicilio de éste, con la correspondiente relación de tal prueba con los hechos controvertidos;

II. Si falta cualquiera de los requisitos anteriores, el juez desechará de plano la prueba en cuestión;

III. En caso de estar debidamente ofrecida, el juez la admitirá, quedando obligados los oferentes a que sus peritos, dentro del plazo de tres días, presenten escrito en el que acepten el cargo conferido y protesten su fiel y legal desempeño, debiendo anexar copia de su cédula profesional o documentos que acrediten su calidad de perito en el arte, técnica o industria para el que se les designa, manifestando, bajo protesta de decir verdad, que conocen los puntos cuestionados y pormenores relativos a la pericial, así como que tienen la capacidad suficiente para emitir dictamen sobre el particular, quedando obligados a rendir su dictamen dentro de los diez días siguientes a la fecha en que hayan presentado los escritos de aceptación y protesta del cargo de peritos;

IV. Cuando se trate de juicios sumarios, especiales, o cualquier otro tipo de controversia de trámite específicamente singular, las partes quedan obligadas a presentar a sus peritos dentro de los tres días siguientes al proveído en que se les tenga por designados para que se cumpla con lo ordenado en el párrafo anterior, los cuales quedan obligados, en estos casos, a rendir su dictamen dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que hayan aceptado y protestado el cargo;

V. Cuando los peritos de las partes rindan sus dictámenes, y éstos resulten substancialmente contradictorios, se designará al perito tercero en discordia tomando en cuenta lo ordenado por el artículo 349 de este código;

VI. La falta de presentación del escrito del perito del oferente de la prueba, donde acepte y proteste el cargo, dará lugar a que el juez designe perito en rebeldía del oferente. Si la contraria no designare perito, o el perito por ésta designado, no presentara el

escrito de aceptación y protesta del cargo, dará como consecuencia que se tenga a ésta por conforme con el dictamen pericial que rinda el perito del oferente.

En el supuesto de que el perito designado por alguna de las partes, que haya aceptado y protestado el cargo conferido, no presente su dictamen pericial en el término concedido, se entenderá que dicha parte acepta aquél que se rinda por el perito de la contraria, y la pericial se desahogará con ese dictamen. Si los peritos de ambas partes, no rinden su dictamen dentro del término concedido, el juez designará en rebeldía de ambas un perito único, el que rendirá su dictamen dentro del plazo señalado en las fracciones III o IV, según corresponda.

En los casos a que se refiere el párrafo anterior, el juez sancionará a los peritos omisos con multa equivalente a sesenta días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal;

VII. Las partes quedan obligadas a pagar los honorarios de los peritos que hayan nombrado, a excepción de lo que establece el último párrafo del artículo 353, así como a presentarlos cuantas veces sea necesario al juzgado. También quedarán obligadas a presentar el dictamen pericial dentro del plazo señalado, debiendo presentar los peritos el original de su cédula profesional, o de los documentos anexados a sus escritos de aceptación y protesta del cargo;

VIII. Las partes en cualquier momento podrán convenir en la designación de un solo perito para que rinda su dictamen al cual se sujetarán, y

IX. También las partes en cualquier momento podrán manifestar su conformidad con el dictamen del perito de la contraria y hacer observaciones al mismo, que serán consideradas en la valoración que realice el juez en su sentencia.”

En caso de ser un perito tercero en discordia, designado por el Juez, el mismo deberá de rendir su dictamen en la audiencia de pruebas, (artículo 349 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), el cual puede ser recusado, siendo cubiertos sus honorarios por partes iguales entre los litigantes.

Es importante destacar que el Juez puede designar peritos cuando así lo considere, siendo aquellos los señalados como auxiliares o propuestos a solicitud del Juez por asociaciones, colegios, etcétera, en este caso el Juez prevendrá a dichas instituciones para que en el término de cinco días para la nominación del perito, los cuales rendirán su peritaje en los términos antes referidos, siendo cubiertos sus honorarios por partes iguales entre los litigantes, (artículo 353 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), siendo importante destacar que estos peritos deben de figurar en las listas oficiales que el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, publicada anualmente, de igual forma no se omite señalar que en caso de que el peritaje en materia de psicología sea llevado a cabo por peritos del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (auxiliares administrativos), el cual se realiza en el centro de convivencia familiar, sin presencia de la contra parte y en el caso del menor sin presencia de los padres.

Siendo de trascendencia en el procedimiento, el derecho que tienen las partes de interrogar a los peritos que hayan rendido su dictamen, debiendo comparecer estos en la audiencia de pruebas, en la que se lleva a cabo una junta de peritos (artículo 350 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Asimismo, es conveniente precisar en este apartado, que es la pericial en psicología, así como las partes que de forma general componen un peritaje en materia de psicología y la finalidad de la misma.

La pericial en psicología, según los apuntes entregados en el seminario “Aspectos Teóricos Metodológicos de la psicología forense”, señalan que: “La prueba pericial psicológica para Talarico (2002; p. 72) es el informe que brinda el

psicólogo, luego de haber estudiado y analizado el caso a peritar. Se trata de un proceso o acontecer, que transcurre durante varias horas, y frente a una o varias personas, que llegan para ser analizadas y evaluadas.”⁷⁹

Las partes que integran un dictamen pericial, generalmente son las siguientes:

I. Datos de identificación del asunto, donde se precise los datos del perito, los datos del juicio, los datos de control de la evolución y entrega del dictamen.

II. Datos de identificación de la persona que se va a evaluar.

III. Metodología, se señalan los test como el de la figura humana de Karen Machover, el de dibujo de la familia, entrevistas, etcétera, (los cuales son a consideración de cada perito) que se van aplicar en el caso, las cuales fueron valoradas a consideración del perito una vez estudiado lo señalado por las partes en el juicio.

IV. Observaciones durante las sesiones de evaluación, aquí se precisará el estado físico y mental de la persona a valoración, es decir, las reacciones que esta tenga en cada prueba.

V. Antecedentes, se precisara lo señalado en el procedimiento.

VI. Resultados de las pruebas psicológicas aplicadas.

VII. Conclusiones.

VIII. Bibliografía.

IX. Firma del perito.

⁷⁹ Apuntes, del curso: Afectos Teóricos Metodológicos de la Psicología Forense, impartido por la Coordinación de Diplomados de Psicología Criminal Forense e Investigación Psico-Crimino-Delictiva, de la Facultad de Estudios Superiores Zaragoza-UNAM, Octubre 2006. p.46

De lo anterior, se desprende que la pericial en psicología se realiza en diferentes pasos, el primero es el llamado del psicólogo a juicio, para la realización de la pericial, el segundo una vez que tenga el conocimiento del cuestionario o planteamientos a resolver el perito, debe buscar y escoger la metodología e instrumentos que utilizará para realizar la evolución, el tercero es la evolución propia, y por último el peritaje que es el documento donde el perito va a exponer los métodos utilizados, los resultados y recomendaciones que realiza el perito al Juzgador.

La finalidad de la realización de la pericial en psicología, es la determinación del estado psíquico de la persona, su grado de conciencia actual, pasado, personalidad, probabilidades de recuperación, así como la posibilidad de un posible daño o reincidencia en determinadas conductas, y la misma debe ser utilizada en todos los casos de materia familiar, en específico en el otorgamiento de la guarda y custodia, con la finalidad de auxiliar al Juez para poder determinar de manera más objetiva.

3) En la etapa Resolutiva o de Sentencia, esta ya fue desarrollada en el presente trabajo a fojas 50, por lo que se tiene por insertado en este apartado.

4) Por último en relación a los recursos, el Código Procesal de la materia, esta ya fue desarrollada en el presente trabajo a fojas 50, por lo que se tiene por insertado en este apartado.

Asimismo, es importante destacar que todas aquellas reglas del procedimiento, que no estén contempladas en este nuevo capítulo el mismo Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala en su artículo 956, que se deberá estarse a lo regulado en dicho Código.

Del Divorcio.

Como se había señalado, existen diferentes formas contempladas por la Ley para extinguir el matrimonio, dentro de las cuales tenemos:

- a) La muerte.
- b) La nulidad del matrimonio.
- c) El Divorcio, el cual puede ser:
 - a. Administrativo.
 - b. Voluntario.
 - c. Necesario.

La Muerte. Por lo que hace a la extinción del matrimonio a través de la muerte de unos de los cónyuges, no es necesario llevar a cabo procedimiento alguno, por tanto la patria potestad, como la guarda y custodia de los menores hijos procreados durante el matrimonio, pasan a ser derecho y obligación exclusiva del otro cónyuge; lo anterior, se sustenta en lo establecido en el primer párrafo el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal.

“Artículo 414. La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.”.

Nulidad del matrimonio. De acuerdo con la teoría clásica de las nulidades, la ilicitud de un acto jurídico conlleva a la nulidad del mismo, esta puede ser absoluta o relativa; para Rojina Villegas, la nulidad absoluta se caracteriza por ser: “... imprescriptible, inconfirmable y susceptible de intentarse por cualquier interesado.”;⁸⁰ asimismo refiere que la nulidad relativa “... tiene como causas los vicios de la voluntad, incapacidad y la inobservancia de la forma. Se le caracteriza en dicha doctrina clásica como prescriptible, confirmable y que sólo se concede la acción a la parte perjudicada.”⁸¹

Así tenemos, que la legislación regula la nulidad de matrimonio tanto absoluta como relativa; la nulidad relativa, son aquéllas que se encuentran establecidas en los numerales 236 al 241 y del 243 al 247 del Código Civil para el Distrito Federal, esta se presenta cuando ocurren los impedimentos que señala el

⁸⁰ ROJINA VILLEGAS, Op. Cit. p. 318.

⁸¹ Idem.

artículo 156; excepto la bigamia el incesto que son nulidades absolutas imposibles de convalidarse.

Se declarará la nulidad del matrimonio por los siguientes supuestos:

- a) El error de la persona con la que se contrae matrimonio, es decir, cuando un cónyuge piensa que lo contrae con determinada persona y lo celebra con otra distinta, en ésta la persona engañada es la única que puede ejercer la acción dentro del término de treinta días siguientes a la celebración del mismo (es decir es prescriptible), de no hacerlo así, se convalida el acto. (artículo 236 del Código Civil para el Distrito Federal). Es de recordar, que uno de los elementos esenciales del matrimonio es la voluntad de las partes de llevarse a cabo, por lo que sí existe un error en la persona, se impide que exista un consentimiento de celebrarse por lo que el mismo debería ser inexistente y no debería producir efecto alguno.
- b) La celebración del matrimonio entre menores de edad, la cual se convalida una vez cumplido los dieciocho años, si ninguno ha intentado la nulidad (artículo 237).
- c) Por falta de consentimiento de los ascendientes, cuando sean menores de edad los que van a contraer el matrimonio, pudiendo intentarla por los ascendientes dentro de los treinta días siguientes, permitiéndose convalidar el acto con ratificación expresa o tácita (artículo 238 y 239).
- d) La ausencia de consentimiento del Juez o tutor, pudiéndose hacer valer por los cónyuges o tutor dentro de los treinta días siguientes, y validarse si antes de ese término se obtiene la ratificación o autorización del juez (artículo 240).
- e) En caso de parentesco consanguíneo dispensado, el cual se puede revalidar con una ratificación expresa una vez concedida la dispensa y surtirá efectos desde el momento en que se celebró y la acción la tiene cualquiera de los cónyuges, los ascendientes o el Ministerio Público (artículos 241 y 242). Dispensa que se da solo en el parentesco por consanguinidad en línea colateral desigual, en términos del artículo 156.

- f) Por adulterio, se otorga solo al cónyuge ofendido y al Ministerio Público, en caso de disolución del vínculo anterior por divorcio, y solo a éste último si el cónyuge del primer matrimonio falleció, dicha acción debe intentarse dentro de los seis meses siguiente a la celebración del matrimonio de los adúlteros (artículo 243).
- g) Cuando se atente contra la vida de algunos de los cónyuges para quedarse con el que quede libre, la acción la puede ejercer los hijos del cónyuge agraviado o el Ministerio Público, dentro de los sesenta días después de que se celebró el matrimonio el nuevo matrimonio (artículo 244).
- h) Por miedo o violencia que implique perder la vida, honra, bienestar, salud o bienes, que se haya infringido en contra del cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos y colaterales hasta el cuarto grado y que perdure hasta el momento de celebrarse el matrimonio, sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado dentro de los sesentas días desde la fecha en que cesó la violencia o intimidación (artículo 245).
- i) La impotencia para la cópula incurable, según la fracción VIII del artículo 156; enfermedad crónica e incurable, contagiosa o hereditaria, en términos de la fracción IX del numeral 156, misma que sólo podrá ser pedida por los cónyuges en el término de 60 días (artículo 246).
- j) La existencia de alguna enfermedad que refiere la fracción IX del artículo 156, que nos remite al diverso 450 fracción II, que señala que la enfermedad puede ser reversible o irreversible, que por su estado de discapacidad, física, sensorial, emocional, intelectual o mental, no pueda gobernarse por si sólo, ésta nulidad la puede ejercitar el otro cónyuge, el tutor del interdicto, curador, el Consejo Local de Tutelas o Ministerio Público (artículo 246).
- k) La falta de formalidades, necesarias para la validez del matrimonio, la cual puede hacerse valer por cualquiera de los cónyuges o Ministerio Público (artículo 249).

Es importante destacar, que las causales de acción de nulidad antes señaladas son de nulidad relativa, sólo puede ser dilucidada por las personas

señaladas en cada supuesto, sin embargo los herederos podrán continuar con ésta una vez indiciada. (artículo 251).

La nulidad absoluta en el matrimonio, se da con aquellas que reúnan las tres características que enumera el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal que señala:

“Artículo 2224. El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por conformación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.”.

