

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**“LA CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS MENORES
EN EL DIVORCIO NECESARIO”**

T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A:
MÓNICA ERNESTINA REYES GÓMEZ

ASESOR: LIC. RAFAEL MANUEL ROCHER GÓMEZ



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

A DIOS

Por estar siempre conmigo.

A MIS PADRES

Consuelo Gómez Rodríguez y Pablo Reyes Vargas

Con profundo amor, respeto y admiración a los seres tan maravillosos que me dieron la vida, así como las armas para enfrentarla.

Gracias por su apoyo, bendiciones y sacrificios.

“Los Amo”

A MIS HERMANOS Y SOBRINOS

*José Pablo, Brenda, Alma Rosa, Beatriz,
Natalia y Juan Pablo*

Con mucho cariño y agradecimiento por los ánimos brindados durante la elaboración de éste proyecto. Los quiero mucho.

A RUBEN MARTÍNEZ HERNÁNDEZ

Con amor. Gracias por tú apoyo incondicional en todos los momentos más importantes de mí vida. Te quiero mucho.

A MÍ ASESOR DE TESIS

Lic. Rafael Manuel Rocher Gómez

Con agradecimiento sincero por su tiempo, amabilidad, profesionalismo y valiosa orientación, que sin duda alguna contribuyó a la culminación satisfactoria de éste trabajo.

Muchas gracias.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Quien me brindo la oportunidad de formarme como profesional dentro de las aulas de la mejor Facultad de Derecho de Latinoamérica.

A TODAS AQUELLAS PERSONAS QUE COMPARTEN CONMIGO ESTE MOMENTO TAN IMPORTANTE EN MI VIDA.

Í N D I C E

LA CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES EN EL DIVORCIO NECESARIO

INTRODUCCIÓN.....	7
-------------------	---

CAPITULO I. La patria potestad

1.1 Concepto de la patria potestad	10
1.1.1 Características de la patria potestad.....	14
1.1.2 Sujetos de la patria potestad	20
1.1.3 Efectos de la patria potestad	22
1.1.4 Instituciones afines.....	36
1.1.5 Causas de terminación, suspensión, pérdida, limitación y recuperación de la patria potestad.....	41
1.2 Antecedentes históricos de la custodia.....	44
1.2.1 Roma.....	44
1.2.2 España	47
1.2.3 Legislativos en México	49
1.2.3.1 Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California de 1870.....	50
1.2.3.2 Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California de 1884.....	54
1.2.3.3 Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.....	56
1.2.3.4 Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1928 .	58
1.2.3.5 Código Civil para el Distrito Federal vigente.....	62
1.3 Concepto de custodia.....	64
1.3.1 Diferencias entre guarda y custodia.....	67
1.3.2 Importancia y naturaleza jurídica de la custodia.....	71
1.3.3 Características de la custodia.....	74
1.3.4 Personas que ejercen la custodia.....	77
1.3.5 Causas de terminación, suspensión, pérdida y cambio de la custodia .	79

CAPITULO II. Marco Jurídico de la guarda y custodia

2.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	81
--	----

2.2 Convención sobre los Derechos del Niño.	87
2.3 Código Civil para el Distrito Federal.	92
2.4 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal	101
2.5 Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes . .	105
2.6 Legislación referente a la custodia compartida en el ámbito Internacional . .	112
2.6.1 España.	113
2.6.2 Francia.	118
2.6.3 Italia	120
2.7 Jurisprudencia en relación a la guarda y custodia de los menores.	123

CAPITULO III. El divorcio como disolución del vínculo matrimonial y sus consecuencias respecto de los hijos

3.1 Concepto de divorcio.	126
3.2 Clases de divorcio.	131
3.3 Efectos del divorcio necesario.	145
3.3.1 Efectos jurídicos.	145
3.3.2 Efectos no jurídicos	153

CAPITULO IV. Guarda y Custodia Compartida en el Código Civil para el Distrito Federal

4.1 Custodia Compartida. Controversialidad.	160
4.2 Criterios para otorgar la custodia compartida.	167
4.2.1 Características del menor.	172
4.2.2 El interés superior del menor.	178
4.2.3 Estabilidad del menor.	181
4.2.4 El criterio económico de los padres.	183
4.2.5 Ubicación del domicilio de los padres.	184
4.2.6 Modalidades de la custodia compartida	186

4.3 Custodia compartida impuesta o derivada de convenio.	188
4.4 La custodia compartida en la práctica judicial.	190
CONCLUSIONES.	196
BIBLIOGRAFÍA.	199

INTRODUCCIÓN

A través del tiempo, la familia ha sufrido importantes cambios de índole social, cultural y económico que derivan en la necesidad de nuevas disposiciones legales acordes a la convivencia familiar actual y cuyo objetivo sea brindar protección a todos los miembros del grupo familiar, en especial a los menores de edad por ser éstos los que más necesitan atención y cuidado.

Aunque son muchos los temas que podemos abordar como consecuencia de las transformaciones en las relaciones familiares, son el *divorcio y la guarda y custodia de los menores* las instituciones de las que hablaremos en nuestro trabajo.

Estadísticas recientes indican que el número de cónyuges que deciden divorciarse durante los primeros años de matrimonio va en aumento. Lo anterior permite afirmar que los hijos de éstas parejas son menores de edad que no han cumplido ni los 5 años de vida. Ante esta situación son los pequeños quienes requieren un acercamiento sano con sus progenitores aún después de divorciados.

Si bien, la guarda y custodia es un atributo de la patria potestad que en circunstancias “normales” ejercen ambos padres respecto de sus hijos sin mayor problema, ésta cambia cuando el sentimiento de amor que unió a los cónyuges desaparece y utilizan a sus hijos como armas para atacarse, dificultando con ello la decisión respecto de quién tendrá el cuidado y tenencia de sus hijos.

Tal circunstancia adquirió mayor relevancia debido a que el 6 de septiembre de 2004, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó la regulación de la figura llamada *custodia compartida*, institución que si bien es nueva en nuestra legislación

local, en países como Francia y España, por mencionar algunos, tiene años de aplicarse.

La *guarda y custodia compartida*, como se le denomina a partir de las reformas al Código Civil del Distrito Federal publicadas el 2 de febrero de 2007, tiene como objeto que los hijos no pierdan a ninguno de sus padres cuando éstos se divorcien o separen y en caso de convenirla, ambos compartan la responsabilidad de guiar y educarlos en forma alterna, influyendo así en su desarrollo físico y psicológico.

No obstante, que tal modalidad de custodia se muestra como una alternativa conveniente para proteger y garantizar el interés superior del niño, ésta enfrenta dificultades en la práctica judicial, tales como: disposiciones ambiguas en cuanto a su regulación en el Código Civil para el Distrito Federal, la inexperiencia de los órganos encargados de impartir justicia, así como el desconocimiento de sus efectos jurídicos y de los criterios que deben cumplir los divorciantes para convenirla y garantizar un mejor funcionamiento.

Por los motivos anteriores es que tal figura ha sido objeto de críticas por considerarse un régimen que evoluciona a una institución familiar por años olvidada cuya base, calificaba a la madre como la única capaz de cuidar y educar a sus hijos después de divorciarse, siendo el padre un mero visitante.

Con éste trabajo pretendemos dar respuesta a la incógnita de cuáles son los elementos que se requieren cumplir para obtener los resultados esperados cuando se opta por la guarda y custodia compartida en un divorcio necesario, partiendo del hecho de que hay padres responsables, deseosos de convivir y estar presentes en la educación de sus pequeños, conscientes de que el vínculo matrimonial se disuelve y no así el sentimental que los une para toda la vida con sus hijos.

Nuestra investigación la desarrollamos en cuatro capítulos. En el primero de ellos tratamos lo concerniente a la institución de la patria potestad, de igual forma se

tocan los antecedentes históricos de la custodia en Roma, España y los legislativos en México. Finalizando con el análisis de la figura de la custodia como institución de Derecho familiar.

El capítulo segundo tiene como finalidad el dar a conocer el marco jurídico que regula a la guarda y custodia de los menores tanto en el ámbito local como federal, así como los cambios que tal régimen tuvo con las reformas del mes de febrero. También abordaremos cómo se ejerce la custodia compartida y los problemas de su ejercicio en países como España, Francia e Italia.

Dentro del contenido del tercer capítulo, investigamos lo referente al divorcio, sus clases y los efectos jurídicos y no jurídicos que produce en los divorciantes y sus hijos menores, principalmente cuando se trate de divorcio necesario.

Por último, en el capítulo cuarto hacemos un estudio crítico de la guarda y custodia compartida de los hijos en el Código Civil del Distrito Federal, su controversialidad y proponemos algunos criterios así como las posibles soluciones a tomarse en cuenta tanto por el Juez de lo Familiar como por los progenitores con la intención de salvaguardar el interés del menor cuando se opte por este sistema alternativo.

CAPITULO I

La patria potestad

1.1 Concepto de patria potestad

Es de gran importancia para la presente investigación, la definición del concepto de “*patria potestad*”, toda vez que precisamente la exposición de esta figura nos va a permitir una mejor comprensión respecto del objeto de estudio del presente trabajo que es la *custodia compartida*.

Comenzaremos por señalar a manera de antecedente que el referido concepto ha sufrido variaciones a lo largo de la historia, y al igual que la mayoría de las Instituciones del Derecho de Familia, su origen lo encontramos en el Derecho Romano, en donde, como es bien sabido, existió la figura del *pater familias* (persona en la cual se concentraba todo el poder respecto de los miembros de su familia), y por ello, la patria potestad tenía un significado un tanto absoluto y dictatorial, ya que las facultades y derechos respecto de todos los miembros de la familia, incluyendo la esposa, se le atribuían ilimitadamente a una sola persona: *el pater familias*, ya sea el abuelo o padre de familia.

Así pues, la patria potestad en el Derecho Romano era de carácter absolutista y se fundaba principalmente en el beneficio del grupo familiar, cuya soberanía doméstica del *pater familias* comprendía facultades respecto de la persona y todos los bienes de los hijos, a tal grado que podía venderlos como esclavos fuera de

Roma, o bien condenarlos a morir si así lo quería. Esta facultad subsistía, independientemente de la edad de los hijos.

Consecuencia de lo anterior, es que el *significado etimológico* del concepto de *patria potestad* derive del latín *patrius*, a, um, lo relativo al padre, y *potestas* que significa, poder, dominio del padre.¹

Gutiérrez Fernández nos dice que la patria potestad “fue en Roma un patriarcado, una magistratura, un sacerdocio, sin ejemplo en otro pueblo, pero que con ser tan despótico apenas ofrece en el transcurso de siglos un ejemplo de arbitrariedad”.²

Posteriormente, con la aparición del cristianismo las características de la patria potestad fueron suavizándose y así la figura de la autoridad paternal fue debilitándose en el transcurso del tiempo.

Hoy en día lo que subsiste de lo antes referido es exclusivamente el nombre, puesto que en la actualidad la patria potestad es considerada como una institución derivada de la filiación, protectora de los menores, constituida en provecho y beneficio de éstos, cuyo ejercicio no es exclusivo del padre, sino más bien, en colaboración con la madre, aunque en ocasiones será exclusiva de uno de ellos o ejercida por otros ascendientes, según lo disponga la ley.

Así pues, y con el propósito de ilustrar el presente capítulo, citaremos algunas definiciones de la patria potestad que consideramos importantes, para así estar en aptitud de formular la nuestra.

¹ Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo III. Ed. Porrúa. México, 1990. pág. 441.

² Gutiérrez Fernández, Benito. *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*. Tomo I. Ed. Lex Nova. Madrid, España, 1988. pág. 654.

Para Julien Bonnacase la patria potestad en el sentido amplio del vocablo es “el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio, al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros, respecto a los hijos menores considerados tanto en sus personas, como en sus patrimonios.”³

Marcel Planiol define a la patria potestad como “el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales”.⁴

Planiol, considera que es la *educación del hijo* en donde se resumen las obligaciones referidas en su concepto, además señala que la única finalidad de ésta es el cumplimiento de los deberes paternos.

Para Ignacio Galindo Garfías la patria potestad encuentra su origen en la filiación y la define como “una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de los hijos adoptivos”.⁵

Sara Montero Duhalt, dice que la patria potestad es “la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad”.⁶

³ Bonnacase, Julien. *Elementos de Derecho Civil*. Tomo. I. Nociones preliminares, Personas, Familia, Bienes. Trad. José M. Cájica. Jr. Ed. Cárdenas. México, 1975. pág. 427.

⁴ Planiol, Marcel y Ripert Georges. *Tratado elemental de Derecho Civil. Divorcio, Filiación, Incapacidades*. Trad. José M. Cájica Jr. Ed. José M. Cájica Jr. Pue. México, 1946. pág. 251.

⁵ Galindo Garfías, Ignacio. *Derecho Civil; Primer Curso. Parte General. Personas. Familia*. 21 Edic. Ed. Porrúa. México, 2002. pág. 689.

⁶ Montero Duhalt, Sara. *Derecho de Familia*. 4ª Edic. Ed. Porrúa. México, 1990. pág. 339.

Por su parte, Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, consideran que por patria potestad debemos entender “el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal periodo”.⁷ Ambos autores suponen a la patria potestad como un poder que se les concede a los padres para que éstos cumplan con sus deberes respecto de sus descendientes.

Daniel Hugo D’ Antonio conceptúa a la patria potestad como “la institución protectora de la minoridad, natural y legalmente puesta a cargo de los progenitores a los fines de lograr el pleno desarrollo y la formación integral de los hijos”.⁸

De tal concepto es de entenderse que cuando el autor se refiere a la *minoría* obedece a que la patria potestad se dirige a lograr la formación de los hijos menores.

Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez consideran a la patria potestad como una “Institución de Derecho Familiar derivada de la filiación, que tiene por objeto la asistencia, formación, guarda y protección de la persona y la administración prudente de los bienes de los descendientes menores de edad sujetos a ella”.⁹

El Diccionario de Derecho Civil y de Familia la define como “Institución de derecho de familia cuyo objetivo es la asistencia, protección y representación de los hijos menores de edad no emancipados, mediante una serie de facultades, derechos y deberes a los ascendientes, así como deberes y derechos a los descendientes”.¹⁰

⁷ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez Rosalía. *Derecho de Familia*. Ed. Oxford. México, 2005. pág. 227.

⁸ Méndez Costa, María Josefa y Daniel Hugo D’ Antonio. *Derecho de Familia*. Tomo III. Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2001. pág. 273.

⁹ De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez Roberto. *Derecho familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal*. 2ª Edic. Ed. Porrúa. México, 2005. pág. 257.

¹⁰ Álvarez de Lara, Rosa. et. al. *Diccionario de Derecho Civil y de Familia*. Voz: Patria potestad. Ed. Porrúa. México, 2004. pág. 289.

Como nos podemos percatar, las anteriores definiciones doctrinales, no son uniformes, ya que han definido a la patria potestad de diversas formas; como una institución, una potestad y algunas más como una función, incluso la naturaleza jurídica de dicha figura jurídica es objeto de discusión entre los investigadores.

Cabe mencionar que el Código Civil para el Distrito Federal *no define* a la patria potestad, simplemente establece que los hijos menores de edad no emancipados están bajo ella mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla (artículo 412), sobre la persona y los bienes de los hijos (artículo 413).

Por nuestra parte, definimos a la patria potestad como sigue:

“La patria potestad es una Institución de Derecho Familiar, derivada de la filiación, cuyo objetivo es el cuidado, asistencia, vigilancia, formación, y protección de la persona así como la administración de los bienes de los descendientes menores de edad no emancipados”.

1.1.1 Características de la patria potestad

Para Ignacio Galindo Garfías las características de esta institución se desprenden de “la función propia de la patria potestad (la protección de los hijos) a la fuente u origen de la institución (la filiación) y a la naturaleza de ella (cargo privado de interés público).¹¹

A continuación expondremos las características que describen a la patria potestad.

¹¹ Galindo Garfías I. Op. cit. pág. 674.