Entonces, tenemos que sólo existen dos causas de nulidad absoluta del matrimonio, que son aquellas señaladas en los numerales 241 y 248 del Código Civil para el Distrito Federal denominadas: incesto y bigamia.

- a) El incesto, segunda figura de nulidad absoluta del matrimonio, se encuentra regulado en el numeral 241, del mismo Código, el cuál estatuye que el parentesco por consanguinidad no dispensado anula el matrimonio, es decir, que éste se pretenda llevar a cabo entre parientes en línea recta ascendiente o descendiente sin limitación de grado, pudiéndose ser el abuelo con la nieta; en línea colateral hasta segundo grado como hermano con media hermana, o línea colateral desigual entre tío y sobrina, y por último por afinidad en línea directa, recordando que este parentesco se extiende con la familia consanguínea de la esposa o concubina y viceversa (artículo 156 fracciones III y IV, del Código Civil para el Distrito Federal), la acción de nulidad la puede hacer valer cualquiera de las partes o Ministerio Público, no habiendo término para ello, ni pudiendo convalidarse con la ratificación, pues la ley no lo permite.
- b) La bigamia regulada en el artículo 248 del Código Civil para el Distrito Federal, se caracteriza por la existencia de un primer matrimonio y la

acción de nulidad la puede hacer valer el cónyuge o hijos tanto del primer matrimonio como del segundo, en caso de no iniciarse el Ministerio Público, tiene la acción; es decir, ésta se puede hacer valer por cualquier parte, en caso de bigamia no puede ratificarse el acto pues, solo es valido el primer matrimonio, aquel que se celebros cumpliendo con los requisitos señalados por la ley, y en consecuencia, al presumirse que existe un engaño, la acción de nulidad del matrimonio por bigamia es imprescriptible.

Para ejemplificar lo anterior, se transcribe la tesis aislada, cuyo rubro y texto es el siguiente:

“MATRIMONIO, NULIDAD DE. CUANDO AÚN SUBSISTA EL PRIMERO, CORRESPONDE AL CÓN-YUGE DEL PRIMERO MATRIMONIO, A LOS HIJOS DE ÉSTE Y A LOS CONTRAYENTES DEL SEGUNDO, SU ACCIÓN RESPECTIVA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Los artículos 395, 396 y 397, fracción IV y 400 del Código Civil para el Estado de Puebla establecen lo siguiente: "Artículo 395. El derecho para demandar la nulidad del matrimonio sólo corresponde a quienes la ley lo concede expresamente, y no es transmisible por acto entre vivos ni por herencia."; "Artículo 396. No obstante lo dispuesto en la última parte del artículo anterior, los herederos podrán continuar el juicio de nulidad de un matrimonio, en el que sea parte la persona a quien heredan."; "Artículo 397. Hay nulidad absoluta del matrimonio. ... IV. Cuando se celebra subsistiendo el matrimonio anterior de uno de los contrayentes." y "Artículo 400. La acción de nulidad por la causa mencionada en los artículos 397 fracción IV y 399, puede deducirse, en todo tiempo, por el cónyuge del primer matrimonio, por los hijos de aquél y por los cónyuges que contrajeron el segundo.". De la interpretación armónica de los preceptos antes transcritos, se

sigue que el derecho para demandar la nulidad de un matrimonio, cuando éste fue celebrado subsistiendo uno anterior, corresponde al cónyuge del primer matrimonio, a los hijos de éste y a los contrayentes del segundo, quienes podrán ejercitar en cualquier tiempo la acción respectiva; y que los herederos únicamente podrán continuar el juicio de nulidad correspondiente en el que sea parte quien les hereda, pero no iniciar éste, puesto que el derecho para demandar la nulidad no es transmisible ni por acto entre vivos ni por herencia. Por tanto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 396 del mismo ordenamiento legal, el heredero o el albacea de la sucesión únicamente puede intervenir en un juicio de nulidad de matrimonio en el que la persona que le hereda es parte, para continuar la controversia, pero no para iniciarla, pues ese derecho legalmente no le corresponde.”⁸²

El procedimiento a través del cual se lleva a cabo la nulidad de matrimonio, en éstos casos, es el ordinario civil, el cual será detallado más adelante cuando se exponga el divorcio necesario, pero entorno a la nulidad de matrimonio, es pertinente señalar que, aunque el mismo sea declarado nulo produce sus efectos entorno a los hijos, en términos de lo señalado por el artículo 255 del Código Civil para el Distrito Federal, que señala:

“Artículo 255. El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles a favor de los cónyuges mientras dure; y todo el tiempo a favor de los hijos.”

Asimismo, en el procedimiento de nulidad de matrimonio, el Juez se encuentra obligado a establecer las medidas provisionales a que refiere el artículo 282, en términos del artículo 258 del mismo Código Civil, medidas precautorias

⁸² Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo XV, Marzo 2002. Tesis Aislada VI.2o.C.230C. p. 1379. Ius 2006. CD.

que tienen la finalidad de proteger todo aquello que constituía la familia formada por los cónyuges, y que en relación a los menores hijos procreados durante el matrimonio, nos es de importancia lo referente en la fracción V, en la cual se establece la determinación de la guarda y custodia provisional de los menores, con el fin de salvaguardar sus derechos de protección, vigilancia, cuidado, techo, educación y hasta alimentos, así como la fracción VI, que determina las medidas que se deben de tomar en caso de existir violencia intrafamiliar.

Una vez determinada la nulidad del matrimonio, el Juez de lo Familiar deberá decretar la guarda y custodia definitiva de los menores, toda vez que como se señaló los derechos de los infantes subsisten a pesar de nulidad lisa y llana del vínculo matrimonial; para ello las partes podrán presentar ante el Juez un convenio en torno a quién será la persona que tendrá la guarda y custodia, o la forma de llevarse a cabo cuando se acuerde compartida, así como visitas, los fines de semana y vacaciones; en caso de no existir acuerdo de las partes, el Juez siguiendo los intereses superiores de los menores, determinarán ésta, oyendo previamente al menor y al Ministerio Público; lo anterior, se encuentra regulado en el artículo 259 del Código Civil para el Distrito Federal, que refiere lo siguiente:

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

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

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

Ahora bien, es pertinente traer a cuenta que es el **DIVORCIO**, el cual deviene de las voces latinas “*divortium*” y “*divirtere*” que significan: “... separarse lo que estaba unido, tomar líneas divergentes”.⁸³

Es decir, divorcio es la separación de dos personas que se encontraban unidas por el matrimonio, y que tiene como consecuencia la separación de los cuerpos.

Para Galindo Garfías: “El divorcio es la ruptura de una matrimonio válido, en la vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas establecidas por la ley”.⁸⁴

En el mismo tenor Guillermo Cabanellas, el cuál es citado por Arellano García, define al divorcio como: “... la ruptura de un matrimonio válido, viviendo ambos esposos.”⁸⁵

Es importante señalar que existen diferentes formas de divorcio contempladas en la ley, mismo que puede llevarse a cabo de manera administrativa o jurisdiccional, lo cual es considerado por Eduardo Pallares al definir al divorcio como: “es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato de matrimonio concluye, tanto con la relación a los cónyuges como respecto de terceros”,⁸⁶ autor que es citado por Arellano García.

Podemos definir al divorcio como una institución jurídica, pues es un conjunto de relaciones jurídicas que tienen como fin disolver de forma legal el matrimonio, ya sea de forma administrativa o jurisdiccional, dando la libertad a los divorciantes de estar en posibilidad de contraer un nuevo matrimonio, determinando las medidas necesarias para la protección de terceros (menores

⁸³ DISCO COMPACTO, DICCIONARIO JURÍDICO 2000, Divorcio.

⁸⁴ GALINDO Garfías, Ignacio. Op. Cit. p. 542.

⁸⁵ Cit. Por. ARELLANO GARCIA, Carlos. Segundo Curso de Derecho Procesal Civil, Procedimientos Civiles Especiales. 3° edición. Porrúa. México, 2000. p. 314.

⁸⁶ Cit. Por. Ibídem, p. 313.

hijos procreados durante la vigencia del matrimonio), así como la liquidación de los bienes adquiridos durante éste.

Por último, vamos a citar el concepto de divorcio que nos expone el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 266, que a la letra dice:

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

Se clasifica en voluntario y necesario. Es voluntario cuando se solicita de común de acuerdo de los cónyuges, y se substanciará administrativa o judicialmente, según las circunstancias del matrimonio. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 de este Código.”.

Divorcio Administrativo. En esta clase de divorcio por sus características especiales, no existe procedimiento en el que se dirima la guarda y custodia de menores de edad, pues no debe haber hijos para que proceda; el mismo para llevarse a cabo se debe estar a los requisitos señalados por el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal, de no ser así el mismo no es procedente.

El trámite del procedimiento se lleva a cabo ante el Juez del Registro Civil, teniendo como requisitos que se exprese la voluntad terminante de las partes de divorciarse, las cuales deberán ser mayores de edad, lo cual se debe acreditar con las copias de actas de nacimiento, así como que se encuentran casados, acreditándolo con la copia del acta correspondiente, así mismo, **los consortes no deberán tener hijos, por consiguiente no deberá estar embarazada la mujer**, lo cual se debe acreditar, y no existir bienes de la sociedad conyugal por liquidar, en caso de haberse casado por ese régimen, igual procede cuando se casan por separación de bienes.

Divorcio Voluntario. En éste los cónyuges inician el procedimiento por mutuo consentimiento, siendo la causal precisamente la voluntad de las partes de disolver el vínculo matrimonial que los une, según se señala en el artículo 267 fracción XVII del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

El divorcio voluntario, es denominado por la doctrina como jurisdicción voluntaria, puesto que en éste no existe el litigio, pero igual que para la celebración del matrimonio se requiere de una determinación judicial para que el divorcio sea legalmente consumado.

El procedimiento, se lleva de la siguiente forma:

1) La primera parte comprende la solicitud de los cónyuges de que sea declarado el divorcio, artículo 675 del Código Procesal de la materia (es importante destacar que aquí no existe una demanda, ni contestación de la misma).

La solicitud se hará por escrito dirigido al Juez de lo Familiar, señalándose el nombre de los comparecientes, domicilio para oír y recibir notificaciones, personas autorizadas para ello, su voluntad de que sea decretado el divorcio, así como un capítulo de hechos, en el cual señalaran fecha de matrimonio anexando copia certificada del mismo, tipo de sociedad, si procrearon hijos o no, si poseen bienes o no, así como un convenio expreso en términos del artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, y de ser el caso anexando inventario de bienes que adquirieron en sociedad conyugal, así como la normatividad o capítulo de leyes jurídicas en la que se sustenta la acción, (denominado fundamentos de derecho), los puntos petitorios y la firma de ambos consortes.

El convenio a que refiere el artículo 273 del Código Civil, se divide en tres partes la primera es referente a los cónyuges, en ésta se especificará el domicilio de cada uno de los cónyuges durante el procedimiento, así como la cantidad de alimentos que un cónyuge debe dar al otro durante el procedimiento y una vez concluido éste, la forma de pago y de garantizarlos, en caso de ser procedente.

La segunda es en relación a los menores, se tendrá que señalar la persona que deberá tener la guarda y custodia de los mismos, así como las condiciones, modos y tiempos y una vez ejecutoriado éste, así como la forma de garantizar la supervivencia de éstos, cantidad que deberá de darse por los alimentos, pago y garantía de los mismos y el incremento el cual puede ser conforme aumenta el salario mínimo.

Y la tercera en relación a los bienes la forma de liquidación de la sociedad conyugal.

Una vez presentada la solicitud, si el Juez encontrase alguna irregularidad solicitará por única vez la aclaración de la misma, (artículo 257 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal) en caso contrario se desechara, o una vez deshogada la prevención admitirá la solicitud, teniendo por presentados a los consortes solicitando el divorcio por mutuo consentimiento, teniendo por señalado domicilio para oír y recibir notificaciones, por autorizadas a las personas, así como por presentados los documentos que se anexaron a la solicitud, señalando fecha y hora para la primer junta de avenencia citando a los cónyuges y al representante del Ministerio Público. (artículo 675).

2) La primer junta de avenencia se llevará en términos del artículo 675 del Código Procesal de la materia, la cual deberá ser señalada después de ocho y antes de quince días siguientes a la solicitud, en esta audiencia se identifica a los cónyuges para descartar una suplantación, así mismo se les exhorta para no seguir con el procedimiento, de insistir se señalará fecha y hora para la segunda junta de avenencia; la cual se realiza como una mera cuestión administrativa, pues muchas veces el Juez no se encuentra en la junta de avenencia, ni ésta cumple con su finalidad de hacer cambiar de opinión a los cónyuges de su decisión por parte de esta autoridad en materia familiar, por lo que debería ser menester del Juez encontrarse presente, y solicitar que las partes le presenten una constancia de que han ido a pláticas familiares de terapia para la siguiente junta, lo anterior con la finalidad de proteger a la familia.

La segunda junta de avenencia se llevará en términos del numeral 676 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la cual deberá ser señalada después de ocho y antes de quince días siguientes a la primer junta, de nuevo exhortando a los consortes, en caso de no desistirse, si en el convenio quedan garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados una vez oído al Ministerio Público al respecto, se dictará sentencia, en caso contrario se solicitará la modificación del convenio a fin de que se garanticen los derechos de los menores.

3) Después tenemos la parte Resolutiva o de Sentencia, en ésta etapa se emite la sentencia, la cual se hará la declaración del divorcio por mutuo consentimiento en términos del convenio al que se refiere el numeral 273 del Código Civil.

4) Por lo que hace a los Recursos, el Código Procesal de la materia, contempla el derecho de recurrir la determinación del Juez a través del Recurso de Apelación, en caso de ser afirmativo el divorcio en forma devolutiva y en caso de negarlo para ambos efectos (artículo 681).