Es de orden público

La patria potestad presenta esta característica, ya que el objeto de ésta, reeditúa en la debida formación de los menores, y es por ello que el Estado tiene interés en el debido desarrollo de éstos.

El orden público es definido por Rafael de Pina Vara como: “Estado o situación social derivada del respeto a la legalidad establecida por el legislador”¹², posteriormente manifiesta que “cuando se dice que tal o cual ley es de orden público, se ignora o se olvida que todas las leyes lo son, porque todas ellas tiene como fin principal el mantenimiento de la paz con justicia, que persigue el derecho. El orden público se perturba cuando el derecho no es respetado.”¹³

Así, el derecho al ser un instrumento de convivencia, recoge los valores que regulan a la sociedad y en específico la actitud de protección, educación, y bienestar de los menores a cargo de sus padres y las eleva a conductas de interés público que se reflejan en nuestra legislación, sobre todo cuando se contempla la posibilidad de que el Ministerio Público o el Juez de lo Familiar intervengan, en caso de incumplimiento o controversia de los padres en relación a los deberes que tienen respecto de sus menores hijos.

Es irrenunciable

La patria potestad no es renunciabile, en primera, por ser una conducta de interés público y en segunda porque de serlo se causaría un perjuicio al menor.

Nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal señala en su artículo 6º, lo siguiente:

¹² Pina Vara, Rafael, De. *Diccionario de Derecho*. Voz: Orden público. 11ª Edic. Ed. Porrúa. México, 1983. pág. 373.

¹³ *Idem*.

Artículo 6º. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

Esta irrenunciabilidad deriva de la propia naturaleza de la patria potestad, ya que es un cargo de derecho que se ejerce en *interés público* que es definido como un “principio basado en la utilidad o conveniencia por el cual se debe servir a los más ante los menos, buscando el bien general.”¹⁴

En el supuesto de que el padre o la madre pudieran renunciar al ejercicio de la patria potestad, se derivaría en el total abandono del deber de guarda y protección del menor, perjudicando la formación integral de los menores que se encuentran bajo ella, además de encontrarnos ante la inobservancia de un deber de protección encomendado por el ordenamiento jurídico que involucra el cumplimiento de la responsabilidad más formal que tienen los seres humanos: ser padres.

Es excusable

Es excusable en términos del artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal vigente que señala:

Artículo 448. La patria potestad no es renunciable; pero aquéllos 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.

Tal excusa debe fundarse en una causa previamente establecida, ante el Juez de lo Familiar, quien determinará de acuerdo al orden establecido en la ley la

¹⁴ Laura Valletta, María. *Diccionario Jurídico*. Voz: Interés público. 3ª Edic. Ed. Valletta. Buenos Aires, Argentina. 2004. pág. 512.

persona que continuará ejerciendo la patria potestad. En caso de no haberla, el Juez le nombrará un tutor al menor.

Es intransferible, intransmisible

Es de carácter personalísimo, no puede ser objeto de transferencia o delegación mediante convenio alguno o enajenación, pues encuentran su fundamento en la filiación (forma en que se genera el vínculo paterno) que se origina inicialmente con la institución del matrimonio, (aunque en las relaciones extramatrimoniales también vamos a encontrar la institución de la patria potestad; una vez que se ha hecho el reconocimiento de los menores).

Aunado a lo anterior, es dable señalar que los derechos que constituyen a la patria potestad, son personalísimos, como sucede en todas las relaciones de carácter familiar, de tal suerte que no pueden ser objeto de negocios, ni tampoco pueden transferirse por ningún título oneroso o gratuito.

Acorde a lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido:

PATRIA POTESTAD, DERECHOS DERIVADOS DE LA. SON INTRANSMISIBLES. Los derechos familiares, como son los inherentes a la patria potestad, son intransmisibles, en virtud de que se conceden legalmente tanto en consideración a la persona del titular, como atendiendo a la relación jurídica entre padres e hijos menores de edad; aunado lo anterior, al carácter de interés público que existe en esos derechos; lo que produce como consecuencia, la nulidad en caso de que se estipule lo contrario.

Semanario Judicial de la Federación. Tercera Sala. T. I. Primera Parte-1.
Enero a Junio. 1988. P. 372.

Sin embargo, antes de las reformas del 25 de mayo de 2000 al actual Código Civil para el Distrito Federal, la patria potestad se podía transmitir solamente por adopción simple. A este respecto, la maestra Sara Montero Duhalt nos refiere que:

“... Cuando un menor de edad está sujeto a la patria potestad y los que la ejercen (padres o abuelos) dan su consentimiento para que el hijo o nieto sea dado en adopción, transmiten a través de este acto el ejercicio de la patria potestad, que pasa a los padres adoptantes. Fuera de este acto jurídico que tiene que revestir todas las formalidades exigidas por la ley y ser acordada por el juez de lo familiar, no existe otra forma de transmitir la patria potestad “. ¹⁵

Actualmente, la adopción plena extingue la filiación del adoptado con sus ascendientes y en general con su familia de origen, rompiendo los lazos biológicos y, consecuentemente el adoptado es sujeto de los mismos derechos y obligaciones a que es sujeto el hijo consanguíneo. En tales circunstancias la patria potestad no acepta ningún caso de transmisión, toda vez que el adoptante la asume como un hecho natural.

Imprescriptible

El hecho de no ejercer los derechos y obligaciones que derivan de la patria potestad por algún tiempo, no los extingue, toda vez que su existencia no depende del ejercicio continuo o la falta de éste por ser parte del Derecho de Familia.

Las personas que ejercen la patria potestad si no lo hicieran no perderán su deber y derecho para ejercerla, -salvo resolución judicial que así lo determine-. Tampoco obtendrán el ejercicio de la institución en estudio, aquellas personas no designadas por la ley que cuiden, protejan y representen a un menor de edad por un tiempo considerable.

¹⁵ Montero Duhalt, S. Op. cit. pág. 343.

La prescripción es la forma de adquirir o perder un derecho por el sólo transcurso del tiempo y en materia de patria potestad no opera este concepto.

Temporalidad

La patria potestad es temporal, pues perdura hasta que los hijos e hijas cumplan la mayoría de edad, o cuando el menor contrae matrimonio antes de cumplir dieciocho años y se emancipe. Tratándose de incapacitados se ejercerá la patria potestad mientras dure ese estado.

El artículo 646 del Código Civil para el Distrito Federal vigente prevé que la mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos, por lo que este cargo dura tanto como la minoría de edad de los hijos.

Es importante advertir que cuando el menor de edad se emancipa, esto es, cuando el menor de 18 años contrae matrimonio, termina el ejercicio de la patria potestad y en caso de disolución de éste, el menor no vuelve a recaer en la patria potestad (artículo 641).

Tracto Sucesivo

Manuel Chávez Asencio, agrega esta característica a la patria potestad, que se refiere a que el tiempo señalado para el ejercicio de la patria potestad es continuo y no se agota hasta que la misma se extinga por las causas marcadas en la ley.

El cumplimiento de la patria potestad implica una serie sucesiva de actos en beneficio de la educación, guarda, atención y administración de los bienes de los menores a lo largo de su minoría de edad o bien hasta que se haya emancipado.

Gratuita

La patria potestad al derivarse de un vínculo afectivo, resultado de la procreación o de la adopción, genera un deber moral-natural tanto en el padre como en la madre para atender y satisfacer las necesidades y los intereses de sus hijos e hijas, por tanto, no hay lugar a recibir retribución, salario u horario por su desempeño.

1.1.2. Sujetos de la patria potestad

Para su mejor estudio los sujetos de la patria potestad se clasifican en:

- *Sujetos activos*.- Quienes deben desempeñar el cargo.
- *Sujetos pasivos*.- Aquél sobre quien se cumple el cargo.

Los *sujetos activos* de la patria potestad son los *padres* (ascendientes); padre y madre conjuntamente, y a falta de uno, el que sobreviva; si faltan o están imposibilitados ambos padres, la ejercerán los abuelos paternos o maternos, según el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.¹⁶

“Debe indicarse que si bien el código civil, no prohíbe expresamente que la patria potestad sea compartida por un abuelo de un lado (v. gr. la abuela paterna) con un abuelo del otro (v. gr. el abuelo materno), debe interpretarse que para el buen desarrollo físico y psicológico del menor debe restringirse a una sola línea, ya sea paterna o materna”¹⁷, de igual forma es conveniente evitar la separación y

¹⁶Artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal.- “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”.

¹⁷ De la Mata Pizaña, F. y Garzón Jiménez R. Op. cit. pág. 263.

repartición de los menores no emancipados entre los abuelos de las dos diferentes líneas, aunque el Juez es la persona indicada para determinarlo.

Sí los menores no tienen padres o abuelos se les nombrará un tutor.

Como reseña histórica, referimos que antes de las reformas de mayo de 2000 los sujetos activos de la patria potestad eran designados en razón de que los menores fueran hijos matrimoniales o extramatrimoniales.

En ambas condiciones (matrimoniales o extramatrimoniales) los menores se encontraban bajo la patria potestad de ambos padres, a falta de uno, ésta recaía en el que quedara vivo. A falta o por imposibilidad de ambos padres y tratándose de hijos matrimoniales, serían primero los *abuelos paternos* quienes ejercerían el cargo, sí ambos murieran o no fueran aptos los *abuelos maternos* desempeñaban tal función, aplicándose una norma discriminatoria para estos últimos. Siendo hijos procreados fuera de matrimonio y a falta de ambos padres, la patria potestad era ejercida por los abuelos paternos o maternos de acuerdo al orden que el Juez determinara.

Para los *hijos habidos fuera del matrimonio* (hijos extramatrimoniales), “la patria potestad corresponde al que reconozca al hijo en primer lugar, si los dos padres lo reconocen simultáneamente se resolverá de común acuerdo y en caso de controversia, el juez de lo familiar resolverá lo más conveniente para el menor”.¹⁸

Sí los hijos extramatrimoniales no han sido reconocidos por ambos padres, el Juez de lo Familiar los proveerá de un tutor.

Por otra parte, son *sujetos pasivos*; los hijos de matrimonio menores de 18 años no emancipados, los incapacitados mayores de edad mientras dure este estado.

¹⁸ Baqueiro Rojas, E. y Buenrostro Báez R. Op. cit. pág. 228.

Los hijos extramatrimoniales, están sujetos a patria potestad de ambos progenitores, o de uno de ellos, cuando el reconocimiento se haya hecho por ambos padres o por uno sólo.

1.1.3 Efectos de la patria potestad

La patria potestad integra ciertos deberes y derechos recíprocos entre los padres y los hijos, consecuencia de la relación jurídica que “nació de la natural relación de la pareja humana y perdurará independientemente de la disolución del vínculo matrimonial”¹⁹. Con el debido ejercicio de la misma, se podrá otorgar al menor las herramientas necesarias para su formación y desarrollo, justificando de alguna forma la autoridad de los ascendientes sobre los descendientes.

Si bien la patria potestad se ejerce en beneficio de los menores y supone un conjunto de obligaciones para los padres, también les corresponde a los hijos ciertos deberes. El artículo 411, párrafo primero del Código Civil para el Distrito Federal establece que:

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

Por lo que el menor no emancipado tiene la obligación de respetar y obedecer a sus padres mientras que permanezca bajo su patria potestad.

Éste deber de obediencia:

“... se deriva como señalan O’ CALLANGHAN y ALBALADEJO, de la patria potestad, el respeto, sin embargo, es inherente a la filiación y, por tanto, existe aún después de extinguida la patria potestad. Los hijos están

¹⁹Chávez Ascencio, Manuel F. *Convenios Conyugales y Familiares*. 4ª Edic. Ed. Porrúa. México, 1999. pág. 105.

obligados a obedecer los mandatos de los padres siempre que sean lícitos y no sean contrarios al Derecho.”²⁰

Consecuentemente enunciaremos los efectos de la patria potestad, en donde se engloban los derechos y deberes del sujeto activo y pasivo de esta relación, cabe mencionar que los primeros cuatro corresponden a los efectos en relación con la persona del menor, y el quinto de ellos concierne a los efectos en cuanto a los bienes de éste, según los divide la doctrina y legislación mexicana.

<i>EFFECTOS EN RELACIÓN CON LA PERSONA DEL MENOR</i>	}	<ul style="list-style-type: none"> - En cuanto a la representación del menor - En cuanto al domicilio del menor - En cuanto a la educación del menor - En cuanto a la convivencia del menor
<i>EFFECTOS EN RELACIÓN CON LOS BIENES DEL MENOR</i>	}	<ul style="list-style-type: none"> - En cuanto a la administración de los bienes del menor

Estos efectos “en cuanto a la persona, comprende todo lo relativo al cuidado y la atención para cumplir los deberes de quien ejerce la patria potestad. En el aspecto patrimonial se comprende la administración de los bienes y la representación dentro y fuera de juicio” .²¹

➤ *Efectos de la patria potestad en cuanto a la representación del menor*

Quienes ejerzan la patria potestad tienen la facultad de representación de la persona y bienes de los hijos menores no emancipados. Los hijos menores de edad al tener disminuida su capacidad de ejercicio son incapaces de actuar por sí mismos

²⁰ Lledó Yague, Francisco, et. al. *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Ed. Dykinson. Madrid, 2002. pág. 272.

²¹ Chávez Asencio, M. F. Op. cit. pág. 109.

en distintos actos. Al respecto el artículo 424 del Código Civil para el Distrito Federal vigente, establece:

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.

El hijo menor es sujeto de derechos y obligaciones. Los progenitores son las personas indicadas para ejercer la representación del menor en los supuestos marcados por el propio artículo, cabe mencionar que los menores son incapacitados por carecer de la llamada capacidad de ejercicio y contar únicamente con la capacidad de goce, de ahí precisamente que para poder ejercitar sus derechos, tengan que hacerlo forzosamente por conducto de los que ejercitan esa potestad.

Es necesario resaltar que la representación del menor comprende todos los actos judiciales y extrajudiciales que no puede ejecutar por sí sólo. La persona que ejerza la patria potestad deberá representar a los hijos en juicio, y no podrá celebrar ningún arreglo para concluirlo si no cuenta con el consentimiento expreso de su cónyuge y con la autorización judicial cuando se requiera así por la ley (Artículo 427 del Código Civil para el Distrito Federal).

Consecuentemente, el menor para contraer una obligación o realizar cualquier acto potestativo, respecto de su patrimonio, tendrá que hacerlo por medio de sus representantes (padres o abuelos) y se producirán efectos jurídicos respecto del representado. Tocante a lo anterior, Maria Josefa Méndez Costa y Daniel Hugo D' Antonio señala que: "Aún cuando el representante no emite en rigor un verdadero y propio acto de decisión, el negocio jurídico resulta válido y vinculante para el incapaz, por cuanto la ley confiere esa consecuencia jurídica a la manifestación de la voluntad

del representante, la cual adquiere carácter de legitimidad y pasa a ser productora de efectos jurídicos [...]”.²²

Los ascendientes encuentran una restricción en cuanto a la representación del menor, toda vez que el que ejerce o los que ejercen ésta función, no deberán ejecutarla si se encuentran ante un conflicto de intereses opuestos al del (los) representado (s). Así el artículo 440 del Código Civil para el Distrito Federal considera que:

Artículo 440. En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el Juez para cada caso.

➤ *Efectos de la patria potestad en cuanto al domicilio del menor*

El menor debe habitar en la casa del o de quienes ejerzan la patria potestad, y no podrá dejarlo sin autorización de sus progenitores o de una orden judicial emitida por el Juez de lo Familiar, tal y como lo señala el artículo 421 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Cabe señalar que el artículo 31, fracción I del Código Civil vigente reputa como domicilio legal del menor de edad no emancipado el de la persona a cuya patria potestad está sujeto, por tanto, los menores sujetos a patria potestad tienen su residencia en la casa de quien la ejerce, ya sean los padres o abuelos.

El domicilio del menor, además de ser un atributo inherente a su personalidad, es considerado base de la patria potestad, por cuanto que de éste resulta el acatamiento y fundamento de otros derechos importantes como los de guarda y custodia.

²² Méndez Costa, M. J. y D'Antonio D. H. Op. cit. pág. 308.

Por otra parte, si bien el menor tiene el deber de vivir en el domicilio legal que le designen quienes ejercen la patria potestad, éstos deberán custodiar con cuidado al menor, velando siempre por su interés, toda vez que cuentan con la tenencia o guarda física de los hijos.

➤ *Efectos de la patria potestad en cuanto a la educación del menor*

El deber de educación es un efecto importante de la patria potestad, porque se “reconoce el derecho de los padres para corregir y amonestar, pero no como consecuencia de un deber-derecho, sino como un derecho para lograr el respeto, obediencia y aplicación por parte del hijo que son deberes a cargo de él”.²³

El Código Civil sustantivo señala que los sujetos activos de esta potestad tiene la obligación de educar convenientemente al menor sujeto a ella así como observar buena conducta que sirva a los menores de buen ejemplo y poder corregirlos cuando sea necesario, por supuesto que estas facultades son limitativas porque el “corregir” no es sinónimo de “maltratar” tanto física como emocionalmente, por lo que al educar a los menores se debe de respetar su integridad, evitando con ello las conductas que fomenten violencia familiar.²⁴

Por otra parte, suele confundirse como sinónimo de *educación*, a la *instrucción escolar* del hijo, pensándose que con ella se cumple con la obligación legal de “educar” al hijo, enviándolo a una buena escuela y complementando su educación con otras actividades deportivas o artísticas. La *instrucción escolar* nos va a permitir el desarrollo y la obtención de conocimientos básicos y sólo constituye una parte del

²³ Chávez Asencio, Manuel F. *La familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*. 4ª Edic. Ed. Porrúa. México, 2001. pág. 287.

²⁴ Al respecto, el artículo 422 del Código Civil para el Distrito Federal señala: “A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia incumbe la obligación de educarlo convenientemente. Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela o de cualquier autoridad administrativa que dichas personas no cumplen con la obligación referida, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.” En la practica es difícil que se de este caso, de lo contrario la violencia familiar estaría erradicada del Distrito Federal.

deber de educación mínima para que el menor pueda obtener en el futuro un trabajo que le permita tener una vida digna, mientras que la *educación* debe entenderse no sólo como la instrucción escolar tendiente a formar un profesional, sino también como “la influencia psíquica a fin de capacitar corporal, espiritual y socialmente al hijo, de acuerdo con sus aficiones y aptitudes y en armonía con las circunstancias”²⁵.

La *educación moral* comprende lo relacionado a la buena conducta y comportamiento del menor en sociedad. Por lo que concierne a los menores, éstos deberán atender las orientaciones de los padres que señalan “el camino para lograr una conducta moral. Transmitir los valores éticos de la familia y de la comunidad según la cultura de cada país.”²⁶

Daniel Hugo D´ Antonio considera como parte de esta educación el “control de amistades y visitas”, esto significa que los progenitores pueden oponerse a la amistad que los hijos tengan con terceras personas (nocivas), incluyendo la interceptación de correspondencia y prohibición de lecturas o entretenimientos dañinos.

Respecto a la *educación religiosa*, los padres tiene derecho de iniciar a los hijos en la creencia religiosa que estimen conveniente y cuando los hijos cumplan la mayoría de edad, tendrán la libertad de profesar la creencia religiosa que más les agrade, tal y como lo señala el artículo 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Tocante al tema, hemos de mencionar que la educación básica que se imparte en México es laica, esto es, ajena a cualquier doctrina o creencia religiosa, motivo por el cual es indudable que los padres son los únicos que deben proporcionar la educación religiosa.

²⁵ D´Antonio, Daniel Hugo. *Patria Potestad*. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1979. pág. 97.

²⁶ Chávez Asencio, M. F. Op. cit. pág. 299.

Por último, al ser la educación parte de los alimentos, tal y como lo señala el artículo 308, fracción II del Código Civil local y debido a la situación económica de las familias mexicanas, muchos padres se ven imposibilitados para proporcionar alimentos a sus hijos y por tanto educación. Por ello, la ley determina que si existen otros parientes con la capacidad económica suficiente para proporcionar alimentos, recaerá en ellos esta obligación; no siendo causa de pérdida de la patria potestad por parte de quien la ejerce.

➤ *Efectos de la patria potestad en cuanto a la convivencia del menor*

Esta convivencia entre los progenitores y sus hijos se desenvuelve normalmente en el núcleo familiar, pero tratándose de crisis familiares la ley contempla la conservación de ciertos derechos, incluyendo el derecho de convivencia, aún después de efectuado el divorcio o separación de la pareja.

El deber de convivencia lo podemos definir como: la natural consecuencia de la función de la patria potestad y del deber de cuidado y custodia con el descendiente, cuya finalidad es lograr una adecuada comunicación y vigilancia de su educación para conseguir la estabilidad personal y emocional del menor. Es darle afecto, calor humano, presencia personal y respaldo espiritual.²⁷

En caso de llevarse a cabo la disolución del vínculo matrimonial o la separación de los progenitores, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus obligaciones y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente en base al interés del menor, quedando éste bajo el cuidado y atenciones de uno de ellos y el otro estará obligado a colaborar en su alimentación y crianza conservando el derecho de convivencia con el menor,

²⁷ Ibidem, pág. 291.

conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial (artículo 416).

La denominación con la cual se le conoce al derecho de convivencia en otras legislaciones tanto nacionales como extranjeras es como “derecho de visita”; cuyos objetivos son diferentes, toda vez que lo que se pretende en la convivencia es muy diferente a lo que una visita produzca entre padres e hijos, incluso la visita forma parte de la convivencia.

La respuesta que el hijo tenga respecto de la convivencia será en la medida en que su edad lo permita así como de los sentimientos inculcados por el cónyuge que tiene la custodia, quien deberá procurar que la convivencia familiar se logre, basada en el respeto (aunque en la práctica sea todo lo contrario).

En este efecto de la patria potestad, los protagonistas son el menor, ambos progenitores y sus ascendientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente basado en el interés superior del menor (artículo 416 Bis).

Finalmente, precisamos que los menores tienen la prerrogativa de convivir sanamente con ambos, aún cuando no vivan en el mismo techo.

➤ *Efectos de la patria potestad en cuanto a los bienes*

En relación a los efectos que se derivan de esta institución respecto de los bienes del menor es necesario establecer que el menor de edad no se encuentra impedido de contar con un patrimonio propio, puesto que como anteriormente se precisó, éste cuenta con la capacidad jurídica de goce, por ello podrá ser propietario de todos los bienes y derechos que haya adquirido a título oneroso o gratuito.

Sin embargo, son los ascendientes los que fungirán como legítimos representantes y administradores de los bienes de los menores.

Cuando sean dos las personas que ejerzan esta función, será necesario nombrar un sólo administrador por acuerdo mutuo, recayendo en éste la obligación de consultar a su cónyuge y obtener su consentimiento respecto de los negocios y la administración que podría afectar o no, el patrimonio del menor (artículo 426).

En relación a lo antes expuesto, el maestro Manuel F. Chávez Asencio considera que esta “administración es unipersonal con participación”.²⁸

El artículo 428 del Código Civil para el Distrito Federal, divide los bienes del menor sujeto a patria potestad en dos clases:

<p><i>BIENES DEL MENOR SUJETO A PATRIA POTESTAD</i></p>	}	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Bienes que adquiera por su trabajo.</i> - <i>Bienes que adquiera por cualquier otro título.</i>
---	---	---

- *Bienes que adquiere por su trabajo*

Respecto de la expresión “*bienes que adquiera por su trabajo*”, debe entenderse en sentido amplio, es decir, no solo deberán comprenderse aquellos bienes que física y directamente devengan del trabajo, sino también los que se obtengan con el salario que se adquiera por razón del mismo.

El artículo 429 del Código Civil sustantivo dispone que estos bienes, llamados “de la primera clase” corresponden en *propiedad, administración y usufructo* al hijo.

²⁸ Chávez Asencio, M. F. Op. cit. pág. 109.

No obstante, aunque el menor pretenda enajenar o vender algún bien adquirido por su trabajo, la representación de sus progenitores sigue predominando para los efectos de la rúbrica en los actos jurídicos correspondientes, por lo que hasta cierto punto es cuestionable el hecho de que el menor tenga la propiedad y sea dependiente para venderla, lo anterior se advierte en la redacción del artículo 435 del Código Civil que refiere:

Artículo 435.- Cuando por ley o por la voluntad del padre el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces.

Por lo tanto, el menor es considerado como emancipado respecto de la administración de sus bienes cuando obtiene la edad y madurez suficiente para hacerlo, pero no en cuanto a los actos de disposición de éstos.

- Bienes que adquiera por cualquier otro título

Los bienes de la segunda clase son los que adquieren los incapaces por otro medio diferente al de su trabajo. Al respecto el artículo 430 establece que:

“En los bienes de la segunda clase, la *propiedad* y la *mitad del usufructo* pertenecen al *hijo*; la *administración* y la *otra mitad del usufructo* corresponden a las *personas que ejerzan la patria potestad*. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por *herencia, legado o donación* y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto”.

En la última parte del artículo antes citado, el legislador advierte una excepción a la regla de que la mitad del usufructo pertenezca a los que ejercen la patria potestad, ya que si la voluntad del testador o donante respecto de los bienes que otorga por herencia, legado, donación, azares de la fortuna o cualquier título

gratuito es que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, deberá de cumplirse.

Para que los hijos sometidos a la patria potestad tengan la seguridad de la preservación de su patrimonio, la ley impone ciertas *restricciones* a los que ejercen la patria potestad al momento de administrar los bienes del menor no emancipado. Estas restricciones, incluyen la obligación (por parte del administrador) de rendir cuentas de la administración de los bienes de los hijos (artículo 439).

Los *actos restringidos* que no podrán realizar los que ejercen la patria potestad, los señala el artículo 436 del Código Civil y son los siguientes:

- Enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo. Salvo absoluta necesidad o evidente beneficio, previa autorización del juez de lo familiar.²⁹
- Celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir renta anticipada por más de dos años.
- Vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos, y ganados por menor valor del que se cotiza el día en que se realice la venta.
- Hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos.
- Dar fianza en representación de los hijos.

El resto de los actos de disposición serán libremente efectuados por los padres, salvo los que se refieren a inmuebles o muebles preciosos que requerirán de

²⁹ A este respecto, las personas que ejerzan la patria potestad podrán enajenar o gravar los bienes inmuebles y muebles preciosos pertenecientes al menor, únicamente cuando acrediten la necesidad o el beneficio que esto traería, para ello es necesario que el juez competente, otorgue licencia a los sujetos activos de dicha institución, y precisamente por ser ésta figura jurídica una institución protectora de los menores, se tomarán las medidas necesarias para hacer que la ganancias producidas de tal venta se dediquen al objeto al que se destinó y el resto se invierta en la compra de otro inmueble o se constituya en hipoteca en favor del menor.

Más aún, el precio de la venta deberá depositarse en una institución de crédito que normalmente es el Banco de Ahorro Nacional y Servicios Financieros (BANSEFI), para que la persona que ejerce la patria potestad no pueda disponer de éste sin orden judicial que así lo determine.

la autorización judicial.³⁰ Durante el trámite referido (para autorizar la enajenación de los bienes), el juez designará un tutor especial quien desempeñará su cargo únicamente dentro de este procedimiento, toda vez que las facultades de representación para celebrar cualquier acto jurídico es potestad de los que ejercen esta institución.

Por otra parte tal y como suele suceder en las relaciones familiares, no siempre se tienen los mismos intereses, es por ello, que *si existe discrepancia o un interés opuesto al del hijo en relación a los bienes*, los ascendientes dejarán de ser sus representantes dentro y fuera de algún juicio y consecuentemente, el Juez de lo Familiar deberá nombrar a un tutor que se hará cargo de estas funciones.

Además, el Juez de lo Familiar podrá intervenir en la administración de los bienes de la segunda categoría, cuando ésta sea inadecuada, así lo dispone el artículo 441 del Código Civil:

Los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.

Estas medidas se tomarán a instancias de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público en todo caso.

En virtud de lo anterior, los progenitores cuentan con la facultad de administrar libremente los bienes de esta segunda clase, pero si esta administración es incorrecta, el Juez de lo Familiar podrá intervenir para resolver lo conducente.

Los efectos respecto de los bienes del hijo terminan naturalmente cuando los hijos se emancipen o bien alcanzan la mayoría de edad, toda vez que su capacidad se incrementa respecto de todos los bienes, tanto los adquiridos antes y

³⁰ De la Mata Pizaña, F. y Garzón Jiménez R. Op. cit. pág. 270.

posteriormente de haber obtenido la emancipación o alcanzar la edad de 18 años, siempre y cuando tenga la capacidad y madurez para hacerlo, en tales circunstancias, las personas que ejercen hasta ese momento la patria potestad deberán hacer entrega a sus hijos de los bienes y frutos de los que son propietarios (Artículo 442).

Con respecto a los bienes de la segunda clase, existe el llamado “*usufructo legal*”, conocido también como “usufructo legal del padre”, el cual entenderemos al recordar qué se entiende por *usufructo*, al respecto el artículo 980 del Código Civil para el Distrito Federal señala:

Artículo 980. El usufructo es el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos.

Así, el *derecho real de usufructo* consiste en el disfrute de una cosa con la obligación de conservar su forma y sustancia, para posteriormente restituirla a su dueño siempre y cuando ésta no fuera fungible; o bien, si la cosa fuera fungible se deberá devolver igual cantidad y calidad del mismo género o pagar su valor. El usufructuario adquiere la facultad temporal de hacer suyo todo lo que produce el bien con la obligación de mantener su sustancia.

El ascendiente administrador, podrá renunciar a la mitad del usufructo, e instituirlo a favor del hijo, lo cual se considerará como donación. Así lo disponen los artículos 431 y 432 del Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 431.- Los padres pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda.

Artículo 432.- La renuncia del usufructo hecha en favor del hijo se considera como donación.

El legislador “concede crédito a los que ejercen la patria potestad (padres o abuelos) por la justificada suposición de que a éstas personas les mueve

normalmente el afecto y el interés hacia sus descendientes más que el suyo propio”, por tal motivo, exceptúa el deber de otorgar fianza por la titularidad del usufructo concedido, sin embargo la ley señala en el artículo 434 del Código Civil tres casos excepcionales en los cuales se deberá otorgar fianza: ³¹

- ✓ Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra o estén concursados;
- ✓ Cuando contraigan ulteriores nupcias;
- ✓ Cuando su administración sea notoriamente ruinoso para los hijos.

El usufructo legal concedido a las personas que ejercen la patria potestad, será temporal y es el artículo 438 el que señala los casos en los cuales se extingue:

Artículo 438. El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, se extingue:

- I.- Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos;
- II.- Por la pérdida de la patria potestad;
- III.- Por renuncia.

A las anteriores causas de extinción del derecho de usufructo debemos añadirle también la muerte del menor.

Una vez estudiado de forma general el usufructo al que hicimos referencia, nos surge cierta interrogante al respecto; toda vez que el usufructo al ser un derecho real sobre bienes ajenos, ¿cómo es que éste se constituye en los bienes de los cuales el menor es propietario?.

Por lo que se refiere al usufructo que le corresponde al padre, consideramos que éste debe determinarse en favor de los menores por derivar de una institución protectora de éstos (patria potestad), y no en favor del padre de familia o usufructuario.

³¹ Montero Duhalt, S. Op. cit. pág. 351.

1.1.4 Instituciones afines

La patria potestad puede ser fácilmente confundida con otras figuras cuya finalidad primordial lo son también la *protección, bienestar y cuidado de los menores* no emancipados.

Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez señalan a la *custodia y el acogimiento* como esas dos instituciones jurídicas a las cuales nos referimos al inicio de este apartado.