Divorcio Necesario. El Código Civil para el Distrito Federal, nos explica en su numeral 266, que es el divorcio necesario, señalando que es aquél en el que cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundándose en una o más de las causales a que refiere el artículo 267, del mismo ordenamiento legal.

Este tipo de divorcio a diferencia del voluntario o administrativo no existe consentimiento por parte de los dos cónyuges para la disolución del vínculo matrimonial, sino por el contrario, en éste una de las partes fundándose en alguno o algunos de los supuestos que refiere el Código va a solicitar al Juez que se disuelva el vínculo matrimonial, sin que éste de común de acuerdo el otro, o siquiera éste enterado, en este caso, se habla de un litigio, pues aquí si existe una controversia que resolver y se inicia con una demanda, no como en el anterior que era jurisdicción voluntaria.

Se emplea el término “necesario”, puesto que en la relación familiar se están presentando conductas anómalas, dañinas, nocivas tanto para la integridad física como psicológica de los miembros que la componen, como el caso de amenazas, alcoholismo, injurias, etcétera, y toda vez que la familia es la base de la sociedad y nuestras leyes pretenden velar por los derechos de la misma y sobre todo la protección de los hijos que la componen, en darse algunos de los supuestos establecidos en el numeral 267 del Código Procesal de la materia, es necesario que la autoridad competente decrete el divorcio, para mayor claridad de lo anterior, es pertinente traer a cuenta lo señalado por dicho artículo.

“Artículo 267. Son causales de divorcio:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XV. El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desaveniencia;

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

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

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

XIX. El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desaveniencia;

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

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

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

Existen causales de divorcio que implican una sanción para el cónyuge culpable, como castigo de la conducta que está cometiendo, y otras que solamente se debe de conceder el divorcio por ser necesario para el bienestar de las partes como, la fracción IX.

El divorcio necesario, debe ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, los efectos del mismo es la disolución del vínculo matrimonial, las bases de forma de pago, actualización y garantía de los alimentos que debe de dar el cónyuge culpable al inocente en caso de sea acreedor y a los hijos, la designación de la guarda y custodia de los menores hijos que por lo regular se otorga al cónyuge inocente, la posibilidad de contraer nuevas nupcias, y según el caso pueden señalarse medidas para visita de los hijos con la finalidad de evitar violencia.

El procedimiento de Divorcio Necesario, es el siguiente:

1) La primera parte comprende desde la presentación de la demanda, contestación, contra demanda, o en su caso el auto en el que se declare la rebeldía del demandado.

En la demanda, se deberán de señalar los hechos y derechos sobre los que se funda, la pretensión del divorcio, así como la causal del divorcio sobre la que se basa y puntos petitorios, dentro de la demanda de divorcio en caso de haber hijos, se solicitará la guarda y custodia del menor, (como una pretensión más), ofreciendo los medios de prueba con los que se acredita la acción y firma. (artículo 255).

Presentada la demanda con las copias de traslado, una vez cumplidos los requisitos de ley, el Juez admitirá la misma ordenando emplazar al demandado corriéndole traslado de la demanda. (artículo 256).

Asimismo el Juez puede prevenir al demandante, cuando la demanda sea obscura y vaga, para que la aclare y la corrija, una vez hecho esta el Juez admitirá la misma (artículo 257), en caso contrario la desecharía.

El Juez de lo Familiar debe decretar las medidas provisionales necesarias (las cuáles tienen vigencia durante el procedimiento) entre otras, las relacionadas con los menores hijos (con la finalidad de protegerlos), es decir, determinar guarda

y custodia provisional de forma inmediata, lo hayan o no solicitado las partes en términos de lo señalado por la fracción V del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, así mismo los menores tendrán derecho a que se les fije una pensión alimenticia y a que sean escuchados, si sus padres no se ponen de acuerdo para la guarda y custodia, resolviendo en todo caso el Juez de lo familiar tomando en consideración lo señalado por el menor, así como las pruebas que tenga en ese momento y una vez escuchado al Ministerio Público y el representante del Sistema Integral para el Desarrollo de la Familia, para mayor claridad de lo anterior es pertinente traer a cuenta lo señalado por la fracción de referencia:

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

...

V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo éstos compartir la guarda y custodia mediante convenio.

En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.”

Así mismo, los menores tendrán derecho a ser escuchados para determinar el régimen de visitas y convivencia con sus padres, en caso de que estos no tengan la guarda y custodia, en términos de lo señalado por la fracción VI del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal.

En el caso de violencia intrafamiliar, con la finalidad de proteger la integridad física y psicología de los menores, la Ley prevé diversas medidas provisionales que debe decretar el Juez, como la prohibición del padre de

acercarse a los menores y seguimiento de terapias familiares, entre otras (fracción VII del artículo 282).

Dicho derecho se encuentra regulado en el artículo 323 TER, del Código Civil para el Distrito Federal, así como la especificación de lo que se considera violencia familiar señalada en el numeral 323 QUARTER, mismos que señalan, lo siguiente:

“Artículo 323 Ter. Los integrantes de la familia tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física, psicoemocional, económica y sexual y tienen la obligación de evitar conductas que generen violencia familiar.

A tal efecto, contarán con la asistencia y protección de las instituciones públicas, de acuerdo a las leyes para combatir y prevenir conductas de violencia familiar.”

“Artículo 323 Quáter. La violencia familiar es aquel acto u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional, o sexualmente a cualquier integrante de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, y que tiene por efecto causar daño, y que puede ser cualquiera de las siguientes clases:

I. Violencia física: a todo acto intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro;

II. Violencia psicoemocional: a todo acto u omisión consistente en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, insultos amenazas, celotipia, desdén, abandono o actitudes devaluatorias, que provoquen en quien las recibe alteración auto cognitiva y auto valorativa que integran su autoestima o

alteraciones en alguna esfera o área de la estructura psíquica de esa persona;

III. Violencia económica: a los actos que implican control de los ingresos, el apoderamiento de los bienes propiedad de la otra parte, la retención, menoscabo, destrucción o desaparición de objetos, documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos de la pareja o de un integrante de la familia. Así como, el incumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte de la persona que de conformidad con lo dispuesto en éste Código tiene obligación de cubrirlas, y

IV. Violencia sexual: a los actos u omisiones y cuyas formas de expresión pueden ser: inducir a la realización de prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor, practicar la celotipia para el control, manipulación o dominio de la pareja y que generen un daño.

No se justifica en ningún caso como forma de educación o formación el ejercicio de la violencia hacia las niñas y niños.

Para efectos de éste artículo, se entiende por integrante de la familia a la persona que se encuentre unida a otra por una relación de matrimonio, concubinato, o por un lazo de parentesco consanguíneo, en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, colateral o afín hasta el cuarto grado, así como de parentesco civil.”

Una vez emplazado al demandando, este deberá de contestar la demanda dentro de los siguientes nueve días hábiles oponiendo excepciones y defensas, así como anexando documentos que acrediten su dicho y en su caso el nombre de los testigos que así mismo ofrezca, pudiendo en esta etapa contra demandar al actor, (artículo 272 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal),

una vez hecho lo anterior el Juez señalara fecha y hora para la audiencia previa y de conciliación, dentro de los diez días siguientes, en los que el Juez los exhortara a llegar a un convenio de ser así lo aprobará el Juez y será cosa juzgada (artículo 272-A del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

En relación a la audiencia previa y de conciliación, es de señalarse que en ésta las partes puede convenir la disolución del vinculo matrimonial, la guarda y custodia de los menores condiciones y forma de llevarse acabo, así como los alimentos y forma de garantizarlos, y la liquidación de los bienes que se hayan obtenido en la sociedad conyugal, dicho convenio debe de cumplir con los requisitos a que refiere el artículo 273 del Código Civil explicado en el divorcio voluntario, terminándose el litigo.

2) En la etapa probatoria, las partes aportarán las pruebas que así procedan y que hayan ofrecido, sin más limitación que no sean contrarias a la moral o estén prohibidas por la ley (artículo 281 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), el Juez puede allegarse de todas las pruebas que le sean necesarias (artículo 278 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), el cual en relación con el numeral 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, tenemos que el Juez tiene la facultad discrecional de allegarse de todas las pruebas necesarias para dirimir la controversia y en caso de familia, en busca del beneficio de los menores, en razón de ello se insiste en la modificación del artículo 941 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, para el efecto de que el Juzgador se encuentre obligado a solicitar el auxilio de especialistas en materia de psicología del la Unidad de Trabajo Social del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, para realizar los exámenes pertinentes tanto a los padres como a los menores hijos con la finalidad de tener mayor certeza para resolver el incidente de guarda y custodia, o en su caso solicitar la incorporación a terapias familiares y poder así asegurar el beneficio de los menores. Se llevará acabo la audiencia de ley, de pruebas y alegatos (artículo 398 del Código de Procedimientos Civiles para

el Distrito Federal), los cuales se pueden exponer verbalmente o por escrito, posteriormente se citará para oír sentencia.

Por lo que hace al ofrecimiento y desahogo de la prueba pericial en específico la de psicología, materia de la presente tesis, el desarrollo del contenido de la misma se abordó a fojas 83 a 90 del presente trabajo; no obstante lo anterior, y toda vez que a diferencia de la controversia del orden familiar el procedimiento de divorcio se lleva a cabo con las reglas del procedimiento ordinario civil, se expondrá las particularidades en cuanto al ofrecimiento y desahogo de dicha probanza.

Las partes en la presentación de la demanda inicial, así como de la contestación de la misma pueden señalar que para acreditar los hechos narrados, se deberá de llevar a cabo una pericial, la cual deberá ofrecerse dentro del término señalado en el Código Procesal de la materia para ofrecer pruebas, que es de 10 días comunes, mismo que se acordará a más tardar el día siguiente de la audiencia previa, de conciliación y de excepciones procesales si no se llegó algún convenio (artículo 290), la cual debe relacionarse con cada uno de los hechos que se pretende acreditar, con posterioridad el Juez admitirá las prueba y procederá a su recepción y desahogo, la recepción se hará en la audiencia en que se cita a las partes para tal efecto en el auto de admisión, la cual deberá ser dentro de 30 días a más tardar, con excepción de que en el juicio de divorcio se haga valer las causales señaladas en las fracciones XI, XVII o XVIII del artículo 267 del Código Civil, se citará para la audiencia de recepción de pruebas dentro de los quince días siguientes, desahogándose las que se encuentren preparadas y señalando fecha y hora para las pendientes (artículo 299).

Las partes al momento de ofrecer la prueba pericial deberán de señalar la ciencia, arte, oficio u industria del cual se va a practicar, los puntos sobre los que debe versar la pericial, las cuestiones que se deben de resolver, así como el la cedula profesional que acredite la calidad de perito, nombre y domicilio, relacionándola la misma con los hechos que se pretendan acreditar; en caso de no

cumplirse con dichos requisitos el Juez tienen la facultad de desecharla de plano, una vez admitida los oferentes de los peritos dentro del término de tres días, deberán de presentar un escrito en donde acepten el cargo y protesten su desempeño, manifestando que conocen los puntos controvertidos así como el hecho de que tiene capacidad para presentar su dictamen dentro de 10 días, en caso de no presentar su aceptación dará lugar a que el Juez designe un perito tercero en discordia, si no presentaren el dictamen se tendrá por desahogada dicha pericial con la presentada por el perito de la parte contraria, en caso de que existan peritajes contradictorios el Juez designará un perito tercero en discordia, previo darle vista al Ministerio Público, para la investigación de la probable comisión de un ilícito, lo anterior en términos de lo señalado por el artículo 347 del Código de Procedimientos Civiles, que a la letra dice:

“Artículo 347. Las partes propondrán la prueba pericial dentro del término de ofrecimiento de pruebas, en los siguientes términos:

I. Señalarán con toda precisión la ciencia, arte, técnica, oficio o industria sobre la cual deba practicarse la prueba; los puntos sobre los que versará y las cuestiones que se deben resolver en la pericial, así como la cédula profesional, calidad técnica, artística o industrial del perito que se proponga, nombre, apellidos y domicilio de éste, con la correspondiente relación de tal prueba con los hechos controvertidos;

II. Si falta cualquiera de los requisitos anteriores, el juez desechará de plano la prueba en cuestión;

III. En caso de estar debidamente ofrecida, el juez la admitirá, quedando obligados los oferentes a que sus peritos, dentro del plazo de tres días, presenten escrito en el que acepten el cargo conferido y protesten su fiel y legal desempeño, debiendo anexar copia de su cédula profesional o documentos que acrediten su calidad de perito en el arte, técnica o industria para el que se les designa, manifestando, bajo protesta de decir verdad, que

conocen los puntos cuestionados y pormenores relativos a la pericial, así como que tienen la capacidad suficiente para emitir dictamen sobre el particular, quedando obligados a rendir su dictamen dentro de los diez días siguientes a la fecha en que hayan presentado los escritos de aceptación y protesta del cargo de peritos;

IV. Cuando se trate de juicios sumarios, especiales, o cualquier otro tipo de controversia de trámite específicamente singular, las partes quedan obligadas a presentar a sus peritos dentro de los tres días siguientes al proveído en que se les tenga por designados para que se cumpla con lo ordenado en el párrafo anterior, los cuales quedan obligados, en estos casos, a rendir su dictamen dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que hayan aceptado y protestado el cargo;

V. Cuando los peritos de las partes rindan sus dictámenes, y éstos resulten substancialmente contradictorios, se designará al perito tercero en discordia tomando en cuenta lo ordenado por el artículo 349 de este código;

VI. La falta de presentación del escrito del perito del oferente de la prueba, donde acepte y proteste el cargo, dará lugar a que el juez designe perito en rebeldía del oferente. Si la contraria no designare perito, o el perito por ésta designado, no presentara el escrito de aceptación y protesta del cargo, dará como consecuencia que se tenga a ésta por conforme con el dictamen pericial que rinda el perito del oferente.