Antes, advertiremos que el estudio de la custodia se hará de forma breve para omitir ser repetitivos, porque de ella específicamente nos encargaremos más adelante. Por lo que respecta a la *custodia*, diremos que en numerosas ocasiones se le ha confundido con la patria potestad, precisamente por la estrecha relación que existe entre ambas, ignorando que ésta únicamente es complemento y prerrogativa de la patria potestad.

La custodia puede definirse como “una situación jurídica que implica el cuidado directo y vigilancia inmediata de un menor derivada de la filiación o parentesco, de una sentencia judicial o de la determinación contractual de los sujetos a quienes corresponde originariamente”³², ésta comprende el cumplimiento de deberes a cargo de los padres, entre ellos el tener a los hijos en su compañía y así poder ejercitar con respecto a ellos las facultades integrantes de la patria potestad.

Alicia Pérez Duarte señala las diferencias que existen entre la custodia y la patria potestad las cuales se aprecian en el cuadro comparativo que para tales efectos presentaremos al final del presente apartado.³³

³² De la Mata Pizaña, F. y Garzón Jiménez, R. Op. cit. pág. 257.

³³ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena. *Derecho de Familia*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1994. págs. 229-232.

Por lo que se refiere a la institución del *acogimiento*, comenzaremos por mencionar que ésta existe en numerosos ordenamientos jurídicos europeos, como por ejemplo en España, país en donde incluso el acogimiento se ha clasificado en: acogimiento que se *constituye en una persona o familia* ³⁴ y el *acogimiento en Institución*. La finalidad que tiene el acogimiento en España es la de disminuir los efectos negativos en el menor causados por la carencia familiar, sin que por ello se rompan los vínculos familiares que unen al menor con su grupo de origen.

En México podemos definir al acogimiento como “una institución de origen hispano que busca dar efectos legales a la relación fáctica de protección, existente entre un sujeto llamado acogedor y un menor desamparado llamado acogido”. ³⁵

Esta figura aportada por el legislador del 2000, tiene como objetivo la protección, resguardo y asistencia inmediata del menor desamparado (niños de la calle). Para ello, se confía la protección de éste a una persona, familia o institución que los haya acogido para su cuidado y custodia temporal.

La causa por la cual el acogimiento es afín a la patria potestad es porque el acogedor tiene la obligación de custodiar, velar, alimentar, educar, vigilar, así como cubrir sus necesidades tanto materiales como morales y proporcionarle una formación integral al acogido, objetivos que también la patria potestad tiene respecto de los hijos menores no emancipados, salvo que en el acogimiento se excluye

³⁴ En España, existe tres sub-clasificaciones del acogimiento de menores que se constituye en una persona o familia, los cuales son los siguientes: “1. acogimiento simple en familia: medida de carácter provisional, tendente a propiciar condiciones adecuadas para que el menor pueda ser reintegrado en su núcleo familiar de origen. 2.- Acogimiento familiar permanente: en el que desaparece la característica de la temporalidad debido a razones de edad del menor o cuando concurren cualesquiera circunstancias que así lo aconsejen. 3.- Acogimiento preadoptivo.- Se trata de una medida encaminada a la posterior y subsiguiente adopción del menor acogido, salvo en los supuestos del hijo del cónyuge, pariente o tutelado. El régimen jurídico es similar al de la adopción, con la salvedad de que si no existe oposición puede ser constituida por la entidad pública, sin necesidad de intervención judicial, y en segundo término, que es de naturaleza reversible, tanto si los acogedores desisten de continuar, como si el menor rechaza la familia, como si por los equipos técnicos que realizan el seguimiento se descarta la prosecución del camino iniciado, o el juez lo decreta por algunas de las causa previstas legalmente”. Lledó Yague, F. Op cit. pág. 388.

³⁵ De la Mata Pizaña, F. y Garzón Jiménez R. Op. cit. pág. 258.

cualquier actividad relacionada con la representación del menor o la administración de sus bienes, ya que éstas funciones las decidirá el Juez de lo Familiar.

El artículo 492 del Código Civil para el Distrito Federal regula *el acogimiento de menores* efectuado por instituciones especializadas y por personas en general al indicarnos lo siguiente:

CAPITULO V

DE LA TUTELA DE LOS MENORES ABANDONADOS Y DE LOS ACOGIDOS POR ALGUNA PERSONA, O DEPOSITADOS EN ESTABLECIMIENTOS DE ASISTENCIA.

Artículo 492. La ley coloca a los expósitos y abandonados bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones previstas para los demás tutores.

Se considera *expósito* al menor que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y *no pueda determinarse su origen*. Cuando la situación de desamparo se refiera a un menor cuyo origen se conoce, se considerará abandonado.

El acogimiento tiene por objeto la protección inmediata del menor; si éste tiene bienes, el Juez decidirá sobre la administración de los mismos [...]

De tal forma que la persona que acoge a un menor, desempeñará el papel de tutor de éste, sujetándose por tal a lo establecido por la ley para los demás tutores, salvo en lo que se refiere a la administración de los bienes.

Quien haya acogido a un menor deberá dar aviso al Ministerio Público dentro de las 48 horas siguientes de haberlo acogido. De igual forma los responsables de las casas de asistencia, ya sean públicas o privadas que hayan recibido menores, objetos de violencia familiar darán aviso al Ministerio Público y a quien corresponda el ejercicio de la patria potestad y no se encuentre señalado como el responsable de la violencia familiar. Al respecto creemos que el aviso del que hablamos es oscuro, pues la ley no precisa los requisitos de éste y las consecuencias de su omisión.

Aunado a lo anterior, diremos que en México, al igual que sucede en España, ésta institución precede a la adopción, conforme a lo señalado en el artículo 392 Bis:

Artículo 392 Bis. En igualdad de condiciones, se preferirá al que haya acogido al menor que se pretende adoptar.

Debido a la falta de normatividad respecto de la institución en cuestión, así como de imprecisión y oscuridad de las normas existentes, la hace fácilmente confundible con la custodia y la patria potestad.

Para concluir el presente apartado y en forma demostrativa, presentamos el siguiente cuadro comparativo que muestra los rasgos más importantes que difieren a *la custodia y el acogimiento de la patria potestad*.

	<i>PATRIA POTESTAD</i>	<i>CUSTODIA</i>	<i>ACOGIMIENTO</i>
* FINALIDAD	- Que los padres eduquen convenientemente a sus hijos, procurando su bienestar.	- El bienestar y cuidado del menor custodiado.	- La protección inmediata del menor, para proporcionarle atención.
* ORIGEN	- La filiación.	- La filiación o parentesco. - Por resolución judicial. - Determinación contractual de los ascendientes.	- El desamparo de un menor por quienes están obligados conforme a la ley y no pueda determinarse su origen.
* COMPRENDE	- La asistencia, el cuidado, protección y representación de la persona, así como la administración de los bienes del menor.	- Implica todo lo referente a los cuidados de la persona del menor.	- Implica la protección del expósito, si éste tiene bienes, será el Juez quien decida sobre la administración de los mismos.
* CARACTERISTICAS	- Intransmisible e indelegable. Por ser de carácter personalísimo a cargo de los ascendientes del menor.	- Transmisible por convenio entre los titulares. - Delegable a personas distintas, sean éstas físicas (parientes) o morales (instituciones educativas).	- Asimilable a la tutela en cuanto a las obligaciones, facultades y restricciones. - De interés público, del que nadie puede eximirse, salvo causa legítima. - Precede a la adopción en ocasiones.
* SUJETOS QUE LA EJERCEN	- <i>Sujetos activos.</i> Ambos padres conjuntamente, a falta de uno, el que le sobreviva; si faltan o están imposibilitados ambos padres, los abuelos paternos o maternos. - <i>Sujetos pasivos.</i> Hijos, incapacitados o nietos (en su caso), menores de 18 años no emancipados.	- <i>Sujetos activos.</i> Ambos padres conjuntamente. En caso de divorcio o separación, uno de ellos, o ambos compartidamente. Los abuelos maternos, paternos o parientes, así como terceras personas, ya sean físicas o morales. - <i>Sujetos pasivos.</i> Menores de edad e incapaces. En caso de que los menores de doce años sean sujetos de violencia familiar, estos deberán quedar al cuidado de la madre, excepto si esta es quien la origine.	- <i>Sujetos activos.</i> Cualquier persona que los haya acogido, sin que éstos sean parientes, así como casas de asistencia públicas o privadas. - <i>Sujetos pasivos.</i> Menores de edad desamparados por los que están obligados a su custodia, protección y cuidado, sin que se conozca su origen.

1.1.5 Causas de terminación, suspensión, pérdida, limitación y recuperación de la patria potestad

- El artículo 443 del Código Civil para el Distrito Federal señala que la patria potestad se *acaba* en los siguientes casos:

- 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.

Las causas anteriores son de carácter absolutas y pueden resumirse en cuatro causas por las cuales termina la patria potestad que son: por *muerte, emancipación, mayoría de edad y adopción*.

- Podrá *suspenderse* temporalmente los efectos de la patria potestad por mandato judicial, en las hipótesis señaladas por el artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal:

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

conserva la custodia legal, o de pariente por consanguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado;

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

Las hipótesis anteriores que enuncian la suspensión temporal de la patria potestad pueden resumirse en: *incapacidad, ausencia, vicios, sentencia condenatoria, riesgo de peligro, no permitir convivencias.*

- De acuerdo al artículo 444, la patria potestad se *pierde* por resolución judicial en los siguientes supuestos:

- 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;³⁶
- III. En los casos de violencia familiar en contra el menor;
- IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria 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.

Las causas por las cuales la patria potestad se pierde podríamos resumirlas en: *condena judicial, divorcio, violencia familiar, incumplimiento injustificado de la obligación alimentaria por más de 90 días, abandono injustificado por más de tres meses, delito doloso sobre la persona o bienes de los hijos, dos o más veces condena por delito grave.*

³⁶ La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad, por tanto, el Juez resolverá 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 (artículo 283, fracción I).

Al respecto, nuestro Código Civil en su artículo 285 señala que aunque el padre y la madre pierdan la patria potestad, quedarán sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

- La patria potestad puede ser *limitada* por sentencia judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 444 Bis, en los casos de divorcio o separación, tomando en cuenta el interés y beneficio del menor.

Ernesto Gutiérrez y González define a la *limitación* como: “La carga positiva, o bien la abstención que el legislador de una época que se considere, impone al titular de un derecho, a efecto de que no lo ejercite contra él interés de otros particulares o bien contra el interés general”.³⁷

Así, podemos comprender la necesidad (en algunos asuntos) de limitar el ejercicio de esta institución, sobre todo en aquellos casos de separación o divorcio donde las causas que lo originan afectan de forma directa la estabilidad física y emocional del o los menores.

Antes de las reformas del 2 de febrero de 2007, el artículo 283 admitía la *recuperación* de la patria potestad, sólo en aquellos casos que por cuestiones alimentarias se hubiera perdido, siempre y cuando se acreditara el cumplimiento de dicha obligación. Tal disposición afortunadamente se derogó y hoy se pierde de forma perenne.

Aplaudimos que el legislador derogue tal precepto por ser riesgoso para el bienestar del menor, toda vez que muchos padres de familia que dejan de otorgar pensión alimenticia a los menores por un período considerado (incluso años), fácilmente podían recuperar la patria potestad de sus hijos, ¿y el daño provocado al

³⁷ Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho Civil para la Familia..* Ed. Porrúa. México, 2004. pág. 441.

menor por la falta de alimentos en ese tiempo así como su desorientación emocional dónde quedaba?.

1.2 Antecedentes históricos de la custodia

1.2.1 Roma

En el Derecho romano la custodia tuvo dos significados: uno en la rama penal y otro en la civil.

En la rama civil, la obligación de custodia representó un género especial de diligencia referido a la acción de mantener la custodia y cuidado necesario de la cosa, objeto de “cualquiera de los contratos por los cuales se entraba a la tenencia de alguna cosa ajena, pues por el principio de *custodiam praestare*, el deudor respondía por las pérdidas o detrimentos de la cosa ocurridos por su dolo o culpa”.³⁸

De tal manera que el que tenía la tenencia de una cosa ajena, debía cuidarla y vigilar de ella como un buen padre de familia, de modo que ésta no se perdiera, robaran o fuese usada por terceros.³⁹

Por lo que se refiere a la custodia de los hijos, en un principio en Roma fue un derecho no regulado y consecuentemente no se hablaba de ella, puesto que el padre era el único que tenía el control y la autoridad suficiente sobre todos los miembros de la familia y por ende, éste era el único facultado para custodiar a sus hijos a tal grado que podía llegar a decidir privarles de la vida cuando éstos cometieran una falta. Por ello se puede afirmar que la custodia en un principio fue una institución patriarcal.

³⁸ Álvarez de Lara, R. et. al. Voz: Custodia. Op cit. pág. 92.

³⁹ En la actualidad y por lo que se refiere al ámbito civil, la custodia se considera como la primera de las obligaciones del deudor en los contratos de depósito, comodato, prenda, y secuestros sobre bienes muebles.

Eduardo Ruiz Fernández señala que fue hasta el año 294 cuando los emperadores Diocleciano y Maximiliano dictaron una constitución por la que se regulaba la guarda, custodia y alimentación de los hijos una vez que se efectuara el divorcio de los padres, después de esta constitución entramos en un período de casi tres siglos en el que no se legisló sobre la materia, o al menos no nos consta que se legisle.⁴⁰

Posteriormente, Justiniano reafirmó el principio de que los hijos debían de seguir siendo alimentados por sus padres, aún después de haberse producido la disolución del matrimonio de éstos, regulando que la obligación de alimentos fuera recíproca entre madre e hijos, incluyéndose a los ascendientes de la madre.

En el año 542, Justiniano dio solución terminante a las dificultades que planteaban la guarda y custodia de los hijos y el derecho a ser alimentados por sus progenitores divorciados. Para ello dictó la importante Novela 117, que representó la mayor hostilidad al divorcio, y es precisamente el capítulo 7 del anterior cuerpo normativo en donde se contemplan los menoscabos que pueden ocasionarse a los hijos con motivo del divorcio de sus padres, al mismo tiempo que se determinaba a cuál progenitor le correspondía la obligación de alimentar, guardar y custodiar a sus hijos en el supuesto de producirse el divorcio.⁴¹

Las presunciones contempladas por la anterior obra legislativa para el caso de *divorcio culpable (divorcio necesario)* son:

- Como disposición de carácter general se estableció que en caso de *disolución del matrimonio* de sus padres, los hijos no debían sufrir ningún perjuicio, debiendo ser llamados a formar parte de la herencia de éstos y ser alimentados por el patrimonio del padre.

⁴⁰ Ruiz Fernández, Eduardo. *El divorcio en Roma*. 2ª Edic. Ed. Universidad Complutense. Madrid. España, 1992. pág. 149.

⁴¹ Idem.

- Cuando el *divorcio fuera producido por culpa del padre*, si la madre hubiere contraído de nuevo matrimonio, los hijos eran confiados a ésta, corriendo a cargo del padre los gastos de alimentación.
- Por el contrario, si *el divorcio era producido por la culpa de la madre*, la guarda y custodia de los hijos, así como la obligación de alimentarlos, correspondía al padre.
- En el supuesto de que *el padre (no culpable) carece de patrimonio y la madre dispone de medios de fortuna*, excepcionalmente la custodia de los hijos era confiada a la madre al igual que la obligación de alimentarlos.
- Por último, *en caso de hijos ricos y madre pobre, o viceversa*, en el primer caso, los hijos estaban obligados a alimentar a la madre; y en el supuesto contrario cuando los hijos son pobres y la madre rica, esta debía proporcionar los alimentos.

Como nos podemos percatar, el criterio que aplicó Justiniano para determinar en favor de qué progenitor debían quedar los hijos, fue principalmente la disponibilidad económica de ambos padres así como la calidad moral de éstos.