En el supuesto de que el perito designado por alguna de las partes, que haya aceptado y protestado el cargo conferido, no presente su dictamen pericial en el término concedido, se entenderá que dicha parte acepta aquél que se rinda por el perito de la contraria, y la pericial se desahogará con ese dictamen. Si los peritos de ambas partes, no rinden su dictamen

dentro del término concedido, el juez designará en rebeldía de ambas un perito único, el que rendirá su dictamen dentro del plazo señalado en las fracciones III o IV, según corresponda.

En los casos a que se refiere el párrafo anterior, el juez sancionará a los peritos omisos con multa equivalente a sesenta días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal;

VII. Las partes quedan obligadas a pagar los honorarios de los peritos que hayan nombrado, a excepción de lo que establece el último párrafo del artículo 353, así como a presentarlos cuantas veces sea necesario al juzgado. También quedarán obligadas a presentar el dictamen pericial dentro del plazo señalado, debiendo presentar los peritos el original de su cédula profesional, o de los documentos anexados a sus escritos de aceptación y protesta del cargo;

VIII. Las partes en cualquier momento podrán convenir en la designación de un solo perito para que rinda su dictamen al cual se sujetarán, y

IX. También las partes en cualquier momento podrán manifestar su conformidad con el dictamen del perito de la contraria y hacer observaciones al mismo, que serán consideradas en la valoración que realice el juez en su sentencia.”

Es importante destacar que durante todo el procedimiento, es escuchado el Ministerio Público, y la valoración de la prueba pericial queda al libre arbitrio del Juez.

3) De la Resolución o Sentencia, en ésta etapa se emite la sentencia, la cuál deberá dictarse en la audiencia de ley o dentro de los quince días siguientes, y la citación de la misma, plazo que podrá ser ampliado por ocho días, la cual debe de resolver todas las prestaciones (artículo 87), y sobre todo lo relativo a los

menores de edad, en términos del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal que señala:

“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.”

Decretada la sentencia de divorcio necesario, el Juez deberá de tomar todas las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes con los menores hijos, quedando obligados los excónyuges a contribuir con los alimentos, educación y protección de los hijos. (artículo 287 del Código Civil para el Distrito Federal). Es importante destacar que el Juez de lo Familiar, se encuentra obligado a proteger a los menores, por lo que, si en la

demanda de divorcio no se señaló como pretensión la guarda y custodia, el mismo debe de determinarla, sirve de base a lo anterior, la Tesis emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito, cuyo rubro y texto es el siguiente:

“DIVORCIO NECESARIO. AÚN CUANDO NO SE DECRETE LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL, EL JUZGADOR SE ENCUENTRA OBLIGADO A RESOLVER SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA Y PENSIÓN ALIMENTICIA RESPECTO DE LOS HIJOS. Si bien es cierto que el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal dispone que en la sentencia de divorcio se fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según sea el caso y, en especial, a la custodia y al cuidado de los hijos, sin embargo, también lo es que cuando en una demanda de divorcio, además de la disolución del vínculo matrimonial, se reclaman otras prestaciones, como la guarda y custodia y pensión alimenticia en favor de los hijos, las autoridades de instancia se encuentran obligadas a pronunciarse sobre estas cuestiones, pese a que no se decrete la disolución del vínculo matrimonial, pues aunque los juicios de divorcio necesario se ventilen a través de la vía ordinaria civil, y la guarda y custodia, y pensión alimenticia, entre otras, se diriman a través de una controversia del orden familiar, no implica que éstas no puedan reclamarse e intentarse en una sola demanda, atento a lo dispuesto por el artículo 31 del código adjetivo civil, que establece que cuando haya varias acciones contra una misma persona, respecto de una misma cosa y que provengan de una misma causa, deben intentarse en una sola demanda. Por tanto, el hecho de que la prestación principal demandada en el juicio de origen haya sido la disolución del vínculo matrimonial, basada fundamentalmente en la causal de

divorcio prevista en la fracción XII del artículo 267 del Código Civil, que alude al abandono de los deberes de asistencia familiar, además de las prestaciones en cita, es factible que éstas, aun cuando pudieran también ser acciones independientes y autónomas, se ventilen en la misma demanda de divorcio, pues se dirigen contra una misma persona y provienen de una misma causa, como es el incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, ya que la fijación de una pensión alimenticia y la guarda y custodia definitiva no dependen necesariamente de la acreditación o no de esa causal de divorcio, sino que igualmente constituyen una acción autónoma y no subsidiaria de ésta, dada la autonomía del derecho que les da origen y de la finalidad que persiguen, que en una es rescindir el vínculo matrimonial que une a los consortes, y en otra obtener de los ascendientes o cónyuges obligados el sustento necesario para cubrir los satisfactores que la ley establece y lograr que los menores tengan un mejor desarrollo social, cultural, intelectual y armonioso con el progenitor que más convenga a ese interés; de ahí que conforme a lo dispuesto por el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el juzgador se encuentre obligado a resolver sobre tales prestaciones que fueron objeto del debate, aun cuando la acción de divorcio no hubiese prosperado.”⁸⁷

4) De los Recursos, el Código Procesal de la materia, contempla el derecho de recurrir la determinación del Juez a través del Recurso de Apelación, el cuál deberá interponerse en la forma y términos previstos por el artículo 691.

⁸⁷ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo XXI, Enero 20025. Tesis Aislada I.1o.C.44C. p. 1759. Ius 2006. CD.

3.4. Casos prácticos.

En este apartado se expondrán dos casos en los que fue dirimida la guarda y custodia de menores, en donde se apreciará la diferencia esencial entre una resolución que fue emitida sin tomar en consideración el daño psicológico que ha sufrido una niña en un ambiente de violencia física y emocional por parte de los dos padres, y otro en el que se ordenó la realización de un estudio en materia de psicología a los solicitantes de la guarda y custodia de los menores para su determinación.

Es importante destacar que existe diferencia de criterios para resolver por parte de nuestros jueces, se da en virtud, de que los mismos viven y conviven en un ambiente social determinado, cuyas creencias religiosas, costumbres familiares, cultura, etcétera, influyen en su personalidad, por lo que su forma de pensar es distinta. No obstante ello, consideró que en materia de familia, pero sobre todo en derecho de los niños las autoridades deberían tomar todas las medias necesarias que tengan a su alcance para proteger los derechos de los menores, dicho de forma coloquial exprimirle el jugo a nuestras legislaciones que día a día han ido modificándose con el fin de regular situaciones jurídicas concretas que se dan en la sociedad cambiante.

No hay que olvidar que nuestros Jueces se deben de allegar de todos los medios y elementos necesarios para encontrar a la verdad jurídica, por lo que además de aplicar las normas en su sentido estricto, se debe de utilizar los medios científicos como la aplicación del examen en materia de psicología, según la propuesta de la presente tesis, aplicados por psicólogos de la Unidad de Trabajo Social del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, para determinar si existen conductas patológicas en la familia y de ser así, poder determinar quién de los integrantes la está provocando y sobretodo poder determinar los daños psicológicos que se están ocasionando al menor y las consecuencias que éste podría en su caso tener de seguir conviviendo en ese ambiente viciado, así como

tomar las medidas necesarias que lleven a la protección de los derechos de los niños.

Antes de citar casos antes aludidos, es conveniente destacar que no serán precisados los siguientes datos: el número de juicio, el Juzgado que resolvió el asunto, ni nombre de las partes, lo anterior en cumplimiento a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información del Distrito Federal, por los que los mismos serán alterados.

PRIMER CASO.

“En el año dos mil cinco, le fue planteada a la Juez Familiar del Distrito Federal, una demanda de guarda y custodia promovida por el padre de la menor ‘Ángy Monsalvo’, de 9 años de edad, en virtud de que un día la madre de la menor la llevó a su hogar diciéndole que estaba harta de ella, informándole la niña a su padre que la había golpeado su progenitora, lo cuál fue denunciado ante el Centro de Atención de Violencia Intrafamiliar, en donde se tomó la medida de otorgarle terapias psicológicas a la menor, además de que un día la madre se llevó a la niña al cine junto con otra persona de sexo masculino informándole la niña a su padre que su progenitora la había amenazado con que no le contará lo del señor a su papá, además de que a la niña no le gustaba salir con ese señor; al contestar la demanda la señora ‘Mirasol Ávila’, señaló que es falso lo señalado y que su contraparte tiene depresión severa misma que se ha estado tratando, tan es así que un día que le fue a dejar a la niña para que la cuidara, se enteró que no lo hizo, pues debido a su depresión fue internado y la niña se quedó con unos vecinos, por dicha situación fue levantada la denuncia correspondiente, señalando la demandada que no le pega a la niña y el señor que refiere su contraparte sólo es un conocido. Posteriormente la menor se entrevistó con la Juez, en donde le dijo que ella quería vivir con su padre, porque su mamá le pegaba, entre otras cosas; se tuvo por confesa de los hechos a la demandada pues no se presentó a la confesional, se desahogaron las pruebas, resolviéndose en el mes de agosto de dos mil seis, señalándose que se decreta la guarda y custodia definitiva de la

menor a favor de su madre, misma que se ejercerá en su domicilio tomando en consideración la edad y el sexo, sin ser trascendente para la resolución lo señalado por la menor en su entrevista y que la denuncia señalada por el actor no tiene sustento legal para determinar que se ejerza violencia sobre la niña, pues aún no ha sido resuelta, señalando el régimen de visitas para el padre.”⁸⁸

En este caso, no imperó la voluntad de la menor para determinarse la guarda y custodia, y aunque existió un antecedente de violencia y otro de descuido a la menor por parte de los progenitores, la Juez no tomó estos como indicios para solicitar la práctica de estudios psicológicos tanto a la niña como a las partes del juicio, a fin de corroborar los hechos narrados, en cumplimiento a las facultades otorgadas en el numeral 283 del Código Civil para el Distrito Federal; es decir, de allegarse de las pruebas necesarias para saber la verdad de los hechos, y poder poner a la niña en manos de la persona adecuada, pues como se vió sólo se limitó a cumplir de lo establecido en ese entonces en la fracción V del artículo 282 del mismo ordenamiento legal, dando la guarda y custodia de la niña a la madre por ser la edad de la menor, sin indagar de acuerdo con la facultad que expresamente le confiere el referido artículo 283, el buscar lo más benéfico para la menor; es decir que no existe la certeza de que la niña crecerá en un ambiente sano; lo anterior, al faltar un medio de prueba que consideró esencial para que se determine quien es la persona más apta para ejercer la guarda y custodia, dicha probanza es la pericial en psicología, pues de los resultados que arroje se podría tener mayores elementos junto con las demás pruebas para poder determinar quién puede otorgarle la estabilidad física y psicológica necesaria para su desenvolvimiento en lo individual y por ende en lo colectivo, esto en cumplimiento a lo establecido en el artículo 941 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en donde se regula el interés superior del menor.

⁸⁸ NOTA.- En cumplimiento a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información del Distrito Federal, se omitieron los datos verdaderos, de la sentencia citada, cita contextual.

SEGUNDO CASO.

“En el año dos mil cinco, le fue planteada la Juez Familiar del Distrito Federal, una demanda de guarda y custodia promovida por el padre de la menor ‘Perla Juárez’, de 11 años de edad, en virtud de que, podría darle mayores oportunidades de vida a la menor viviendo con él en el Distrito Federal, además de que la quería mucho y extrañaba pues su contraparte no se la dejaba ver siempre; al contestar la demanda la señora ‘Lucero Pérez’, señaló que la niña se encontraba bien bajo su cuidado que iba bien a la escuela, y que cambiarla de lugar de residencia sería malo para ella, además de que su padre no la quiere tanto como señala pues casi no la visita en Colima su lugar de residencia, solicitando se le hiciera examen psicológico al padre para que del mismo se determinará si puede estar con la niña. Posteriormente la menor se entrevistó con la Juez, en donde le dijo que ella quería seguir viviendo con su mamá; después de ello, con las facultades que enviste la Juez y con lo señalado por la parte demandada, consideró pertinente se ordenará la realización de un examen de psicología al actor por parte de la Unidad de Trabajo Social del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, mismo que le fue practicado y del cuál se arrojó que el accionante no quería a la menor, sino que su intención era ahorrarse su tiempo de ir a verla hasta Colima, además de que tenía tendencia a la agresividad por presentar una personalidad bipolar; resolviéndose en el mes de marzo de dos mil seis, en donde se decretó improcedente la acción de guarda y custodia propuesta, pues el actor no se encuentra en aptitud de ejercer dicho derecho; confirmándole la guarda y custodia definitiva de la menor a favor de su madre, misma que se ejercerá en su domicilio tomando en consideración que la misma le brinda lo necesario para su desarrollo.”⁸⁹

En este caso, vemos que la Juez actúo de conformidad con sus facultades como protector de los derechos de la familia, allegándose de los medios de prueba que creyó pertinentes para saber la verdad jurídica de los hechos, y para poder

⁸⁹ NOTA.- En cumplimiento a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información del Distrito Federal, se omitieron los datos verdaderos, de la sentencia citada, cita contextual.

estar en facultad de resolver la guarda y custodia de la menor, solicitando la realización de la pericial en psicología al actor, padre de la menor, para poder conocer si él mismo, tenía la capacidad de otorgarle a la menor la estabilidad física y psicológica que necesita para su desenvolvimiento en lo individual y por ende en lo colectivo, esto en cumplimiento a lo establecido en el artículo 941 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en donde se regula el interés superior del menor.

Como podemos ver, la realización del examen en materia de psicología a las partes por parte de la Unidad de Trabajo Social del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, junto con las demás probanzas que se encuentran en el expediente, se puede tener mayor certeza de la verdad jurídica de los hechos y de que la decisión tomada para poner en guarda y custodia a un menor, sea realizado siempre buscando la protección de sus derechos.

CAPÍTULO 4.

DE LAS VENTAJAS DE LA APLICACIÓN DE PERICIALES EN PSICOLOGÍA PARA EL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR.