Ahora bien, si *el divorcio era consensual (divorcio voluntario)*, la custodia y alimentos de los hijos se determinaba de la siguiente manera:

- ❖ Por acuerdo de los padres,
- ❖ En caso de desacuerdo, se recurría al Juez, que tenía facultades para decidir discrecionalmente.

Sí uno de los cónyuges para obtener el divorcio hubiese manifestado su propósito de *guardar castidad* y con el transcurso del tiempo *decidiera casarse de nuevo o viviese lujuriosamente* se hacía acreedor a las siguientes sanciones:

- ✓ Pérdida de la dote y de todo su patrimonio a favor de los hijos y en caso de no existir hijos, la pérdida patrimonial era en favor del fisco.

- ✓ Si los hijos eran menores de edad, quedaban bajo la guarda y custodia del cónyuge inocente, siendo suya la obligación de alimentar a sus hijos.
- ✓ Si ambos progenitores eran responsables, los bienes de éstos se les adjudicaban a los hijos y consecuentemente se les nombraba un administrador judicial.

1.2.2 España

El estudio de los antecedentes de la referida figura jurídica en el derecho español es de gran importancia para la presente investigación, sobre todo porque en la actualidad España es uno de los países que se han sumado a regular jurídicamente la llamada *custodia compartida*, tema principal de la presente tesis, por tal motivo, es importante estudiar cómo es que la figura de la patria potestad y consecuentemente la custodia de los menores ha evolucionado en uno de los países que hoy por hoy es innovador jurídico al regular, incluso jurídicamente, el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Comenzaremos por expresar que el Derecho español antiguo se vio influenciado por la legislación germánica y los Códigos francés e italiano y por lo que se refiere a la regulación de los efectos de la patria potestad, se observó una marcada desigualdad de la mujer respecto del hombre, ya que el ejercicio de la patria potestad era una atribución exclusiva del padre, la cual se otorgaba hasta la muerte, relegando por ello a la madre.

Sólo en los casos de que el padre faltara o no pudiese atender su función, la madre podía sustituirle; por ello la cónyuge desempeñaba la patria potestad de forma subsidiaria siempre y cuando no pasara a segundas nupcias o que el menor no alcanzara la edad de los veinticinco años (mayoría de edad).

A falta de ambos padres, los abuelos ejercían la patria potestad y si éstos faltarán, recaía tal poder en el hermano mayor (en caso de tenerlo) siempre y cuando tuviera edad suficiente para ejercerla en relación a sus hermanos menores, y a falta de los anteriores, aparecía la institución de la tutela.

Por lo que respecta a la crianza de los hijos, ésta correspondía a la madre únicamente durante los primeros tres años de vida del menor, lo cual parecía ser un sistema injusto, alejado de la vida real, ya que la madre desempeña una función directiva y sobresaliente en la educación y formación de los hijos menores durante una larga etapa de su vida.

En el antiguo Derecho Español el *cuidado* de la persona era un deber irrenunciable a cargo del padre que en la práctica judicial prevalecía, incluso “en concurrencia con los que pudiera alegar la madre, tanto en el derecho español como en el alemán, el padre podía ejercitar contra la madre, la pretensión de restituir al hijo, si ésta lo mantenía alejado de aquél, [...] pues aún cuando la madre tuviera el derecho de verlos y manifestarles su cariño, eso habría de hacerse y realizarse en cuanto la situación de los cónyuges legalmente reconocida así lo consienta”⁴², por lo anterior, es fácil percatarse que en el Derecho español antiguo, el cuidado de la persona del menor que comprendía el derecho y deber de los alimentos, representación, educación e instrucción con arreglo a su fortuna, era irrenunciable y preferente para el padre.

Si entre el padre y el hijo menor o entre ambos padres surgían conflictos de intereses, los menores eran confiados a una persona llamada defensor, el cual se hacía cargo del cuidado y representación del menor.

Con el transcurso del tiempo el régimen aplicado en la antigua España no sufrió cambios relevantes sino hasta el 13 de mayo de 1981, cuando la ley 30/1981,

⁴² Enneccerus, Ludwig. et al. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia. Relaciones Paterno Filiales y Parentales. Tutelas*. Tomo IV. Volumen II. 2ª Edic. Ed. Bosch. Barcelona, España 1976-1999. pág. 63.

derogó el viejo sistema y lo sustituyó por otro más favorable, que estableció el ejercicio conjunto por ambos progenitores o por uno solo de la patria potestad y se puso en práctica la igualdad entre varón y la mujer y debido a la promulgación de la ley 15/2005 el 8 de julio de 2005 en el Derecho español actual se innova el concepto de custodia y guarda.

Esta última reforma legislativa, sustituyó la ley 30/1981. Su objetivo principal es modificar la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia de sus hijos menores o incapacitados debido a que la mujer se ha incorporado cada vez más al mundo laboral, y por ello es necesario que ambos progenitores se repartan las obligaciones familiares y personales de manera proporcional.

Lo anterior incluye los casos de crisis matrimonial ya que se implica a ambos padres en el cuidado y atención diaria de sus hijos con el ejercicio de la custodia compartida.

1.2.3 Legislativos en México

En México ocurrió un proceso de codificación civil como resultado del influyente Código Napoleón y de los ideales independentistas.

Y por lo que se refiere a nuestro tema y en forma introductoria, diremos que en un principio el derecho de los cónyuges para tener la custodia de sus hijos dependía de la existencia o no del padre de familia, ya que la tradición romana, que fue heredada en nuestro sistema, dictaba que el padre era el guardián natural de sus hijos y que para criar y mantener a los hijos obedientes, era necesario tener a los hijos exclusivamente bajo el *cuidado del padre*.

Posteriormente se fue diluyendo este derecho absoluto del padre para tener la custodia de los menores y se reconoce la custodia de los hijos a *favor de las madres*, sin embargo en esta etapa no se regula particularmente la guarda y custodia de los hijos, más bien se establecen *normas relativas a la patria potestad* de cuyas prerrogativas son la guarda y custodia.

En otra etapa legislativa y en cuanto a la separación o divorcio, el cuidado de los hijos, *dependía de la culpabilidad o no del cónyuge divorciado*, lo cual presumía que el cónyuge inocente estaba en mejor posición para cuidar y velar por sus hijos en caso de separación y de preferencia los hijos varones debían quedar al cuidado de su padre y las hijas al de su madre.

Con el tiempo, se comenzó a otorgar la custodia a la madre cuando los hijos eran de tierna edad y necesitaban de los cuidados maternos de que la naturaleza les dotó.

Actualmente y por lo que se refiere al Distrito Federal, la custodia se puede otorgar a cualquiera de los padres, atendiendo al mejor interés del menor; esto puede realizarse mediante un acuerdo entre los padres o, en su defecto, por la propuesta que hiciera el cónyuge demandante del divorcio.

En las consecuentes páginas analizaremos de forma más exacta la evolución de la custodia en el marco jurídico mexicano que a forma de introducción explicamos anteriormente.

1.2.3.1 Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California de 1870

El primer esfuerzo de codificación en materia civil con que contó México fue efectuado por Don Benito Juárez, quien comisionó al Doctor Justo Sierra la redacción

de tal proyecto, que tiempo más tarde, el expresado jurista remitiera, ya concluido, a la Secretaría de Justicia para que una primera comisión integrada por don Jesús Terán, Don José María Lacunza, don Fernando Ramírez, entre otros abogados prestigiados de la época se encargarán de revisarlo.⁴³

Ya establecida la República, “una nueva comisión nombrada por el propio gobierno juarista e integrada por los abogados don Mariano Yáñez, don José María Lafragua, don Isidro Montiel y Duarte, don Rafael Dondé y don Joaquín Eguía Lis”⁴⁴, concluyó el primer Código Civil para el Distrito Federal y el territorio de la Baja California cuya vigencia fue a partir del 1º de marzo de 1871 y con aplicación en todos los estados pertenecientes a la Federación mexicana.

Las fuentes del Código de 1870, principalmente fueron: los principios del Derecho Romano, la legislación española antigua, el Código Civil Francés conocido como Código Napoleón de 1804, y las Leyes de Reforma de 1859.

Es dable señalar que en la exposición de motivos del referido Código el legislador expuso que:

“ ... el Código, además de llenar todas las condiciones de justicia, equidad, orden, claridad y concisión, que son bases comunes de todas las leyes, fuera exactamente acomodado á las costumbres é índole del pueblo”⁴⁵

Por lo tanto, es un Código que plasma la revolución moral de aquellos tiempos en donde se pretendió otorgar derechos a la mujer en cuanto a su papel de madre, participación que en aquella época fue considerada como una innovación en el derecho, toda vez que “al tratarse de la vida doméstica, la mujer tiene tanta o más inteligencia que el hombre; y como en fin, el cuidado de los hijos es tanto más eficaz,

⁴³ Ortiz Urquidi, Raúl. *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana*. Ed. Porrúa. México, 1974. pág. 87.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 88.

⁴⁵ *Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja- California de 1870*. UNAM. Colección Mario de la Cueva. México, 1870. pág. 2.

cuanto más vivo es el sentimiento, no es posible ya hoy negar á una madre el ejercicio del más sagrado de los derechos” aunque no por ello la organización familiar dejó de ser patriarcal.⁴⁶

En cuanto a su contenido en materia familiar, éste reglamenta el matrimonio, la paternidad, el parentesco, la filiación y la separación de cuerpos, entre otras materias.

Como un dato sobresaliente, encontramos que la edad para contraer matrimonio era de catorce años para el hombre y doce para la mujer, lo cual permitía que los cónyuges carezcan de madurez física y emocional para procrear y educar a los hijos, sin olvidar que la mujer se encuentra disminuida en sus derechos, tal y como sucedía en Roma, ya que por el sólo hecho de contraer matrimonio quedaba automáticamente representada por su marido y en cuanto a la potestad de sus hijos, ésta la ejercía únicamente si faltaba el padre.

Al concepto de custodia de los hijos, se le denomina “cuidado de los hijos” y lo regula en el Artículo 266, 3ª fracción del referido Código, que bien podría ser una aproximación de la llamada custodia compartida, cuando señala que:

Artículo 266. Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se adoptarán provisionalmente, y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

1ª...

2ª...

3ª Poner a los hijos al **cuidado de uno de los cónyuges ó de los dos**, observándose lo dispuesto en los artículos 268, 269 y 270.

La disposición anterior podía aplicarse durante el juicio de divorcio, pues una vez que hubiera causado ejecutoria este, los hijos se ponían bajo la potestad del

⁴⁶ Ibidem, pág. 22.

cónyuge no culpable; y si ambos lo fueran y no hubiese otro ascendiente en quien recayera la potestad se nombraba un tutor para aquéllos (Artículo 268).

Por tal motivo el cónyuge culpable al perder la patria potestad, automáticamente no ejercía la custodia de sus hijos, sin embargo, aunque ambos padres perdieran la patria potestad quedaban sujetos a todas las obligaciones con sus hijos (artículo 270).

El legislador considera en este Código la posibilidad de que otros parientes como abuelos, tíos o hermanos mayores soliciten alguna medida para beneficio del menor.

Artículo 269. Sin embargo de lo dispuesto en los artículos anteriores, los tribunales podrán acordar, á pedimento de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquiera providencia que se considere benéfica á los hijos menores.

Derivado del cuidado que se tuviera con el menor se establece la obligación de educarle convenientemente, otorgando al padre la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente (artículos 395 y 396).

Cabe mencionar que la patria potestad en dicho Código se establece como un organismo de representación y protección de los hijos menores no emancipados, además de ser renunciable, sin poder recobrarla posteriormente y aunque se reconoce su ejercicio para ambos padres, la preferencia seguía siendo del padre en cuanto al orden para ejercerla.

1.2.3.2 Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California de 1884

El 1º de junio de 1884 fue publicado bajo la presidencia de Manuel González, el nuevo Código Civil, al que se le consideró como una reproducción casi literal del Código de 1870, ya que la mayoría de sus artículos se encuentran en aquél. Dentro de las pocas modificaciones la más significativa tuvo lugar en cuanto a la desaparición de la herencia forzosa, que fue sustituida por la libertad de testar.

Este Código sigue los lineamientos de la patria potestad, especialmente los referidos al conjunto de derechos y facultades respecto de la persona y los bienes de los hijos, otorgándoseles primeramente al padre de familia.

El artículo 232 del Código mencionado ordena que los cónyuges que pidan de conformidad su separación, deberán acompañar a su demanda un convenio que arregle la situación de los hijos y la administración de los bienes durante el tiempo de la separación y aunque no lo exprese, es de suponerse que dicho convenio deberá contener quién de los cónyuges quedaba a cargo de la custodia de los menores hijos.

Una causa por la cual alguno de los cónyuges podría perder durante el tiempo en que viviera el cónyuge inocente no sólo la custodia, sino todo el poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, era el hecho de dar causa al divorcio, a menos que éste haya sido declarado por motivo de enfermedad. De ser así podrían recobrase tales derechos, de lo contrario sería hasta la muerte del cónyuge inocente que podrían recuperarse (artículo 248).

De forma novedosa, se reglamenta el Capítulo VI, titulado “De los matrimonios nulos e ilícitos”, donde el cuidado de los hijos, dependerá de la buena o mala fe que los cónyuges hayan tenido cuando contrajeron matrimonio, regulándose en este Código, de la siguiente forma:

Artículo 282. Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, los hijos varones, mayores de 13 años, quedarán al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiere habido buena fe.

Artículo 283. Si sólo uno de los cónyuges ha procedido de buena fe, quedarán todos los hijos bajo su cuidado.

Artículo 284. Los hijos é hijas menores de tres años se mantendrán, en todo caso, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre.

De lo anterior se desprende que la edad de tres años es la establecida por el legislador para que los menores se queden bajo la custodia de la madre, lo cual difiere mucho de la actual que son 12 años cumplidos y por lo que se refiere a la patria potestad se continúa con los mismos lineamientos, otorgando derechos y facultades derivados de tal ejercicio, en primer lugar al padre.

Éste Código encontrándose plenamente vigente sufre dos reformas a consecuencia de:

- ❖ *La publicación de la Ley del Divorcio de 1914, dada en Veracruz el 29 de diciembre de 1914, se le conoce también como Ley del Divorcio Vincular. En ella se regula por primera vez en México que el matrimonio es disoluble en cuanto al vínculo, dejando a los divorciados en aptitud de celebrar una nueva unión legítima, toda vez que en el referido Código se decretaba únicamente la separación de cuerpos.*
- ❖ *La promulgación de la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917. La cual surgió como una consecuencia de la Ley del Divorcio y que sin duda afectó este ordenamiento, ya que en ella se regulaba todo lo referente al derecho de familia, tomando en cuenta la figura del divorcio con su nueva regulación y la inclusión de la figura de la adopción.*

1.2.3.3 Ley sobre Relaciones Familiares de 1917

Esta ley se dio al margen del Código Civil de 1884. Fue promulgada el 9 de abril de 1917 por Don Venustiano Carranza, “con el objeto de regular mejor la familia y sus instituciones principales, verbigracia el matrimonio, la adopción, etc.” En ella se regulaba todo lo referente a la familia.⁴⁷

Mediante ella se pretendió otorgar igualdad tanto al hombre como a la mujer en autoridad y consideraciones en el hogar, al mismo tiempo que se procuró una mayor protección al menor de edad al regular disposiciones importantes sobre éste.

Una de las novedades de esta ley fue lo referente a la regulación de la figura de la adopción, institución, con la cual se trata de dar hogar, afecto y orientación a aquellos menores que carecían de ello.

En la Ley Sobre Relaciones Familiares se les considera menores de edad a las personas que no hayan cumplido veintitrés años. En cuanto a la facultad de educar, corregir o castigar mesuradamente al menor, no concierne únicamente al padre como se establecía anteriormente, ahora los facultados serían ambos padres en forma conjunta.

La mujer tenía la misma autoridad que su marido en todo lo concerniente a la educación, establecimiento de los hijos, incluso respecto de la administración de los bienes que pertenecieran a sus menores hijos y a falta de ambos progenitores serían los abuelos paternos y por último los abuelos maternos los que ejercieran las potestades derivadas de la patria potestad.

Dentro de las obligaciones que surgen del matrimonio la ley impone a la mujer la de dirigir y cuidar a los hijos, lo cual desde nuestro personal punto de vista es

⁴⁷ Guitrón Fuentevilla, Julián. *Derecho Familiar*. 2ª Edic. Ed. UNACH. México, 1988. pág. 103.

discriminatorio, aunque era de suponerse por el contexto histórico de aquella época, en donde la mujer seguía a cargo de las labores domésticas en el hogar.

Así, lo disponía el artículo 44, párrafo I de la referida ley:

Art. 44, párrafo I.- La mujer tiene la obligación de atender a todos los asuntos domésticos; por lo que, ella será la especialmente encargada de la dirección y cuidado de los hijos y del gobierno y dirección del servicio del hogar.

Por lo que respecta al divorcio, éste sí disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud volver a contraerlo.

Sí el divorcio se pedía de conformidad, debía de ser acompañado con un convenio que arreglara la situación de los hijos y la forma en la cual se iban a liquidar sus bienes.

Como novedad, el artículo 134 refiere que los hijos e hijas *menores de cinco años*, hasta que cumplen esta edad, se mantendrán al *cuidado de la madre*, a menos que ésta se dedicare públicamente a la prostitución o a algún otro comercio ilícito, o hubiere contraído el hábito de la embriaguez, o tuviere alguna enfermedad contagiosa o constituyere por su conducta un peligro grave para la moralidad de los hijos.

Tratándose del ejercicio de la patria potestad, se modifica para establecer que la patria potestad se ejerce en primer lugar por el padre y la madre en igualdad de condiciones, conservando del anterior régimen la posibilidad de renuncia.

A excepción de lo comentado anteriormente, las disposiciones sobre el *cuidado y custodia de los hijos* de la Ley sobre Relaciones Familiares son las mismas que contienen los Códigos Civiles de 1870 y 1884, incluyendo la posibilidad de que se adopte provisionalmente la disposición de “poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos cónyuges...” (Artículo 93, fracción III de la mencionada ley).

Es dable apuntar que ésta Ley fue adelantada para su época y en América fue considerada como de las más avanzadas.

1.2.3.4 Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1928

Este Código abrogó la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, fue elaborado en 1926 y publicado el 30 de agosto de 1928 por el presidente Plutarco Elías Calles, aunque su vigencia inició hasta el 1º de octubre de 1932, fue de aplicación común en el Distrito Federal y Federal para toda la República Mexicana.⁴⁸

En la exposición de motivos se observa claramente que el objetivo del Código es la socialización del derecho, extendiendo la esfera del derecho del rico al pobre sin importar género, ni roles, “en cuanto al derecho familiar, se instituyeron principios socialistas referentes a la intervención de la ley en las relaciones familiares, creando autoridades con carácter tutelar”⁴⁹, que se mencionan en la exposición de motivos del proyecto de la Comisión Técnica de la siguiente forma:

“... se instituyeron organizaciones especiales, tales como los Consejos Locales de Tutelas y los Jueces Pupilares para que velaran sobre la persona o bienes de los incapacitados, y se llegó hasta imponer al Estado la obligación de sustentar y educar a los menores que por no tener bienes, ni familiares que cuiden de ellos necesitan forzosamente que la sociedad vaya en su auxilio.”

Ciertamente este Código Civil fue casi una copia de la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 en lo referente a la materia familiar.

Dentro de las pocas novedades en este ordenamiento, encontramos: la revaloración de la mujer respecto del hombre, ya que se le reconoce autoridad en el

⁴⁸ López Betancourt, Eduardo. *Historia del Derecho Mexicano*. Ed. IURE editores. México, 2003. págs. 185-186.

⁴⁹ Idem.

hogar, capacidad jurídica para administrar sus bienes, los de su cónyuge o bien ejercer cualquier empleo, sin desatender el hogar y sus hijos.

También se trata por primera vez la figura del concubinato, así como la reglamentación del divorcio administrativo y la equiparación de los llamados hijos legítimos con los habidos fuera de matrimonio. Se cambia la edad parámetro para considerar a una persona mayor de edad a los 18 años de edad cumplidos (artículo 646 del Código Civil).

En cuanto a la patria potestad ésta ya no es renunciable, pero sí excusable cuando la persona que lo haga haya cumplido sesenta años de edad, o bien, cuando por alguna enfermedad no puedan atender debidamente a su desempeño.

Como el marido y la mujer tenían en el hogar autoridad y consideraciones iguales, de común acuerdo deben arreglar todo lo concerniente a la educación y establecimiento de los hijos.

Por lo que se refiere a la *custodia de los hijos reconocidos*, el 24 de marzo de 1971 se reformaron los artículos 380 y 381 del referido Código para que enunciaran:

Artículo 380.- Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia; y en caso de que no lo hicieren, el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor”.

Artículo 381.- En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres y siempre que el Juez de lo Familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público.

En caso de *nulidad del matrimonio* hay cambios, ya que desaparece la designación de niños con el padre y niñas con la madre, quedando todos los hijos

bajo el *cuidado del cónyuge que haya procedido de buena*. Pero siempre y aún tratándose de divorcio las hijas y los hijos *menores de cinco años* se mantendrán al cuidado de la madre hasta que cumplan esta edad (Artículo 260).

El texto modificado del artículo 282, fracción VI, permite que una vez admitida la demanda de divorcio se fije como medida provisional, poner a los hijos al cuidado de la persona que de *común acuerdo hubieren designado los cónyuges*, pudiendo ser uno de ellos y a falta de este acuerdo, el cónyuge que solicite el divorcio propondrá a la persona en cuyo poder deberán quedar provisionalmente los hijos, sin hacer referencia a otros artículos relativos a la ejecución de la sentencia de divorcio como se regulaba anteriormente.

Aparece el artículo 283 como aquél que advierte la necesidad de que la sentencia de divorcio fije la situación de los hijos, englobando en un sólo precepto todas los casos que harán diferencia en que sea el padre o la madre los que tengan la patria potestad y por ende la custodia del menor.

En el año de 1975, hubo reformas importantes en cuanto a la custodia, así el artículo 259 del Código Civil que disponía que los hijos varones mayores de cinco años quedaran al cuidado de la madre, siempre y cuando ambos cónyuges hubieran tenido buena fe, queda como sigue:

Artículo 259.- Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, el padre y la madre propondrán la forma y términos del cuidado y la custodia de los hijos y el Juez resolverá a su criterio, de acuerdo con las circunstancias del caso.

El artículo 423 también fue reformado en el mismo año, y con ello se les otorgó a los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia a los menores, la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

Posteriormente a las reformas de 1975, el 27 de diciembre de 1983, se le agregó a la fracción VI del artículo 282, un párrafo final, para quedar como sigue:

Artículo 282.- Al admitirse la demanda de divorcio o antes, si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente, y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez previó el procedimiento que fije el Código respectivo, resolverá lo conveniente.

Salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

Más tarde, en el año de 1997 se modificaron los artículos 418 y 422 que tratan la custodia de los menores, en el primero de ellos se incluyó la llamada custodia de hecho, con la cual se pretende atribuir la calidad de tutor al familiar o pariente que por cualquier circunstancia tenga la custodia de un menor y se haga cargo de él durante un tiempo prolongado. Por su parte el artículo 422 regula la obligación que tienen las personas de educar convenientemente al menor que tengan bajo su custodia.

Finalmente, el día 25 de mayo del año 2000 salió publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, un decreto mediante el cual el Código Civil de 1928, cambio de denominación para llamarle en lo sucesivo “Código Civil para el Distrito Federal”, el cual incluyó una serie de reformas importantes en lo que se refiere a la familia.

1.2.3.5 Código Civil para el Distrito Federal vigente

En fecha 25 de mayo de 2000 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el Nuevo Código Civil para el Distrito Federal, el cual entró en vigor el 1º de junio del mismo año y cuya base es el Código Civil de 1928. Ésta reforma dividió el tradicional Código Civil de 1928, en dos leyes; el de competencia federal y local, además de haber constituido el primer Código Civil del Distrito Federal, expedido por el legislativo local y no federal, como sucedía anteriormente.

Dicho cuerpo normativo incorporó cambios sustanciales en materia familiar con los cuales se pretendió evitar la discriminación hacia las mujeres, niños, ancianos y grupos marginados, regulando entre otras cosas, diferentes disposiciones en cuanto a violencia familiar se refiere.

También se adicionó al Código Civil para el Distrito Federal, el Título Cuarto Bis del Libro primero, denominado “De la Familia”, integrado con los artículos *138 TER*, *138 QUATER*, *138 QUINTUS* y *138 SEXTUS*, en éstos artículos se prevé que las disposiciones relativas a la familia son de orden público e interés social, además se reconoce una serie de deberes, obligaciones y derechos de orden natural para mejorar las relaciones familiares derivadas del matrimonio, parentesco o concubinato.

Se derogaron figuras como la de los esponsales y la llamada adopción simple, al mismo tiempo que se le otorgó a la figura del concubinato similitud con la institución del matrimonio, al considerar como parentesco por afinidad el que surge del concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos, sumado a lo anterior se permite a los concubinos adoptar.

Las reformas antes mencionadas refieren desde nuestro punto de vista, cierta modernización del Derecho familiar mexicano, ya que el legislador acertó al derogar preceptos en desuso como la figura de los esponsales

En cuanto al régimen de la patria potestad, destacan las siguientes reformas:

- La patria potestad se acaba para los ascendientes cuando su hijo sea adoptado (artículo 443, fracción IV).
- Se pierde la patria potestad en caso de violencia familiar en contra del menor así como por incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria (artículo 444, fracciones III y IV).
- Puede limitarse el ejercicio de la patria potestad no solo en caso de violencia familiar sino también en los casos de divorcio o separación (artículo 444 Bis).
- Se agrega como causal de suspensión de la patria potestad, el hecho de que quien ejerza la patria potestad consuma alcohol, sustancias ilícitas o tenga el hábito del juego (artículo 447, fracción III).

El artículo 282 también reformado, señalaba que tratándose de divorcio contencioso el Juez de lo Familiar para salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados debía decretar una serie de medidas cautelares, dentro de las cuales la fracción V, ordenaba poner a los hijos menores bajo el cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de ellos, debiéndose quedar con la madre los menores de 12 años y no de 7 como anteriormente se establecía.

El referido cuerpo normativo ha sufrido reformas significantes como consecuencia de la transformación de la familia, lo cual ha exigido el surgimiento de nuevos derechos -deberes a cargo de los padres respecto de sus menores hijos no emancipados, que pueden resumirse en los siguientes:

- Proporcionarles un domicilio a los menores,
- El respeto y consideración mutuo,
- Otorgarles educación,
- Corregir y obrar con el buen ejemplo,
- El de convivencia en caso de separación o divorcio,
- De representación y administración de los bienes de los menores,
- Los de guarda y custodia y

- El de acogimiento de menores.

Para efectos de la presente investigación no debemos dejar de mencionar que el 6 de septiembre del 2004 se publicó un Decreto de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal III legislatura, por el cual se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal , el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en materia de guarda, custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad, la cual se analizará profundamente en el Capítulo II del presente trabajo de investigación, pero que para efectos de este apartado es necesario mencionarla, toda vez que por tal decreto se regula por primera vez, la nueva figura de la *custodia compartida* en los artículos 282, fracción V, el artículo 283, y 417 y 447, fracción VI del Código Civil para el Distrito Federal.

1.3 Concepto de custodia

La figura de la custodia tiene especial relevancia en el Derecho Familiar Mexicano, ya que forma parte de los derechos-deberes que conforman a la patria potestad y que sin duda alguna posibilita el cumplimiento de los demás efectos de esta institución como lo son la guarda, educación, convivencia, representación y corrección que se encuentran a cargo de los titulares de la patria potestad.

La patria potestad refiere a la custodia, a grado tal que quien tenga ésta normalmente tiene la custodia del menor.

De acuerdo con el Diccionario de Derecho Civil y de Familia la palabra *custodia* proviene del latín *custos* que significa *guarda o guardián*, y éste a su vez

deriva de *custos*, forma del verbo *curare*, que quiere decir cuidar. Es por tanto, la acción y el efecto de custodiar, o sea, guardar con cuidado alguna cosa.⁵⁰

El Diccionario de la Lengua Española señala que el vocablo *custodia* significa acción y efecto de custodiar, y *custodiar*, significa guardar con cuidado y vigilancia.⁵¹

En el Código Civil para el Distrito Federal no encontramos el concepto o terminología de lo que es la custodia, ni se advierten sus efectos y alcances, únicamente dispone que cuando el padre y la madre pretendan divorciarse deberán poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen, pudiendo éstos compartir la guarda y custodia mediante convenio, en defecto de ese acuerdo, el Juez de lo Familiar lo resolverá, tomado en cuenta la opinión del menor.

La causa por la cual el ordenamiento Civil para el Distrito Federal no define la figura en cuestión, la justifica Alejandro Cárdenas Camacho en su participación en el Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado del 22 al 24 de noviembre del año 2005, cuya sede fue el Instituto de Investigaciones Jurídicas y en cuya ponencia titulada, “Alcances de la patria potestad y la custodia” señaló que:⁵²

“El hecho de que no se encuentre el concepto o terminología de lo que es la custodia, no es una insuficiencia de la ley, es un indicio de que el legislador no ha querido diseccionar el contenido de esos derechos - deberes, sino que los ha dejado intencionalmente abiertos sin explicación, para que sean los padres los que fijen en el ejercicio cotidiano de su función el contenido y alcance de cada uno, con lo cual se les reconoce un ámbito de autonomía en el desempeño de su cargo.”

⁵⁰ Álvarez de Lara, R. et al. Voz: Custodia. Op. cit. pág. 92.

⁵¹ *Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Voz: Custodia. Tomo I A-G. 21ª Edic. Ed. Espasa Calpe. Madrid, 1992. pág. 630.*

⁵² <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/ponentes.htm>

Sin embargo, existen algunos estudiosos del Derecho que han intentado suplir doctrinariamente esta falta, y la definen en el texto de sus obras literarias, lo cual nos permite una somera comprensión de lo que es la custodia.

Manuel Chávez Asencio es uno de los autores mexicanos a los que nos referimos anteriormente que exponen la figura de la custodia, la cual considera como “la acción de custodiar que significa guardar y vigilar”⁵³, además la señala como el primer deber de los padres en relación a los hijos menores no emancipados.

Nos hace notar que en nuestra legislación en ocasiones el concepto de custodia llega a mencionarse conjuntamente con el término *cuidado*, siendo ambos totalmente diferentes; ya que cuidado es “la solicitud y atención para hacer bien alguna cosa; dependencia o negocio que está a cargo de uno; estar obligado a responder de ella”, por ende, si la ley se refiere al “*cuidado y custodia de los menores*” o “*poner a los hijos al cuidado de*”, es porque invita a quienes corresponda a efectuar una custodia bien atendida y vigilada.⁵⁴

Por otro lado, Alicia Pérez Duarte define a la custodia como “el derecho y la obligación que tiene una persona (normalmente el padre o la madre) de dar alojamiento y conservar con ella a un menor, o bien, de establecer su residencia en otra parte”⁵⁵. Apunta que la custodia es una institución referida básicamente al bienestar y cuidado de la niñez, la cual comprende los cuidados del hijo o hija.

Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez definen a la custodia como “una situación jurídica que implica el cuidado directo y vigilancia inmediata de un menor derivada de la filiación o parentesco, de una sentencia judicial o de la determinación contractual de los sujetos a quienes corresponde originariamente”.⁵⁶

⁵³ Chávez Asencio, M. F. Op. cit. pág. 256.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Pérez Duarte, A. Op. cit. pág. 229.

⁵⁶ De la Mata Pizaña, F. y Garzón Jiménez R. Op. cit. pág. 257.