En el presente capítulo veremos el tratado internacional al que nuestro país se ha sometido, que dio lugar a la expedición de leyes federales y locales que buscan proteger los derechos de los niños; no es óbice a lo anterior, destacar que esos derechos no sólo se limitan a brindarles un techo, alimentos, educación, recreación y salud física, sino que además implica proporcionarles un sano desarrollo psicológico, a través normas morales y religiosas, y sobre todo confianza y amor.

Por ello en razón, a que en los procedimientos en que se dirimen la guarda y custodia el Juez de lo Familiar, puede entrevistar a los menores para el efecto de conocer su entorno familiar y el comportamiento de sus padres para con ellos, y tomando en cuenta que muchas veces de esta entrevista se determina dicha guarda y custodia, no podemos pasar por alto que aunque la misma se lleva a cabo sin presencia de los padres para evitar la coacción, se puede dar el caso de que los niños sean mal aconsejados por sus padres; y el Juez Familiar no es perito en materia de psicología, por ello no se encuentra en aptitud de saber si los niños han sido manipulados o estén callando agresiones físicas o psicológicas; en atención a dichas posibilidades en cumplimiento a la tutela de interés superior del menor, se deben realizar exámenes periciales en materia de psicología tanto a las partes como a los menores, para poder así tener la certeza de entregar al menor con la persona más apta que le ayudará a formarse sanamente.

4.1. Situación Jurídica de los menores de edad durante el procedimiento de guarda y custodia.

Los menores de edad en un procedimiento donde se dirime su guarda y custodia, no tienen intervención directa en el mismo, aunque tienen el derecho de ser escuchados en todo momento, ser representados por el Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal y el Ministerio Público, que siempre debe velar la

protección de sus derechos, buscando que la decisión que tome la autoridad correspondiente o los padres de los niños en caso de convenio, sea la mejor; es decir, que con la misma se cumpla con la protección, vigilancia, posesión, cuidado físico, cuidado psicológico y la satisfacción de sus necesidades, en cumplimiento a lo señalado en el numeral 941 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que medularmente refiere: "...El Juez de lo Familiar oyendo la opinión del Representante Social y valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, pudiendo incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, determinará a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad. --- Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor.", el cual en términos de lo señalado por Pérez Duarte, es: "Interés superior de la niñez supedita con mayor claridad los derechos que las personas adultas pudieran tener sobre un niño o niña al deber de atenderlos y cuidarlos, debiendo, en el cumplimiento de su deber, buscar siempre el mayor beneficio posible para ellos, como imperativo de la comunidad hacia las personas que ejercen la patria potestad. Con ello, la función social es algo explícitamente de orden público e interés social."⁹⁰

Asimismo se debe destacar, que los legisladores para mayor protección de la niñez, plasmaron en el Código Civil para el Distrito Federal, que es el interés superior de los menores, o mejor dicho que abarca dicho interés, lo anterior en su artículo 416 Ter, que a la letra dice:

Artículo 416 Ter. Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;

⁹⁰ PEREZ Duarte, Alicia. Derecho de Familia Mexicano. Fondo de Cultura Económica. México, 1994. p. 358.

II.- El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;

III.- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;

IV.- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y

V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.”

Ahora bien, una vez señalado que es el interés superior de los niños que debe velar el Juez de lo Familiar así como el representante del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal y el Ministerio Público dentro del procedimiento, además tienen derecho a que el Juez tome las medidas precautorias necesarias para su protección; asignando la persona que tendrá la guarda y custodia, así como el derecho de visita y convivencia con ambos padres, en términos de lo señalado por la fracción V del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, el aseguramiento de su sustento.

Asimismo, en caso de existir violencia familiar, se deberá acatar lo señalado por la fracción VII del referido numeral 282, ordenando el Juez las siguientes medidas preventivas: la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar; la prohibición del cónyuge demandado de ir a lugar determinado, como lo es el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados; así como acercarse al resto de la familia a la distancia que el propio Juez considere pertinente; lo anterior, con la finalidad de proteger la integridad física y psicología de los menores.

Ahora bien, en caso de existir violencia intrafamiliar el Juez deberá obligar a los padres a someterse a terapias familiares mismas que involucran la convivencia

el sano desarrollo con los niños en términos de lo señalado por el numeral 283 del Código Civil para el Distrito Federal.

Siendo importante destacar que los menores durante el procedimiento tienen el derecho en todo momento de ser escuchados.

En resumen, durante el procedimiento de guarda y custodia, los menores de edad se verán afectados para bien o para mal, por la resolución que tome el Juez en el juicio o en su caso sus padres en caso de existir acuerdo por parte de ellos, pues aunque no sean parte directa en litis, su protección, vigilancia, posesión, cuidado físico y psicológico y la satisfacción de sus necesidades, son el fondo de la controversia, motivo por el cual sus derechos son representados por el Ministerio Público, por ende se deben de agotar todos y cada uno de los medios de prueba que la ley otorga, ya que al no hacerlo no tendría ninguna razón de existencia las normas jurídicas que tienden a regular los derechos de los menores, situación en la que se abundara en el siguiente apartado.

4.2. Derecho de los menores.

El derecho de los menores se ha reconocido en todo el globo terráqueo; lo anterior, por la falta de madurez tanto física como mental del menor, por ello la necesidad de protección por parte de la familia, así como de la sociedad y de las autoridades a los mismos.

Dicho derecho de protección de los menores, encuentra su base en un principio de natural de protección a los miembros más débiles de la familia, siendo los niños los que llevarán el rumbo de la humanidad, es por ello que es de trascendental importancia brindarles, protección y respeto a sus derechos.

En tal sentido, derivado de la necesidad de protección hacia los menores, se llevó a cabo en 1924, la Declaración en Ginebra sobre los Derechos del Niño; asimismo en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en la cual señala que: “el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado

especiales, incluso la debida protección especial, tanto antes como después del nacimiento,”. Dicho derecho fue reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en busca del bienestar de la infancia.

Dichos principios y finalidades fueron acogidas en la Convención Sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, misma que fue aprobada por la Cámara de Senadores de nuestro País el 19 de junio de 1990, comprometiéndose a tomar todas las medidas necesarias para velar por los derechos de los niños, a través, de las autoridades competentes, Instituciones públicas o privadas, fomentando el respeto a los derechos de los niños con la sociedad y familia.

Es importante destacar, que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 4, establece como garantía constitucional, el desarrollo integral, el respeto a la dignidad y derechos de la niñez, el cuál para mayor precisión es pertinente traer a cuenta.

"Artículo 4o. ...

....

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

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

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

4.2.1. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Dicha Convención, como ya fue señalado se basa en el principio de protección de los menores, expuesto en la Declaración en Ginebra de 1924, sobre los Derechos del Niño, asimismo en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, fue aprobada por la Cámara de Senadores de nuestro País el 19 de junio de 1990, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de julio de ese mismo año, ratificada por el Ejecutivo Federal el 21 de septiembre siguiente, comprometiéndose México a su observancia obligatoria.

En dicha Convención, se plasman los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, de que la libertad, la justicia, y la paz, se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Lo anterior, con la finalidad de reconocer a la familia como el grupo fundamental de la sociedad, y el medio natural de crecimiento y desarrollo de todos sus miembros, sobre todo de los niños, buscando que éstos crezcan en el seno familiar en un ambiente de amor, felicidad y comprensión, toda vez que debe estar preparado para una vida independiente en sociedad e inculcarle los ideales de espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

Para lograr lo anterior, y estando conscientes en la necesidad de proporcionar al niño protección por su falta de madurez física y mental, se convino que los Estados partes de la Convención anteriormente citada, deberán de proteger a los niños, siendo considerados así a todos aquellos que no hayan cumplido la mayoría de edad, protección que se deberá de dar sin distinción de

impedimentos físicos, sexo, edad, color, raza, situación económica, o religión, atendiendo siempre el interés superior de los menores, obligaciones a tomar medidas administrativas, legislativas y de otra índole para garantizar dichos derechos, respetando siempre la responsabilidad derechos y obligaciones de los padres, familia u personas que tengan a su cargo a los menores.

Asimismo, nos refiere Díaz de León, que en dicha Convención se reconoce: “...que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión;”⁹¹

Teniendo el niño derecho a la vida, supervivencia y desarrollo (Artículo 6); así como a la identidad, a través de su registro para tener nombre, nacionalidad, y vinculación con sus padres que deberán de cuidar de él. (Artículo 7 y 8); velando en todo el tiempo el Estado a no separar a los niños de sus padres, excepto por resolución de una autoridad, en caso de ser necesario para su buen desarrollo (Artículo 9); garantizando el respeto de derechos y obligaciones para ambos padres de crianza, dando el apoyo a los padres que trabajan con instituciones de guarda de los niños (Artículo 18).

Respetando en todo el tiempo el derecho del niño de expresarse, pensar, y elegir libremente y de informarse. (Artículos 12, 13, 14, 15 y 17).

Asimismo, la Convención obliga a los Estados partes a adoptar las medidas necesarias, para proteger al niño contra el perjuicio, abuso físico o mental, descuido, trato negligente, malos tratos, explotación, abuso sexual de parte de las personas que tiene su custodia, debiendo tener, para ello procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con el objeto de asistir a los niños y evitar que se siga dando o se de en un futuro unas de estas conductas. Teniendo derecho los niños a la protección del Estado, el cual deberá detentar entre otras facultades, la posibilidad de hogares de guarda o la

⁹¹ DIAZ de León, Marco Antonio. Delincuencia Intrafamiliar y Delitos Contra Derechos de Autor. Porrúa. México, 1998. p. 70.

entrega en adopción de los menores en un hogar donde se proteja a éstos (Artículos 19 y 20).

De igual forma los menores de edad tienen el derecho a la salud, misma que deberá brindar el Estado (Artículos 24 y 26), así como un adecuado nivel de vida, para el desarrollo físico, mental y emocional, estando obligados a cumplir con ese derecho tanto la sociedad como las personas que tienen la custodia, debiendo el Estado garantizar una pensión alimenticia que avale un adecuado nivel de vida (Artículo 27).

Los Estados partes están obligados a brindar educación primaria gratuita, así como secundaria y ofrecer a los niños el acceso al nivel superior (Artículo 28).

El Estado se encuentra obligado a proteger a los niños contra todo tipo de explotación (Artículo 34), y evitar que los menores sufran torturas o penas crueles e inhumanos, y que les sea privada de su libertad ilegalmente (Artículo 37).

Asimismo, se encuentra obligado el Estado a realizar todas las medidas necesarias para promover la recuperación física y psicológica, así como la reintegración social del niño, que haya sido víctima de abandono, explotación, abuso, tortura o tratos denigrantes (Artículo 39).

De igual forma el Estado debe velar porque los niños que sean sujetos de procedimientos penales, tengan una debida defensa y respeto a sus derechos (Artículo 40).

Para garantizar el cumplimiento de lo señalado por esta Convención se creó un Comité de los Derechos del Niño, el cual revisará el informe sobre las medidas que han tomado las partes en razón a los derecho de los menores de edad.

Dicha Convención, ha sido tomada como fundamento para dirimir controversias de guarda y custodia, y ha sido fundamento del criterio jurisprudencial, cuyo rubro y texto es el siguiente:

“GUARDA Y CUSTODIA. DEBE DETERMINARSE CONSIDERANDO EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CONFORME A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.- El derecho a la guarda y custodia de una niña, niño y adolescente, implica considerar no sólo las pruebas ofrecidas por las partes con las que pretendan demostrar una adecuada capacidad para el cuidado del menor, sino que atendiendo al beneficio directo de la infancia, el juzgador también debe considerar el interés superior de la niña, niño y adolescente como presupuesto esencial para determinar quién tiene derecho a la guarda y custodia. Ello, porque conforme a lo dispuesto por el artículo 4o. constitucional que establece el desarrollo integral, el respeto a la dignidad y derechos de la niñez, así como los artículos 3o., 7o., 9o., 12, 18, 19, 20 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México el veintiuno de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, que establece que los Estados garantizarán que los tribunales judiciales velen por el interés superior del niño, los juicios en los que se vean involucrados derechos inherentes de las niñas, niños y adolescentes, como el caso en que se demande la guarda y custodia, debe tenerse como presupuesto esencial el interés superior del niño y darle intervención al Ministerio Público, para que en su carácter de representante de la sociedad, vele por los derechos de los infantes y adolescentes.”⁹²

4.2.2. Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Esta Ley Federal, del 28 de abril de 2000, fue emanada en cumplimiento a lo señalado por el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos

⁹² Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo XVI, Octubre 2002. Jurisprudencia II.30.C,J/4. p. 1206. Ius 2006. CD.

Mexicanos, la cual se expide con la finalidad de garantizar a los niños, niñas y adolescentes la tutela y el respeto a sus derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución; dando la facultad a todos los niveles de gobierno para el efecto de expedir leyes dirigidas a dar cumplimiento a lo señalado en ésta, misma que cumple lo estipulado en Convención Sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Dicha normatividad esta dirigida a la protección de los niños que no han cumplido los 12 años y a los adolescentes de los 12 a los 18 años incompletos (artículo 2), tiene como objetivo asegurarles un desarrollo pleno e integral, dándoseles la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad (artículo 3).

Siendo los principios rectores de la protección, los enumerados en el artículo 3, que señala: el interés superior de la infancia va encaminado a procurar cuidados y asistencia que requieren los niños para lograr un crecimiento y un desarrollo pleno dentro de un ambiente de bienestar familiar y social; artículo 4, la no discriminación, la igualdad, el derecho de vivir en familia, una vida libre de violencia, la corresponsabilidad de protección de los miembros de la familia, Estado y sociedad y la tutela de los derechos humanos y garantías individuales.

En tal sentido, es deber de la Federación, Distrito Federal, Estados y Municipios, impulsar una cultura de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, asegurando la protección, el ejercicio de sus derechos y la toma de medidas necesarias para su bienestar, así mismo se promoverá la adopción, y se tomaran medidas de protección para que no vivan carente o privados de sus derechos, insertarlos en servicios y programas (artículo 5 al 8).

Señalando como obligaciones de los padres, tutores o custodios, proporcionares una vida digna, satisfacer las necesidades de alimentación, el pleno armónico desarrollo de su personalidad en el seno de su familia, escuela, sociedad e instituciones, protegerlos del maltrato, perjuicio, daño, agresión, abuso,

trata y explotación, tratarlo con respeto y dignidad, cuidarlo, atenderlo y orientarlo. (artículos 10 al 13):

Recalcando que los derechos de los menores de edad son el de prioridad, en protección y socorro, e igualdad de condiciones (artículo 14); el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo (artículo 15); el derecho a la no discriminación, en razón de sexo, raza, color, idioma, lengua o religión, origen étnico, nacional o social, posición económica, discapacidad, etcétera (artículo 16); el derecho de vivir en condiciones de bienestar para obtener un sano desarrollo psicofísico (artículos 19 y 20); el derecho a ser protegido en su integridad, en su libertad, y contra el maltrato y abuso sexual (artículo 21); el derecho a la identidad, a través del nombre, nacionalidad, filiación origen y pertenecer a un grupo cultural (artículo 22); el derecho a vivir en familia, siendo privado de esto, sólo mediante sentencia u orden preventiva judicial, en casos en los que se ponga en riesgo el bienestar de los menores de edad, teniendo derecho a la protección del Estado (artículos 23 y 24); el derecho a la salud (artículo 28); derecho de cuidados y protección especial a los niños con incapacidad (artículos 29 al 31); derecho a la educación (artículo 32); derecho al descanso y la juego (artículos 33 al 35), al de libertad de pensamiento y derecho a una cultura propia (artículos 36 y 37); derecho a participar (artículos 39 al 42); derecho a ser informado por los medios de comunicación (artículo 43), y el derecho a un debido proceso en caso de infracción de una ley penal (artículos 44 al 47).

Para la mejor defensa de los derechos de los menores de edad la autoridad deberá de observar sus garantías, representar legalmente a los menores, conciliar en casos de conflicto familiar, denunciar ante el Ministerio Público hechos constitutivos de delito, promover la participación de sectores público, social u privado para la atención, defensa y protección de los derechos, asesorar a autoridades, difundir los derechos de los menores (artículos 48 y 49).

Esta normatividad Federal debe ser tomada en consideración para dirimir controversias de guarda y custodia, y ha sido fundamento del criterio aislado, cuyo rubro y texto es el siguiente:

“GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES, ELEMENTOS QUE DEBE CONTENER LA PRUEBA PERICIAL EN EL PROCEDIMIENTO DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).- Del análisis sistemático de los artículos 4o. y 133 constitucionales; 1 a 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 3, 4, 7, 41, 48 y 49 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y 4.398 del Código Civil del Estado de México vigente, se aprecia que en el sistema jurídico mexicano las autoridades judiciales que conozcan de controversias donde se decidan derechos de menores, deberán velar por el interés superior de éstos. Así, con base en ese principio, este Tribunal Colegiado en la jurisprudencia número J/17/9a. cuyo rubro es: "MENORES. DEBE REPONERSE EL PROCEDIMIENTO A FIN DE QUE EL JUEZ NATURAL RECABE LOS MEDIOS PROBATORIOS NECESARIOS PARA DETERMINAR LO CONDUCENTE DE MODO INTEGRAL Y COMPLETO SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA DE AQUÉLLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).", determinó que en los juicios donde se discuta la guarda y custodia de menores, el Juez debe recabar de oficio los medios de convicción que estime pertinentes para resolver lo más favorable a esos menores, y que entre tales pruebas están las periciales en materias de psicología y trabajo social, o bien, cualquiera otra probanza que en el arbitrio del juzgador se estime necesaria, otorgándose al agente del Ministerio Público la intervención que le compete. Ahora bien, resulta pertinente complementar dicho criterio en el sentido de que si durante el procedimiento se desahoga la prueba pericial, tanto el juzgador

como el agente del Ministerio Público deben inquirir de modo claro, directo y concreto al especialista respectivo a través de cuestionamientos que permitan concluir a cuál de los progenitores, en orden con las circunstancias personales del infante y de aquéllos, se debe considerar como el más apto y conveniente para ejercer su guarda y custodia legal, para que con base en esa opinión autorizada, en confrontación con las demás pruebas aportadas, el referido juzgador pueda decidir de una manera fundada y motivada cuál de los padres debe ejercer tal guarda y custodia.”⁹³

4.2.3. Ley de los derechos de las niñas, niños y adolescentes del Distrito Federal.

Ésta Ley, fue publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 31 de enero de 2000, misma que fue emitida bajo los lineamientos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Federal de la materia, así como la Convención Sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Dicha normatividad es de carácter público, de interés social y de observancia general, teniendo por objeto garantizar y promover el ejercicio de los derechos de las niñas niños, establecer los principios que orienten políticas públicas a su favor, así como las bases para la instrumentación, evaluación de las políticas y acciones públicas, impulsar y consolidar la atención integral, promover la cultura de respeto de los niños, bajo los principios del interés superior de los niños, la prioridad a su bienestar, la asignación de recursos públicos a programas sociedades, atención a los niños y niñas en los servicios públicos, la corresponsabilidad de la familia, autoridades locales y la sociedad, la igualdad y equidad en todos los ámbitos, la familia como espacio preferente para el desarrollo

⁹³ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo XX, Julio 2004. Tesis Aislada II.2o.C.459.C. p.1725. Ius 2006. CD.

del niño, el derecho de vivir libre de violencia, el respeto universal a la diversidad cultural étnica y religiosa (artículos 1° al 4°).

Los derechos que regulan esta ley son: el derecho a la vida con calidad, de integridad, es decir, libre de violencia, la dignidad; el derecho a la identidad a la certeza jurídica y a la familia; el derecho a la salud y alimentación; a la educación, recreación, información y participación; así como a la asistencia social, derechos que deben ser velados por la familia, la sociedad y las autoridades locales (artículos 5° a 7°).

Las obligaciones que regula ésta Ley para la familia son: básicamente la responsabilidad del desarrollo sano e integral de sus hijos, debiendo garantizar lo necesario para su subsistencia, salud educación y los elementos que favorezcan su incorporación al medio social; asegurar el respeto a los derechos, prevenir situaciones, acciones o hechos que amenacen o violen los derechos de los niños; procurar apoyo, cuidados educación, salud, y alimentación; cumplir con su registro al nacimiento, realizar los tramites para que reciban la educación obligatoria, darles a conocer sus derechos y brindarles orientación (artículos 8 al 11).

En caso de que un menor se vea privado de su familia tendrá el derecho de recibir apoyo de la Secretaría de Desarrollo Social y del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, quienes tendrán que brindarle asistencia social, atención integral, y en su caso procurarle un hogar provisional (artículos 14 al 16).

El Desarrollo Integral de la Familia dará asistencia social, fomentará y promoverá estabilidad y bienestar familiar, así como asistencia jurídica a sus progenitores y demás familiares, realizar acciones de prevención y protección contra niños maltratados, coadyuvar con la Procuraduría en la Atención y Tratamiento de los Niños Víctimas de Algún Delito, ejecutar acciones de protección, recibir quejas y denuncias, e informar al Ministerio Público las conductas de maltrato, abuso sexual , lesiones, abandono, etcétera, así como vigilar que las instituciones y hogares provisionales brinden una adecuada protección a los niños, entre otras (artículo 23).

Independientemente de las autoridades mencionadas, el niño cuenta con el apoyo del Consejo Promotor de los Derechos de las Niñas y de los Niños en el Distrito Federal, el cual brindara asesoría, apoyo y consulta al gobierno proponiendo programas de beneficio para los menores (artículos 25 al 28).

Las acciones de protección que establece esta normatividad de los niños con desventaja social son: la intervención de las autoridades competentes, para la protección y atención (artículo 45), para los niños con adicciones, el derecho a recibir tratamiento medico y rehabilitación física y psicológica (artículos 46 y 47), y a las víctimas de maltrato se obliga a las personas que tenga conocimiento de esto de dar vista al ministerio Público (artículos 48 y 49); a los niños de la calle, se establecerá un programa específico de apoyo, procurando integrarlos a programas compensatorios de becas, desayunos, despensas, etcétera (artículos 50 al 52); en cuanto a los niños trabajadores, se les otorga protección de la Ley Federal de Trabajo (artículos 53 y 54); en relación a los niños con incapacidad se realizarán programas de prevención , de rehabilitación y su integración a la familia y a la sociedad (artículos 55 y 56).

Las instituciones públicas y organizaciones sociales e instituciones de asistencia privada de atención a las niñas y a los niños, tendrán la obligación de: respetar los derechos y garantías de los titulares, respetar la diversidad cultural y su dignidad, promover el restablecimiento y la preservación de los vínculos familiares, siempre que no resulten perjudiciales, coordinarse con el Desarrollo Integral de la Familia para otorgar un hogar provisional, hacer de su conocimiento de los derechos y obligaciones, llevar un registro de ingresos, y egresos; y llevar un seguimiento y evaluación de cada caso atendido (artículo 57).

4.3. Problemas actuales en relación al otorgamiento de guarda y custodia.

El problema básico que se da en la vida diaria con respecto al otorgamiento de la guarda y custodia de menores; lo es, la falta de certeza de las condiciones de vida que los padres le han otorgado al menor, y de la protección futura de éste por parte de la persona que tendrá la guarda y custodia.

Es importante destacar, que la protección de los menores no sólo abarca el brindarles un techo, alimentos, educación y cuidados a su salud física, sino que también implica proporcionarles un sano desarrollo psicológico, a través del amor, del apoyo, la confianza, la comunicación abierta, buenos modales, y un buen ejemplo; es decir; que tengan un modelo de vida a seguir; por lo que debe de existir un gran compromiso por parte de los padres, la familia, la sociedad, las autoridades y los países; pues no olvidemos, que lo estemos cosechando con los niños será el futuro de nuestra sociedad; por ello la importancia de buscar siempre lo más benéfico para nuestros niños.

Como fue señalado en su momento la guarda y custodia de los menores, puede ser otorgada o bien a través de la aprobación del convenio planteado por parte de los padres, el cual se puede presentar en el divorcio voluntario, o como una arreglo en una controversia del orden familiar, divorcio necesario y nulidad del matrimonio; o en caso de emitir un conflicto de intereses por las partes, la misma se resolverá por la decisión del Juzgador en el procedimiento de divorcio necesario, controversia del orden familiar y nulidad del matrimonio.

En el primer caso, cuando los padres se ponen de acuerdo y presentan ante el Juez de lo Familiar el convenio al que hace referencia el numeral 273 del Código Civil para el Distrito Federal, en donde se señalará la persona que deberá tener la guarda y custodia, el domicilio en el que habitará, y a partir de cuándo surtirá efectos, y si continua así una vez terminado el procedimiento, así como la convivencia con el otro padre, y la forma de garantizar la supervivencia de los menores (alimentos); por lo que la intervención del Juez y del Ministerio Público, consiste en verificar que el convenio cumpla con los términos del numeral antes citado; en este caso no existe la certeza de las condiciones de vida que le han brindado y que le darán a los niños los padres, ni si el titular de la guarda una vez ejecutoriada la sentencia dará la protección necesaria para el adecuado desarrollo del menor. En tal sentido aún y cuando se cumpla la voluntad de las partes (quienes en su caso se disputan la guarda y custodia), y son los que conocen

mejor su situación familiar; sin embargo, no se tiene la certeza de que el acuerdo es lo mejor para los menores.

En cuanto hace al segundo caso, que la guarda y custodia de los niños se determine por parte del Juez en vista de existir un conflicto entre las partes, ya sea en un divorcio necesario, controversia del orden familiar o nulidad del matrimonio, la problemática que nos encontramos es la falta de certeza jurídica de los hechos para determinar la guarda y custodia, pues aunque el Juez tenga a facultad discrecional de actuar de oficio en los asuntos que tengan que ver con la familia, especialmente tratándose de menores, así como la facultad de suplir la deficiencia de la queja, no lo realizan así y sólo resuelve la mayoría de los casos con los que las partes le acreditan, dejando desprotegidos a los menores.

No es óbice de lo anterior, que durante el procedimiento el Juez realice una entrevista a los menores para el efecto de conocer su entorno familiar y el comportamiento de sus padres para con ellos, es importante destacar que aunque dicha entrevista se lleva a cabo sin presencia de los padres para evitar la coacción, es bien sabido que la mayoría de las veces son mal aconsejados, además de que el Juez no es perito en materia de psicología para saber si los niños han sido manipulados o estén callando agresiones o daños que les ha ocasionado sus padres; por ello, aunque la mayoría de las veces la decisión del menor o menores es muy importante para determinar la guarda y custodia, esto no nos da la certeza de haber puesto a los niños con la persona más viable para su desarrollo, pues en la mayoría de los casos la facultad oficiosa del Juez se queda simplemente en la toma de esas medidas, y puede ser que las autoridades no cumplan con su obligación de protegerlos, sino por el contrario que se le haga un daño mayor al que ya hayan sufrido; no siendo contrario a lo anterior, las recientes reformas realizadas en el Código Civil y Código de Procedimientos Civiles, ambos del Distrito Federal.