El concepto de la llamada custodia compartida no se encuentra en nuestra legislación local y es muy poca la doctrina nacional que habla sobre ella, lo cual da pie al surgimiento de confusiones que serán materia de la presente investigación.

Por nuestra parte, proponemos definir a la custodia de los menores como sigue:

“La custodia es una institución jurídica que comprende el deber de atención, cuidados y vigilancia de los menores de edad no emancipados con toda diligencia, a cargo de la (s) persona (s) a quien (es) corresponde, y cuyo objetivo consiste en la formación integral del menor custodiado dentro de un ambiente de optima convivencia”.

1.3.1 Diferencias entre guarda y custodia

En el lenguaje usual de los abogados, en la redacción de algunos preceptos, así como en la mayoría de la doctrina mexicana, se estila para indicar la posesión de los hijos, el utilizar conjuntamente los términos de *guarda y custodia*, lo cual genera cierta confusión. Por ello es necesario separar una de la otra para encontrar la diferencia entre ambas instituciones.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, el vocablo *guarda* procede de la palabra germana *wardon*, que significa cuidar y se entiende como el nombre común que se le da a la persona que tiene a su cargo la conservación de una cosa, es la acción de guardar, conservar o defender.⁵⁷

Y por otro lado el vocablo *custodia* significa la acción y efecto de custodiar, y *custodiar*, es guardar con cuidado y vigilancia.⁵⁸

⁵⁷ *Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Voz: Guarda. Op. cit. pág. 1066.*

⁵⁸ *Ibidem. pág. 630.*

El Diccionario de Derecho Civil y de Familia señala que por “guarda de los hijos” se entiende, en el lenguaje jurídico, la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados, con la diligencia propia de un buen padre de familia.⁵⁹

De los anteriores significados podemos interpretar desde nuestro personal punto de vista la diferencia más importante entre ambas figuras, ya que:

- la guarda se refiere al hecho de que una persona tenga a su cargo materialmente al menor que deberá guardar, conservar o defender.
- la custodia tiene que ver con los cuidados y la forma de vigilar la persona del menor.

Ambas, son derechos que pueden subsistir con independencia de la patria potestad.

Por otra parte, el legislador da pauta para considerar que jurídicamente ambas figuras tienen significados diferentes, de lo contrario sería un grave error gramatical el hecho de emplear ambos términos en la redacción de los artículos del Código Civil que las contienen, si éstos expresaran lo mismo. Aunque si bien es de entenderse que el legislador nos invita a la realización de ambos deberes en bienestar del menor.

Manuel Chávez Asencio y Julio A. Hernández Barros exponen en su obra titulada, *La Violencia Intrafamiliar en la Legislación Mexicana* una tesis, en la cual ostentan que la guarda se refiere a las cosas o bienes, y la custodia a las personas, posteriormente señalan indistintamente una serie de artículos del Código Civil que contienen una o ambas expresiones, finalmente observan que en el Derecho de Familia se utilizan los dos términos, pero conviene separar su significado, reservando

⁵⁹ Álvarez de Lara, R. et al. *Voz: Guarda*. Op. cit. pág. 187.

para las relaciones paterno-filiales el concepto de custodia y para la tutela el de guarda.⁶⁰

Al respecto, no estamos de acuerdo en que el hecho de emplear alguno de los conceptos dependa de los objetos que se pretenden guardar o custodiar, ya sean cosas, bienes, documentos o personas. En lo que sí estamos totalmente a favor es en la conveniencia de separar el significado de guarda y custodia de los menores sobre todo en lo que se refiere al Derecho Familiar.

Dicha guarda no se puede desligar de la posesión material de los hijos, ya que tal posesión es la acción temporal que los padres tienen para formar, proteger, educar física y espiritualmente así como satisfacer las necesidades de sus hijos menores hijos en el domicilio de los que ejerzan la patria potestad.

Con el derecho de guarda, los padres titulares de la patria potestad tienen la facultad de tener la posesión física del menor para obligarse a conservarlo, la custodia implica otras facultades y deberes que corresponden a los que ejercen la patria potestad, al grado de considerar que la custodia se integra más por deberes que por derechos, los cuales enunciaremos a continuación:

- | | |
|----------------------------|---------------------------|
| * convivencia | * protección a la persona |
| * vigilancia de sus actos | * corrección del menor |
| * alimentación y educación | * ayuda |

En el Derecho familiar a la *guarda* se le puede considerar como el derecho que tiene el menor de habitar en la casa de sus padres, de tal forma que éstos son los guardianes de sus hijos menores de edad, y pueden por tanto, obligarlo a que viva con ellos, y en caso necesario mediante la fuerza pública hacerlo regresar a su domicilio mientras que el hijo menor no haya cumplido 18 años de edad o no se

⁶⁰ Manuel F. Chávez Asencio y Julio A. Hernández Barros. *La violencia Intrafamiliar en la Legislación Mexicana*. Ed. Porrúa. México, 1999. pág. 45.

emancipe, para cumplir con lo ordenado por el artículo 421 del Código Civil para el Distrito Federal.

La doctrina distingue tres tipos de guarda de los hijos: la guarda general, la guarda especial y la guarda administrativa.

*La *guarda general*, deriva del ejercicio de una facultad natural o legal que impone la obligación de custodiar a los menores. Ésta guarda vincula a los padres con los hijos. Es la guarda consecuente de la tenencia física de los hijos que se da en forma habitual y espontánea por el hecho de residir bajo un mismo techo.

En caso de divorcio, la guarda general le corresponde a uno de ellos y el otro está obligado a cooperar en los alimentos y conserva los derechos de convivencia y vigilancia.

*La *guarda especial*, deriva del mandato expreso conferido por el titular del derecho para establecer una custodia eventual. Como ejemplo podríamos citar aquellos institutos o internados donde los progenitores confieren por un tiempo la guarda de un menor.

*La *guarda administrativa*, se otorga cuando las personas que ejercen la patria potestad no pueden realizar las funciones que les corresponden y entregan al menor a una institución pública o privada de asistencia social, o bien cuando la autoridad correspondiente impone al menor infractor que viva en un lugar sustituto o establecimiento especial para su readaptación.⁶¹

La guarda puede solicitarse de forma independiente, por escrito en convenio homologado ante el Juez de lo Familiar.

⁶¹ En el caso de la guarda administrativa de los menores infractores para su readaptación, se regula del artículo 114 al 118 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores en Materia Común para el Distrito Federal y en Materia Federal para toda la República.

Por último es dable señalar que el ejercicio de la guarda y la custodia es necesario para que los padres puedan cumplir con los deberes que impone la patria potestad, por tal motivo, en condiciones normales ambos padres tienen la guarda y custodia de sus hijos.

Cabe mencionar que de forma general “el sentido que se le da a la custodia es precisamente la guarda de una persona con toda diligencia y cuidado”⁶², lo cual desde nuestro personal punto de vista resulta erróneo, por tratarse de dos conceptos diferentes.

1.3.2 Importancia y naturaleza jurídica de la custodia

La custodia reviste especial importancia en el Derecho familiar, pues es:

- ✓ un complemento y prerrogativa de la patria potestad dirigida a los menores y,
- ✓ un deber elemental que hace posible el cumplimiento de los otros derechos-obligaciones paterno filiales, integradores de la patria potestad, tales como:

**La convivencia*

**Protección a la persona*

**Vigilancia*

**Educación y corrección de sus actos*

**Formación moral*

**Orientación Religiosa*

**Apellido*

**Alimentos*

**Administración*

**Representación, entre otros.*

Cada uno de éstos derechos-obligaciones se encuentran íntimamente ligados y requieren a su vez un deber correlativo u obligación del menor custodiado, así por ejemplo, el deber de convivencia obliga al menor a procurar que esta se consiga, el

⁶² Pérez Duarte, A. Op. cit. pág. 229.

deber de educación y corrección exige la obediencia del menor, lo mismo que en la representación.

El cumplimiento de estos deberes varía, según se tenga o no la custodia, sin que por ello sea necesario perder la patria potestad, toda vez que nuestra legislación permite separar a la custodia de la patria potestad en casos de separación o divorcio, ya que la custodia de estos puede adjudicarse a cualquiera de los dos progenitores o bien a ambos, aunque la decisión final depende de varios factores.

En síntesis, podemos decir que la custodia de los menores implica el cuidado de una persona que va desde criar, orientar, prestarles alimentación y vestimenta, conducir, educar, darles instrucción, formar hábitos, disciplinar la conducta y darles asistencia material, moral, espiritual y médica, aunado a lo anterior ésta deberá ejercitarse con amor, atención y respeto antes y después de un divorcio.

El tipo de custodia que hasta antes de las reformas de 2004 regulaba nuestro Código Civil cuando se divorciaban los cónyuges era la llamada *custodia única*, que a su vez refiere a la *custodia legal* y *custodia física*.

Para comprender mejor lo antes dicho, expondremos brevemente de qué trata cada una conforme a lo señalado por María de Montserrat Pérez:⁶³

- ***Custodia Única.*** Es aquella custodia que en caso de divorcio, se le atribuye a sólo uno de los padres, quedando a su cuidado los hijos y el deber de velar por ellos, y al otro progenitor se le establece y/o permite el régimen de visitas y los alimentos.

⁶³ Pérez Contreras, María de Montserrat. *Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. La custodia compartida y las reformas de 2004.* Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie. Número 116. Año XXXIX. México. Mayo- Agosto 2006. pág. 508-511.

- ✚ **Custodia Legal.** Es el conjunto de derechos y obligaciones del padre o de la madre para hacer y tomar decisiones fundamentales e importantes que afectan todos los aspectos de la vida del menor. Por ejemplo, en lo concerniente a su educación, salud, permisos, cuidados médicos, etcétera. El padre o madre que tenga la custodia legal será quien goce de total autoridad para decidir en los asuntos concernientes al menor que se presenten en la vida diaria.
- ✚ **Custodia Física.** Se refiere únicamente al tiempo (presencial o material) que se comparte o se dedica al menor directamente, mediante la participación de los padres en el cuidado del menor. Uno de los progenitores conserva esta custodia de forma temporal al tener la custodia provisional o definitiva del menor y el otro la ejercerá durante el tiempo de visitas que goce con el menor, en ejercicio del derecho de convivencia.

Podemos concluir que el padre que tenga la *custodia única*, posee también la *custodia legal y física* de sus menores hijos, y al otro progenitor le corresponderá solo la *custodia física*, sin que por ello se exente del *cumplimiento de las obligaciones* que tiene para con sus menores hijos.

Aunado a lo anterior, aunque de forma independiente existe la llamada **custodia de hecho*, regulada en el artículo 418 del Código Civil vigente que expresa lo siguiente:

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.

Con las reformas de 2004, se inicia la aplicación del régimen de **custodia compartida*, con la cual el legislador pretende equilibrar el papel de ambos progenitores a fin de mantener el vínculo paterno-materno-filial.

Ahora bien, por lo que se refiere a la *naturaleza jurídica* de la custodia, debemos apuntar que es complicado encontrar en la doctrina mexicana algún razonamiento al respecto. Aunado a lo anterior, los estudiosos de la materia definen a la custodia como institución, otros como derecho y obligación, otros más como situación jurídica o acción, sin que exista un criterio uniforme.

Respecto a este tema y para fundamentar nuestra postura, es importante resaltar que la custodia es consecuencia de la relación natural - jurídica existente entre los padres y la persona del hijo menor, relación que produce efectos traducibles en derechos-deberes recíprocos entre los custodiantes y el menor custodiado.

Esta custodia se encuentra contenida en esta relación jurídica paterno- filial y es un derecho- deber que se cumple en la convivencia a diario en el domicilio conyugal.

Al originarse una crisis conyugal, la custodia continúa siendo un derecho del menor y un deber a cargo de uno o ambos padres (custodia compartida), actuando siempre en beneficio del menor, pues independientemente de la ruptura conyugal al menor se le deberán seguir otorgando los cuidados necesarios para su bienestar y desarrollo.

1.3.3 Características de la custodia

La custodia reviste ciertas características de las cuales podemos señalar las siguientes:

Obligatoria

La custodia es una obligación originalmente a cargo de los padres, ya que la formación integral de los hijos depende de los cuidados que se le den en los primeros años de vida , por ello el legislador tiene principal preocupación para que en caso de divorcio los padres acuerden todo lo relativo a la guarda y custodia de sus hijos, señalando que la custodia pueda compartirse.

Delegable

Es un derecho delegable en beneficio del menor, ya que los sujetos activos titulares de tal custodia, en caso de encontrarse limitados para proporcionar los cuidados necesarios para el buen desarrollo del menor en las etapas más importantes de su desarrollo podrán delegar a personas físicas o morales, tal cargo y transmitirlo, sin que esto de motivo a la pérdida de la patria potestad de sus menores hijos.

Es subordinada

La custodia esta sujeta al interés superior de los menores, por lo que cualquier convenio que celebren los padres al respecto quedará sujeto a que dicho interés se encuentre preservado.

Transmisible

La custodia es transmisible por convenio celebrado entre las partes titulares de tal ejercicio , incluso como lo vimos anteriormente, se puede confiar a personas distintas a las que originalmente les corresponde, ya sean personas físicas, como lo son parientes según lo establece la ley o bien, personas morales como instituciones educativas o internados. Es dable señalar que la custodia si bien, puede cumplirse

personalmente o por intermediación, encuentra una limitación que debe transmitirse únicamente en interés del menor.

Ilimitada

Ya que en caso de divorcio voluntario por vía judicial, el artículo 273, fracción I del Código Civil local, señala que cuando los cónyuges soliciten éste tipo de divorcio, deberán acompañar un convenio que contenga la “*designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces...*”, sin limitar a las personas que puedan ejercerla, contrario a lo que sucede tratándose de divorcio necesario.

Cambiable no es inmutable

Es cambiable puesto que las decisiones judiciales sobre la custodia, no pueden ser definitivas por la propia naturaleza de la institución.

Las resoluciones judiciales de esta índole deben ser modificables en atención a las necesidades imperiosas de los menores, pues de lo contrario, la inmutabilidad de tales resoluciones, que en un inicio podrían ser justas, pueden llegar a ser arbitrarias e injustas de no tomarse en cuenta el acontecimiento de hechos o circunstancias posteriores en donde se comprometa el interés superior del menor.

Imprescriptible

Toda vez que su existencia no depende de su ejercicio o falta de éste, así que el simple transcurso del tiempo no la extingue, por tal motivo, las personas que realizan la custodia de un menor si no lo hicieran no perderán su deber y derecho para ejercerla, excepto resolución judicial que así lo determine.

Temporal

La custodia es temporal, pues dura hasta que los hijos e hijas cumplen la mayoría de edad (18 años) o cuando el menor se emancipe.

1.3.4 Personas que ejercen la custodia

- Los *sujetos activos* de la custodia, son en primer término *ambos padres*, vivan juntos o separados, los *abuelos maternos, paternos o parientes en general*. La custodia de los menores hijos puede también delegarse a *terceras personas*, ya sean físicas o morales.

La legislación Civil señala el orden y la forma en la cual ejercitarán este deber-derecho y lo describimos a continuación:

En caso del *reconocimiento de los hijos*, los artículos 380 y 381 del Código Civil para el Distrito Federal, tratan los supuestos para obtener la guarda y custodia de los hijos habidos fuera del matrimonio, lo cual dependerá del acto en que se verifique tal reconocimiento, así pues, el artículo 380 señala que cuando el padre y la madre que no vivan juntos y reconozcan en el mismo acto al menor, deberán convenir quién de los dos ejercerá su guarda y custodia, de lo contrario será el Juez de lo Familiar, quien después de oír al Ministerio Público, lo resolverá atendiendo al interés superior del menor, por su parte el artículo 381 suscribe que si el reconocimiento se efectúa sucesivamente por ambos padres, ejercerá la guarda y custodia el primero que hubiere reconocido, salvo convenio.