Esta situación de falta de cumplimiento de las obligaciones que tienen nuestros Jueces de actuar de manera oficiosa para proteger a la familia y sobre

todo a los menores, la refiere Bejarano Sánchez Manuel, al señalar que: “La realidad es que, no obstante tan amplias facultades discrecionales y del arbitrio judicial de tendencia inquisitoria de que está provisto el juzgador por la ley, no es común que se aboque a obrar de oficio en protección de menores, o que sustituya la deficiencia de la queja de una esposa mal defendida, pese a que dependa de ello la protección de la familia en general –ya que de ordinaria los hijos menores son entraña de la madre- o que busque la verdad oficiosamente con el auxilio de trabajadores sociales o de instituciones oficiales.”⁹⁴

Por ello creo que no sólo se le debe de dar la facultad discrecional al Juez de allegarse de las pruebas necesarias para saber los hechos, sino que en caso de guarda y custodia se debería regular que el Juez de lo Familiar en todo momento deberá de solicitar el auxilio de especialistas del la Unidad de Trabajo Social del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, para que con ello se realicen exámenes periciales en materia de psicología tanto a las partes como a los menores, para saber la realidad familiar en que viven y con las demás pruebas existentes en el expediente se resuelva de una manera más objetiva la guarda y custodia, y en consecuencia de ello se pueda determinar medidas precautorias, mismas que pueden ser propuestas por dichos especialistas, como terapia familiar, y se acredite con constancias que se ésta llevando la terapia; lo anterior, en base al interés superior de los menores.

Dicha propuesta tiene apoyo en la Jurisprudencia emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito, cuyo rubro y texto dice lo siguiente:

“MENORES. DEBE REPONERSE EL PROCEDIMIENTO A FIN DE QUE EL JUEZ NATURAL RECABE LOS MEDIOS PROBATORIOS NECESARIOS PARA DETERMINAR LO CONDUCENTE DE MODO INTEGRAL Y COMPLETO SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA DE AQUÉLLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). En asuntos donde se resuelve

⁹⁴ BEJARANO Sánchez, Manuel. Op. Cit. p. 171

respecto de la guarda y custodia, es obligación de la autoridad responsable ordenar al Juez natural la reposición del procedimiento a fin de que éste, de manera oficiosa, recabe los medios probatorios encaminados a obtener mayores elementos para conocer y decidir jurídica y objetivamente lo más benéfico para el menor o menores hijos de las partes contendientes en relación con la guarda y custodia pues, evidentemente, ello repercutirá en su salud mental y física. Por consiguiente, si bien diversos tribunales federales han sostenido como criterio preponderante que cuando se trata de menores de corta edad, lo más benéfico para su desarrollo físico-emocional y su estabilidad psicológica es que queden bajo el cuidado de la madre, no obstante tal predisposición debe aplicarse en forma moderada y no indiscriminadamente en todos los casos, porque resulta patente el deber del juzgador de tomar en cuenta, ante todo, el interés del menor o menores sobre cualquier otro aspecto. Así, al tener importancia prioritaria lo que más beneficie a los infantes, sólo de manera secundaria prevalecería el interés de las personas con derecho a reclamar su custodia, a pesar de existir, como se anotó, la presunción de ser la madre la más apta y capacitada para tener bajo su cuidado a dichos menores, precisamente, porque si bien ello tiene sustento en la realidad social y en las costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional, en tanto, casi siempre, corresponde a la madre su atención y cuidado, lo relevante consiste en que reviste mayor trascendencia el interés supremo del o los menores involucrados, en mérito de que las actividades de ambos padres son complementarias de la atención y cuidado de aquéllos. Entonces, en orden con lo precedente, deviene innegable la necesidad de recabar oficiosamente los medios probatorios encaminados a desentrañar lo que resulte más benéfico para el

menor de edad, por lo que si éstos no se aportaron, debe ordenarse a la Sala Familiar que mande reponer el procedimiento a efecto de que, como se precisa, el Juez natural disponga lo necesario a fin de que se recabe la opinión de expertos en materia de psicología y de trabajo social, en relación con ambos padres y, por lo que hace al infante, en materia de psicología, así como cualquier otra probanza indispensable, como sería escuchar al menor y, a su vez, dar intervención representativa al Ministerio Público, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 267 del anterior Código Civil para el Estado de México (actualmente 4.96), para de esa forma contar con los elementos propicios a fin de estar en las condiciones básicas que permitan al juzgador primario y a la autoridad de alzada conocer de manera objetiva su entorno social, salud, sensibilidad motora y de pensar, costumbres y educación, incluso, en su caso, la conservación de su patrimonio, para resolver lo más benéfico sobre la guarda y custodia de todo menor, lo que el Estado debe realizar para que la sociedad no resulte afectada en casos como el indicado, máxime si lo anterior es de orden público.”⁹⁵

4.4. Propuesta: La regulación en el artículo 941 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, de la aplicación de exámenes periciales en materia de psicología en el procedimiento especial del orden familiar de guarda y custodia para su otorgamiento definitivo.

Como sabemos, nuestros Legisladores se han preocupado por regular circunstancias especiales que en materia de familia se presentan en la sociedad actual, con el fin de salvaguardar los derechos de los miembros integrantes de la misma y sobre todo de los niños, creando normas que buscan fortalecer y

⁹⁵ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo XIX, Mayo 2004. Jurisprudencia II.2o.C.J/17. p.1548. Ius 2006. CD.

reestructurar a la institución denominada la familia; tan es así, que nuestro Código Civil para el Distrito Federal, así como el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, han sufrido una serie de reformas muy importantes en esta década, y en materia del controversias del orden familiar, se reguló de manera más amplia en los artículos 941 BIS y 941 TER, la guarda y custodia, así como la forma de proceder de nuestras autoridades en casos específicos como en el incumplimiento de permitir la convivencia del menor con su ascendiente que no tiene decretada la guarda y custodia y la búsqueda de un representante en el juicio que tenga mayor conocimiento y experiencia en la protección de los menores, como lo es el representante del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.

Si bien es cierto, se ha buscado tomar medidas que vayan encaminadas a la protección tanto física como psicológica de los menores, a través de garantizarle la convivencia con sus progenitores, así como sus parientes; es decir, que él mismo siga creciendo y desarrollándose con su familia; a través de un procedimiento en el que se busca proteger sus derechos, también lo es, que falta algo que consideró importante para la certeza de la determinación del Juez de lo Familiar, al momento de determinar la guarda y custodia, y es saber de manera más objetiva quién es la persona apta para tener bajo su cuidado y resguardo al o los menores de edad, a través de recabar estudios de especialistas en materia de psicología de la Unidad de Trabajo Social del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, los cuales se deberán de practicar tanto a las personas que por derecho les pudiese corresponder, como a los menores, para así junto con las demás pruebas que se encuentren en expediente resolver lo más benéfico para el menor.

Y toda vez que en el numeral 941 BIS del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se establece:

“Artículo 941 Bis. Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la

convivencia de las niñas y los niños con sus padres, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia de los menores misma que se efectuará dentro de los quince días siguientes.

En la sesión donde sean escuchados los menores deberán ser asistidos por el asistente de menores correspondiente, adscrito al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal, quien no requerirá comparecer para protestar el cargo. Para que tenga verificativo la audiencia respectiva el Juez de lo Familiar tomará en consideración la programación de audiencias que tenga la Institución.

Quien tenga a los menores bajo su cuidado, los presentará a la audiencia, para que sean escuchados por el Juez y el Ministerio Público adscrito.

El Juez de lo Familiar oyendo la opinión del Representante Social y valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, pudiendo incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, determinará a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad.

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

Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor.

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

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

De la anterior transcripción se desprende que dicho numeral, regula el procedimiento y medidas que debe tomar el Juez de lo Familiar en el Procedimiento Controversia del Orden Familiar de Guarda y Custodia, se propone agregar al mismo que el Juez durante el procedimiento deberá solicitar la intervención de peritos en materia de psicología de la Unidad de Trabajo Social del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, para el efecto de que el día y hora que el señale se lleve a cabo un examen tanto al menor de edad como a las personas que por derechos les pudiera corresponder la guarda y custodia, dicha pericial será tomada en cuenta para el efecto del otorgamiento de la guarda y custodia definitiva, ya que el interés del menor es preponderante a otros intereses.

Sin dejar a un lado que en caso de Divorcio Necesario, Voluntario o Nulidad del Matrimonio, el Juez toma en consideración lo establecido en estos numerales de Controversias del Orden Familiar, más en el caso de guarda y custodia, pues fue en estos artículos donde el legislador estableció casos que se están dando más en la realidad, es por ello que con la modificación del numeral 941 BIS del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el Juez siempre que resuelva la guarda y custodia deberá haber solicitado la intervención de peritos en materia de psicología de la Unidad de Trabajo Social del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Por lo que la redacción del artículo 941 BIS del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, deberá quedar de la siguiente manera:

Artículo 941 Bis. ... --- El Juez de lo Familiar tiene la obligación de solicitar la valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, a través de peritos en materia de psicología de la Unidad de Trabajo Social de este Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, la cual junto con los demás medios de prueba que tenga su disposición y la opinión del Representante Social, determine a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad...

4.4.1. De la aplicación de los exámenes en psicología en el procedimiento de guarda y custodia para resolver lo más benéfico para el menor.

Como se señaló en el presente trabajo, durante los diversos procedimientos por los cuáles se puede dirimir la guarda y custodia de los menores de edad, éstos no tienen intervención en el mismo, pues hay que recordar que no son sujetos de derecho, por lo tanto no pueden hacer valer sus derechos ante el Juez, aunque la determinación de la guarda y custodia los afecte directamente a ellos, pues de la misma se va a resolver las circunstancias de su vida, convivencia y desarrollo con lo que él conocía como familia, es decir, con sus padres y parientes; es por ello que se debe resolver lo que más beneficie al menor.

Ahora bien, hay que recordar que en la actualidad se esta presentando en nuestra sociedad maltrato psicológico y físico entre los miembros de la familia, el primero siendo el más grave y el difícil que detectar, puesto que una simple falta de comunicación de los niños con los padres es suficiente para ocasionar un gran trastorno en ellos, por ello la importancia de tener la certeza de entregar al niño o niños bajo la custodia de la persona que lo va a ayudar a desarrollarse sanamente como ser humano.

Y en ese sentido señala Guitrón Fuentevilla: “El niño maltratado es objeto de ofensa, que obliga a reflexionar sobre las medidas que deben adoptarse a favor de ellos.”⁹⁶; es por ello que se propone la obligación del Juez de lo Familiar de allegarse de periciales en materia de psicología por parte de la Unidad de Trabajo Social del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, la cual se deberá de realizar a la hora y día señalado por el Juez, tanto a los menores como a las personas que por derecho les pudiera corresponder a guarda y custodia o que la estuvieren solicitando, de forma separada, el cuál junto con las demás pruebas, podrá de manera objetiva poner al niño en manos de la persona que lo va a proteger, esto con la finalidad de prevenir mayores daños al menor.

4.4.2. Los resultados y ventajas de la aplicación de los exámenes en psicología en el procedimiento de guarda y custodia.

Nos señala Guitrón Fuentevilla: “Los niños siguen siendo víctimas de los adultos, de sus propios padres, de las autoridades, de la sociedad, porque desgraciadamente la delincuencia infantil aumenta, que los niños traga humo, los chicleros, los limpia parabrisas, proliferan en cada esquina y no hay hasta este momento, instrumentos jurídicos que los protejan y los conviertan en ciudadanos que verdaderamente sirvan al país y no se conviertan en un futuro no lejano, en delincuentes. --- Los niños en México deben convertirse en una de las prioridades del Gobierno...”⁹⁷.

Realidad que no podemos pasar por alto, es algo que esta viviendo enteramente nuestra sociedad, por ello la propuesta de la presente tesis pretende a través de la realización de exámenes en materia de psicología por parte de la Unidad de Trabajo Social del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, tanto al menor de edad como a las personas que por derechos les pudiera corresponder la guarda y custodia, o quienes la estuviesen solicitando, se pueda determinar si una persona no es apta para tener la guarda y custodia de un menor,

⁹⁶ GUITRON Fuentevilla, Julián. ¿Qué es el Derecho de Familia?. 20° edición. Promociones Jurídicas y Culturales. México, 1992. p.88.

⁹⁷ *Ibíd*em, p. 269.

buscando con ello que el mismo quede en el hogar y con la persona más adecuada, esto es, la que pudiese otorgarle el mayor bienestar y equilibrio, físico, emocional y espiritual, logrando con ello que se forme como un ser humano sano para sí, la familia y por ende la sociedad.

Lo anterior se propone, como una manera preventiva para evitar que nuestros niños sean maltratados, ya sea física o psicológicamente y con ello, coadyuvar a que crezcan en un hogar y con la persona que les brinde la protección y cuidados que son necesarios para formarlo como un ser humano sano que en un futuro ayudará a tener una mejor sociedad, ya que de estos exámenes se podría determinar que una de las partes en el juicio o ambas, no son capaces de tener a un niño bajo su cuidado, pues son tendientes a presentar conductas patológicas como depresión, falta de cariño e interés por niño, desequilibrio emocional, bipolaridad, tendencia a la agresión, entre otras muchas.

Es importante hacer notar que con esto, no se busca separar a los hijos de sus progenitores, sino protegerlos de aquéllos que pudieran hacerles daño, además de que con el auxilio de los especialistas en materia de psicología el Juez se encuentre en posibilidad de solicitar se le acredite que la familia o el miembro o miembros dañados de la misma están tomando las medidas necesarias para poder convivir, como la participación en terapias familiares, o personales que les ayuden a superar sus trastornos emocionales, para poder así convivir con su menor o menores hijos, y poder solicitar de nuevo su guarda y custodia, o la guarda y custodia compartida, pues no se debe perder de vista que las cuestiones del orden familiar no causan estado.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La familia constituye el núcleo social primario, el cual está compuesto por un nexo natural, es decir, se encuentra constituida por individuos que están relacionados por un lazo consanguíneo, en un principio y posteriormente se ha reconocido la unión de la misma por afinidad o por lazo civil, creándose derechos y obligaciones entre sus miembros, como lo es la filiación, parentesco, matrimonio, guarda y custodia, alimentos, etc.; por lo tanto la familia, o más bien sus componentes de la misma, son entes sujetos de derechos y obligaciones, a los cuales el Estado les otorga protección por ser de orden público el velar por ese núcleo de la sociedad.

SEGUNDA. En virtud, de la importancia que tiene la familia a nivel social, y de la necesidad de regular las relaciones que se dan en la misma, se establecieron derechos y obligaciones para los miembros que la componen, por ello y con la finalidad de dirimir las controversias que se presenten en ella, fue creado el Derecho de la Familia y el Derecho Procesal Familiar, con el cuál se velan los derechos de la familia.

TERCERA. En relación al Derecho Procesal Familiar encontramos que en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, fue creado el Título Decimosexto, denominado “De las Controversias del Orden Familiar”, en busca de robustecer la unidad de la familia a través de procesos modernos y sumarios; título que desde el punto de vista de la postulante tiene una denominación errónea, toda vez que, no contempla todas las controversias que se suscitan en materia de familia.

CUARTA. Como se vió en el presente trabajo nuestra legislación no establece un concepto de guarda y custodia, ni se encuentran reguladas todas sus implicaciones en un capítulo especial, en donde se determine específicamente qué es la guarda y custodia, así como sus objetivos, alcances, fines, etcétera, lo cual, es necesario para tener mayor certeza jurídica; pues la regulación de la misma se encuentra en diferentes capítulos, recordando que la guarda y custodia a título

personal es una prerrogativa de la patria potestad, pues ésta última se ejerce al tener a los menores bajo el mismo techo, lo que implica derechos, facultades y obligaciones basados en una ley natural, entre quien la ejerce y sobre quien se ejerce, con el objeto de proteger y proporcionar un buen desarrollo físico y psicológico a los menores, a través del cuidado y vigilancia.

QUINTA. En virtud, de que la guarda y custodia, al igual que la patria potestad la ejercen primeramente los padres, caracterizándose por ser un derecho compartido, y a falta de uno de ellos, el que se encuentre, y en su ausencia los abuelos en el orden en que lo determine el Juez, y sólo de manera vaga se señala (en el artículo 418 del Código Civil para el Distrito Federal) que un pariente puede tener la guarda y custodia; por ser un derecho primordial de los menores, y con la finalidad de protegerlos y velar sus derechos que tienen a ser guardados y custodiados, se ve la necesidad de añadir a dicho numeral las obligaciones que tendrá cualquier ascendiente por ambas líneas más próximas en grado, de no ser así, a los parientes en línea colateral hasta segundo grado o en su caso cualquier persona que por las particularidades del caso, pueda tener al menor bajo su encargo y que éste no corra peligro, siempre y cuando el mismo acepte, y se escuche previamente al Representante Social, así como al Representante del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.

SEXTA. Dentro de los procesos jurisdiccionales por los cuales se puede determinar la guarda y custodia de los menores, (Controversia del Orden Familiar, Divorcio Voluntario, Divorcio Necesario y la Nulidad del Matrimonio); encontramos que existen dos formas de resolverse la misma, bien sea, a través de un convenio realizado por las partes, el cuál cumpliendo con los requisitos de ley, adquiere el carácter de sentencia, o bien, a través de un litigio, en donde las partes no se ponen de acuerdo en cuanto a quién será la persona que tendrá la guarda y custodia del menor, correspondiéndole al Juez de lo Familiar determinar la misma; siendo importante destacar que el Juez tiene la facultad oficiosa de allegarse de los elementos necesarios para conocer la verdad jurídica y resolver siempre tomando en consideración el interés superior del menor, misma que la

mayoría de las veces la utiliza de forma limitativa.

SÉPTIMA. Hablar de los menores de edad, es hablar de los derechos del niño, los cuales, se encuentran tutelados en el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en la Declaración en Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924 y en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989; dicho derecho de protección de los menores, se encuentra basado en un principio de natural de protección a los miembros más débiles de la familia, pues son los niños los que llevarán el rumbo de la humanidad, es por ello que es de trascendental importancia brindarles, protección y respeto a sus derechos.

En razón de ello, se plasma tanto en la Ley Federal Para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y la Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y adolescentes del Distrito Federal, el interés superior de la infancia, sobre otros intereses, y por tanto la necesidad imperiosa de que en los procedimientos por los cuales se dirima su guarda y custodia, se busque resolver lo más benéfico para el menor, comprometiéndose las autoridades a realizar un procedimiento realmente sumario como los enmarca la Ley, y allegarse de todos los medios de prueba que los lleve a conocer la verdad jurídica de los hechos.

OCTAVA. Como pudimos ver en el desarrollo del presente trabajo la protección a la que tienen derecho los menores de edad, no sólo abarca el brindarles un techo, alimentos, educación y cuidados a su salud física, sino que también implica proporcionarles un sano desarrollo psicológico, a través del amor, del apoyo, la confianza, la comunicación abierta, buenos modales, y un buen ejemplo; es decir; que tengan un modelo de vida a seguir, para poder formarse dentro de la sociedad, por lo que debe de existir un gran compromiso por parte de los padres, la familia, la sociedad, las autoridades y los países; pues no olvidemos, que lo que estemos cosechando con los niños será el futuro de nuestra sociedad; por ello la importancia de buscar siempre lo más benéfico para nuestros niños.

NOVENA. En los procedimientos sobre los cuáles se resuelve la guarda y custodia de los menores, el Código le da al Juez la facultad discrecional de cerciorarse de los hechos, evaluándolos personalmente, lo que en la práctica se da con una entrevista con el menor o menores, sobre los cuales se solicitó la guarda y custodia, en la que el Juez realiza diversas preguntas al menor para conocer su entorno familiar y el comportamiento de sus padres para con él, llevándose a cabo la misma sin presencia de los padres para evitar la coacción, y en presencia del Representante Social y el Representante del Menor el cual es un servidor Público del D.I.F., con ello y con los elementos que haya en el expediente el Juez determina si es viable otorgarle la guarda y custodia al padre que lo está solicitando, o las restricciones para que se lleve a cabo, o las formas como se va a dar la convivencia con el menor, el Juez de lo Familiar además de ello toma en consideración lo referido por los testigos que por lo regular son familiares; siendo muy pocos los casos, en los que el Juez solicite el auxilio de especialistas como psicólogos en éste caso del la Unidad de Trabajo Social del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, para determinar si existe una relación patológica en la familia y quién la ésta provocando, los daños que se están ocasionando al menor y las consecuencias que éste podría tener por seguir conviviendo en ese ambiente viciado, a pesar de tener la facultad discrecional de solicitarlo, por ello es que se presume que el principal problema que encontramos en nuestras resoluciones es la falta de certeza jurídica de los hechos.

DÉCIMA. En la actualidad los fines que persigue la familia, así como la forma de constituirse han ido cambiando, por varias razones, entre las que encontramos el aumento de la población, la necesidad de trabajar todos los miembros, la falta de interés a los compromisos familiares, presentándose cada vez más casos de familias disfuncionales, que llevan al descuido afectivo hacia los menores y en algunos casos a la violencia o abandono total, es por ello que se cree que en lugar de otorgar la facultad discrecional al Juez de lo Familiar para solicitar el auxilio de especialistas del la Unidad de Trabajo Social del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, para determinar cuestiones del orden

familiar, en este caso, guarda y custodia, siguiendo los intereses superiores los menores, se debería obligar al Juez de recabar de oficio dichos estudios.

DÉCIMA PRIMERA. Con la finalidad de proteger el interés superior de los menores de edad, se debe regular en el artículo 941 BIS del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la obligación del Juez de solicitar la intervención de peritos en materia de psicología de la Unidad de Trabajo Social del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, para el efecto de que el día y hora que el señale se lleve a cabo un examen de forma separada tanto al menor de edad como a las personas que por derecho les pudiera corresponder la guarda y custodia, o quienes la estuviesen solicitando, con la finalidad de que con ello, y junto con las demás probanzas que se encuentren en el expediente, se pueda determinar si una persona no es apta para tener la guarda y custodia de un menor, buscando en todo tiempo que el mismo quede en el hogar y con la persona que pudiese otorgarle el mayor bienestar y equilibrio, físico, mental, emocional y espiritual.

DÉCIMA SEGUNDA. Con la finalidad de proteger aún más a los menores la redacción del numeral 941 BIS, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, debería quedar de la siguiente manera: artículo 941 BIS. ... El Juez de lo Familiar tiene la obligación de solicitar la valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, a través de peritos en materia de psicología de la Unidad de Trabajo Social de este Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, la cual junto con los demás medios de prueba que tenga su disposición y la opinión del Representante Social, determine a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad.
...

DÉCIMO TERCERA. Con la realización de las periciales en materia de psicología por parte de la Unidad de Trabajo Social del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, no se busca separar a los hijos de sus progenitores,

sino protegerlos de aquéllos que pudieran hacerles daño, y prevenir que ese niño en un futuro no sea un miembro despreciable en la sociedad.

Aunado a la posibilidad, de que con la opinión de dichos peritos el Juez pueda, en su obligación de proteger a la familia, solicitar se le acredite que la familia o el miembro o miembros dañados de la misma están tomando las medidas necesarias para poder convivir y vivir entre ellos, como la participación en terapias familiares, o personales que les ayuden a superar sus trastornos emocionales, y poder estar en posibilidad de solicitar de nuevo la guarda y custodia o en su caso compartirla.

BIBLIOGRAFÍA

ARELLANO García, Carlos. Derecho Procesal Civil. 10° edición, Porrúa. México, 1997.

ARELLANO García, Carlos. Segundo Curso de Derecho Procesal Civil, Procedimientos Civiles Especiales. 3° edición. Porrúa. México, 2000

ARELLANO García, Carlos. Teoría General del Proceso, 10° edición. Porrúa. México, 2000.

ARMIENTA Calderón, Gonzalo. Teoría General del Proceso, Principios Instituciones y Categorías Procesales, Porrúa. México, 2003.

BECERRA Bautista, José. El Proceso Civil en México. 18° edición, Porrúa, México, 2003.

BEJARANO Sánchez, Manuel F. La Controversia del Orden Familiar. Tesis discrepantes. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1999.

CASTRILLON Y Luna, Víctor. Derecho Procesal Civil. Porrúa. México, 2004.

CHÁVEZ Ascencio, Manuel F. Convenios Conyugales y Familiares. 4° edición. Porrúa. México, 1999.

CHAVEZ Ascencio, Manuel F. La Familia en el Derecho: Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. 3° edición. Porrúa. México, 1997.

CHAVEZ Ascencio, Manuel F. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. 5° edición, Porrúa. México, 1999.

DIAZ de León, Marco Antonio. Delincuencia Intrafamiliar y Delitos Contra Derechos de Autor. Porrúa. México, 1998.

DOMINGUEZ Del Río, Alfredo. Compendio Teórico Práctico de Derecho Civil. Porrúa. México, 1997.

ENGELS, Federico. El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado. Proyecto Espartaco. s/año. CD.

FLORIS Margadants, Guillermo. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, 15° edición. Esfinge. México, 1998.

GALINDO Garfías, Ignacio. Derecho Civil, Primer Curso, Parte General, Personas, Familia. 20° edición. Porrúa. México, 2000.

GÓMEZ Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso, 9° edición. Harla, México, 1998.

GUITRON Fuentesvilla, Julián. ¿Qué es el Derecho de Familia?. 20° edición. Promociones Jurídicas y Culturales. México, 1992.

GUTIERREZ Y González, Ernesto. Derecho Civil para la Familia. Porrúa. México, 2005.

LOZANO Ramírez, Raúl. Derecho Familiar. Tomo I. PAC. México, 2005.

MAGALLON Ibarra, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo III. 2° edición. Porrúa. México, 2001.

OVALLE Favela, José. Derecho Procesal Civil. 6° edición. Harla. México, 1994.

OVALLE Favela, José. Teoría General de Proceso. 5° edición. Oxford, University Press. México, 2001.

PALLARES, Eduardo, Derecho Procesal Civil. 10° edición, Porrúa, México 1983.

PÉREZ Duarte, Alicia. Derecho de Familia Mexicano Fondo de Cultura Económico. México, 1994.

PÉREZ Palma, Rafael, Guía de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Cárdenas Velasco Editores. México, 2004.

PEÑA BERNARDO, De Quiroz Manuel. Derecho de la Familia. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, sección de publicaciones. Madrid, 1989.

ROJINA Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil I, Introducción, Personas y Familia. 35° edición. Porrúa. México, 2005.

DICCIONARIOS y ENCICLOPEDIAS

DE PINA Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. 27° edición. Porrúa. México, 1999.

DISCO COMPACTO. DICCIONARIO JURÍDICO 2000.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA C. Driskill, Argentina, 1987.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. 15° edición. Porrúa. México, 2001.

MÉXICO A TRAVÉS DE LOS SIGLOS. Tomo II, Cumbre, México, 1984.

Real Academia de la Lengua Española. DICCIONARIO de la Lengua Española. 22° edición. Caple. Madrid, 2001.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Legislación Civil y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación.
Suprema Corte de Justicia de la Nación. México 2003. CD.

Ley de los Derechos de las niñas y de los niños del Distrito Federal.

Ley Para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Distrito Federal.

Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

PÁGINAS WEB

http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm

<http://www.dif.df.gob.mx/juridico/proteccion.html>

<http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/ima/tituloprin.jpg>

<http://www.asamblea legislativacddhcu.gob.mx/leyinfo/ima/tituloprin.jpg>

OTRAS FUENTES

Apuntes, del curso: Afectos Teóricos Metodológicos de la Psicología Forense, impartido por la Coordinación de Diplomados de Psicología Criminal Forense e Investigación Psico-Crimino-Delictiva, de la Facultad de Estudios Superiores Zaragoza-UNAM, Octubre 2006.

Ius 2006, Cd.