Cuando la custodia de un menor se otorga por *testamento*, es válido excluir a los abuelos paternos y maternos del ejercicio de ésta y consecuentemente de la

patria potestad, o bien el testador puede señalar el orden en que los abuelos maternos o paternos tendrán la custodia y ejercicio de la patria potestad.

En caso de *divorcio voluntario por vía judicial* el artículo 273, fracción I, contempla que junto a la solicitud de divorcio deberá acompañarse un convenio en el cual ambos padres deberán designar a la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces durante y después de ejecutoriado el divorcio, dejando abierta la posibilidad de que los abuelos, parientes o terceras personas puedan custodiar al menor.

En caso de *divorcio necesario* el artículo 282, fracción V, obliga:

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 ...

Con lo anterior, nos podemos percatar que hoy en día es prioridad el hecho de que se procure en lo posible el régimen de custodia compartida del menor aún habiéndose designado de común acuerdo al progenitor que cuidará de los hijos menores, éste ejercerá la patria potestad preferentemente, sin que ello signifique la liberación de obligaciones que tiene el otro cónyuge para con su (s) hijo (s).

A *falta o imposibilidad de los padres* para tener la custodia, la misma puede otorgarse a los *abuelos paternos o maternos o parientes*, en algunos casos. La custodia debe desvincularse de la patria potestad por el bien del menor, de esta forma los progenitores que no tienen la custodia, sólo se encuentran limitados en el ejercicio de la patria potestad al derecho de vigilar la educación y se obligan a colaborar con los abuelos en los derechos derivados de la custodia.

Por lo que se refiere a los *sujetos pasivos* de la custodia, estos son los menores de edad no emancipados, sujetos a patria potestad, y los menores incapacitados.

1.3.5 Causas de terminación, suspensión, pérdida y cambio de la custodia

La falta de regulación de esta figura se vuelve a reflejar en cuanto a las causas que dan origen su pérdida, limitación y suspensión aún tratándose del nuevo régimen de custodia compartida, toda vez que a diferencia de la patria potestad, éstas no son tan claras.

La custodia *termina* por:

- Haberse concluido la patria potestad o tutela que le dio origen.
- Porque el hijo alcanza la mayoría de edad,
- Con la adopción del hijo y
- Por resolución judicial dictada en incidente por el cual se acredite la inconveniencia de la medida.
- En caso de la custodia de hecho, podrá terminar por decisión del pariente que la realiza o por quien o quienes ejercen la patria potestad o por resolución judicial que lo establezca.

La custodia se *suspende* cuando:

- El ascendiente, que tiene el derecho de convivencia con el hijo por resolución judicial, no cumple con el régimen de visitas impuesto, sin causa justificada para ello.

La única causa por la que se *pierde o no se ejerce* la custodia es:

- Cuando se ponga en peligro el sano desarrollo de los menores en particular, respecto del caso de violencia familiar.⁶⁴

⁶⁴ Pérez Contreras, M. de M. Op. cit. pág. 534.

La custodia podrá ser *cambiada*:

- Cuando quienes custodian incumplen con la obligación del cuidado y educación conveniente, lo cual requerirá de resolución judicial que lo determine.
- Se podrá decretar también el cambio de custodia cuando quien tenga decretada la custodia provisional o definitiva sobre ellos, realice conductas para evitar la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan reconocido judicialmente su derecho a la misma.

CAPITULO II

Marco jurídico de la guarda y custodia

2.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

En el presente numeral analizaremos brevemente el contenido de los artículos 1º y 4º de nuestra Carta Magna relacionados con nuestro objeto de estudio y que para efectos de esta investigación nos permitirán una mejor comprensión.

Así bien, citamos el artículo 1º constitucional, párrafo tercero que a su letra dice:

“...Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

El precepto antes transcrito consigna la igualdad de la mujer y el hombre ante la ley, quedando prohibido todo tipo de discriminación. Lo anterior debemos entenderlo en sentido amplio, esto es, que tanto el hombre como la mujer deben ser iguales en lo moral, laboral y en lo jurídico.

Con base en ello, entendemos que tanto la mujer como el hombre son sujetos de los mismos derechos y obligaciones dentro del núcleo familiar, más aún en el tiempo actual donde ya no es aceptable el viejo argumento de los roles familiares, consistente en que el padre de familia era el proveedor de ésta y la madre la ama de casa, encargada únicamente del cuidado de los hijos.

Contrario a lo antes descrito, hoy en día ambos progenitores contribuyen en la obtención de recursos y mantenimiento del hogar, siendo estos los únicos responsables del cuidado y atención de sus hijos, quienes a su vez tienen el derecho constitucional de que sean satisfechas sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, tal y como lo veremos más adelante.

De acuerdo con algunas opiniones de estudiosos del derecho y padres de familia, la garantía constitucional que consigna el artículo 1º es violentada cuando se otorga la guarda y custodia de los hijos en un juicio de divorcio, ya que el hecho de dar preferencia a la madre o al padre bajo cualquier argumento origina problemas de índole legal, por no cumplirse con el principio de no discriminación consignado en esta garantía constitucional, provocando desigualdad en el proceso y en la protección ante ley.

María de Montserrat Pérez Contreras en su artículo titulado “Reflexiones en torno a la custodia compartida y las reformas de 2004”, argumenta en relación a lo anterior que:

“ De conformidad con los instrumentos internacionales convencionales y universales de derechos humanos, tanto generales como específicos; es decir la Convención sobre la eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra de la Mujer (CEDAW) y la Convención sobre los derechos del Niño, que de conformidad con el artículo 133 de la Constitución son ley vigente y positiva en el territorio nacional, así como los propios artículos 1º y 4º constitucionales que establecen las garantías de no discriminación y de igualdad del hombre y la mujer ante la ley, cualquier consideración que exprese preferencia por razón de sexo, tanto en la ley como en la practica por las autoridades encargadas de impartir justicia, estará reflejando violaciones a derechos humanos y garantías fundamentales, que llevan implícitas prácticas de discriminación en los casos de determinación de la custodia”¹

¹ Pérez Contreras, María de Montserrat. *Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. La custodia compartida y las reformas de 2004*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie. Número 116. Año XXXIX. México. Mayo- Agosto 2006. pág. 11.

Al respecto, consideramos que lo antes expresado por la autora, no debiera llamársele: “práctica de discriminación”, porque si bien, existen factores que el Juez de lo Familiar toma en cuenta para determinar la custodia de los menores, tales como su edad, éste tiene la obligación de otorgarla basándose en aquello que más convenga a los menores, motivado en el principio del “interés superior del menor”. Así la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo ha considerado al señalar:

Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: II, Agosto de 1995
Tesis: II.2º . C. T.7 C
Página: 559

MENORES DE EDAD. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS. Si bien es cierto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que cuando se trata de menores de edad lo más benéfico para su desarrollo y estabilidad es que se encuentren bajo el cuidado de su madre, también lo es que esto no significa que tal criterio deba aplicarse indiscriminadamente a todos los casos, pues es obligación del juzgador tomar en cuenta, el interés del menor sobre cualquier otro.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO.
Amparo directo 344/95. Elisa Rivera Uribe. 19 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: Laura Rojas Vargas.

Otra disposición que cumple con lo establecido en tal garantía es la que sostiene que no será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos, únicamente lo será el caso de que el padre demuestre que la conducta de aquélla pueda ser dañina a la salud e integridad de los hijos, siendo esta la excepción a la regla general. En este caso la ley evita la discriminación por causa de nivel económico de la madre.

Lo antes comentado es un tema sujeto a controversia, estudio y variabilidad de opiniones.

Por lo que respecta al artículo 4º constitucional, diremos que ésta protege de forma importante la organización y desarrollo de la familia.

Aunque el contenido de esta garantía es amplio, enunciaremos el que señala los párrafos I, VI, VII y VIII, mismos que se relacionan con nuestro tema de investigación.

Artículo 4º.

El varón y la mujer son iguales ante la ley, esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia...

...

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 coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Como podemos advertir el párrafo primero de éste artículo se vincula estrechamente con lo sustentado en el artículo 1º constitucional y consecuentemente denota la misma problemática en cuanto a su aplicación se refiere, esto es, que se piensa que el hecho de otorgarse la custodia automáticamente a la madre o en su caso al padre, genera problemas de índole constitucional en cuanto a la igualdad y protección de los derechos de los padres y de los hijos durante el proceso legal.

Desde nuestro personal punto de vista, ningún elemento externo es válido para determinar si la madre o el padre puedan ser mejor uno que el otro para criar, educar o solventar las necesidades de los hijos, más que no sea el que se base en lo que más convenga a los menores, en respuesta a su “interés superior”, (principio que por cierto será analizado posteriormente), aunado a ello, tal y como lo habíamos subrayado, ambos progenitores salen de sus hogares para cubrir las necesidades básicas de su familia, lo cual implica que el hecho de otorgar la custodia de los hijos a uno u a otro progenitor en un proceso de divorcio dependa, incluso de la flexibilidad

de los horarios laborales de éstos, lo cual permite que el Juez de lo Familiar se allegue de todos los elementos para determinar lo que será mejor para el menor.

El artículo 282, fracción V, segundo párrafo del Código Civil para el Distrito Federal establecía:

Artículo 282, fracción V, párrafo II:

V. ...

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

tal redacción llegó a considerarse inconstitucional en cuanto a que excluía al padre en la crianza de los hijos menores de siete años, quizá por ser una razón influida por tradiciones, roles costumbristas y la presunción de que la madre era la más apta para cuidar a sus hijos.

Sin embargo, desde principios del 2007 y sólo en caso de que los menores sean sujetos de violencia familiar, éstos deberán quedar al cuidado de la madre, excepto cuando sea ésta quien la origine (artículo 282, último párrafo).

Si bien, el artículo 4º constitucional asienta que el hombre y la mujer son iguales ante la ley, también lo es que la Constitución Mexicana reconoce un régimen propio en lo que se refiere a las cuestiones familiares, al puntualizar que la ley ordinaria “protegerá la organización y el desarrollo de la familia”, de lo anterior se desprende que el Juez atenderá a las circunstancias específicas que protejan el desarrollo de los menores, aspectos que recoge el legislador y plasma en disposiciones como estas.

Para robustecer lo anterior, nuestro Máximo Tribunal ha señalado lo siguiente:

Novena época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: VIII, Agosto de 1998
Tesis: I.9º.C.53 C
Página: 845

CUSTODIA DE MENORES. EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, QUE LE CONCEDE A LA MADRE RESPECTO DE LOS HIJOS MENORES DE SIETE AÑOS, ES ACORDE CON LO PREVISTO POR EL ARTÍCULO CUARTO CONSTITUCIONAL.

El último párrafo del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, establece un principio general, rector de la decisión de guarda y custodia de los menores de siete años, consistente en que éstos deben permanecer al lado de su madre "... salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos...".

El espíritu de este principio, evidentemente, tuvo como sustento que el legislador atendiera a la realidad social y a las costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional, en el que en términos generales, corresponde a la madre la atención y cuidado de los menores; consecuentemente, legalmente la madre tiene a su favor la presunción de ser la más apta para cuidar a los hijos procreados, a menos que el padre demuestre que la conducta de aquélla puede ser dañina a la salud e integridad de los hijos. Es pertinente destacar que si bien el artículo 4º. de la Constitución General de la República, estatuye que el hombre y la mujer son iguales ante la ley, lo cierto es que la norma constitucional reconoce un régimen propio en lo que se refiere a las cuestiones familiares, dado que al respecto puntualiza que la ley ordinaria "...protegerá la organización y el desarrollo de la familia..."; de lo cual se desprende claramente que en este aspecto en particular, debe atenderse fundamentalmente a las circunstancias específicas que se encaminen a proteger el desarrollo de la familia y, dentro de este concepto, por consiguiente, a proteger el desarrollo de los menores; aspectos que recoge el legislador ordinario y los plasma en el artículo 282 del Código Civil.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

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

Por otra parte, el mismo artículo constitucional, en sus dos últimos párrafos obliga a los ascendientes, tutores, custodios y al propio Estado a resguardar los derechos de los cuales son sujetos los menores, tales como sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Lo antes referido se regula de forma precisa en la ley reglamentaria de este artículo llamada: *Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y*

Adolescentes que será analizada en el apartado correspondiente de la presente investigación.

Concluimos esta parte, reconociendo la capacidad y habilidad que tiene el hombre y la mujer para cuidar a sus menores hijos, aunque también es preciso señalar que el menor a cierta edad se encuentra biológicamente vinculado con su madre quien (presuntamente) le debe otorgar los cuidados precisos que el padre por más que quiera no le puede suministrar.

Lo anterior no debe considerarse como causa discriminatoria, antes bien el legislador implanta tal criterio en beneficio del menor y de la sociedad en un futuro.

2.2 Convención sobre los Derechos del Niño

Los instrumentos Internacionales tanto convencionales como universales son ley vigente y positiva en el territorio nacional, por lo tanto la *Convención sobre los Derechos del Niño de 1989* es Ley Suprema de toda la Nación Mexicana de acuerdo con el texto del artículo 133 constitucional que dice:

Artículo 133. Esta constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la Republica, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.

México ratificó el 21 de septiembre de 1990 la *Convención sobre los Derechos del Niño*, la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991, con ello nuestro país se obliga a que tanto sus órganos jurisdiccionales como

administrativos la apliquen eficazmente por formar parte del Derecho Interno Mexicano.

Inés M. Weinberg señala que tal Convención “es un tratado de derechos humanos fundamental en el recorrido de estos derechos en el camino de su reconocimiento por el Derecho Internacional y los Derechos Internos.”²

Tal Convención se integra por 54 artículos que abarcan sin duda alguna todo lo concerniente a la esfera jurídica del menor y de los cuales en forma ilustrativa enunciaremos algunos. El menor tiene:

- Derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contacto directo con sus progenitores.
- Derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten cuando tengan juicio propio.
- Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
- Derecho a la libertad de asociación y a la celebración de reuniones pacíficas.
- Derecho a la protección de la ley contra injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o a su reparación.
- Derecho al acceso, información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales que tenga por finalidad promover su bienestar social, espiritual, moral y su salud tanto física como mental.
- Derecho al buen trato cuando se refiera a niños con el estatuto de refugiado.
- Derecho al disfrute de servicios de salud para el tratamiento de enfermedades y rehabilitación de su salud.
- Derecho al descanso , esparcimiento, juego y actividades recreativas.
- Derecho a estar protegido contra la explotación económica y contra cualquier trabajo que pueda ser peligroso.

² M. Weinberg, Inés. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Ed. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina, 2002. pág. 11.

- Derecho a ser protegido contra todas las formas de explotación y abuso sexuales.

La Convención tiene un preámbulo muy interesante del cual transcribiremos algunos fragmentos:

“ Los Estados Partes en la Presente Convención.

...

Reconociendo 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.

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad [...], en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

...

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”...

Nuestro país se obliga a asegurar a los menores la protección y ejercicio de sus derechos en términos del artículo 4^o de la Convención sobre los Derechos del Niño y adopta las medidas necesarias tanto administrativas, como legislativas para hacer efectivos los derechos reconocidos en esta Ley.

Para efectos de esta Convención se entiende por niño a “todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.³

³ Ver Artículo 1. de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Este señalamiento difiere un poco de lo que en México es considerado como niños, ya que son niñas y niños las personas de hasta 12 años incompletos y serán adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 incumplidos.⁴

La Convención establece el derecho que tiene el niño para que inmediatamente después de su nacimiento sea inscripto en el Registro Civil (en el caso de México) para que tenga un nombre, se le reconozca su nacionalidad y en la medida de lo posible conozca a sus padres para ser cuidado por ellos (Artículo 7, párrafo 1).

El Estado que la ratifica también se compromete a regular medidas de protección que la condición del menor requiera en su ámbito familiar, social y estatal “por lo tanto, frente a cualquier situación de disputa entre los padres por la tenencia y cuidados del niño, cuyos desacuerdos pueden afectar la salud psíquica y comportamientos del menor, es esencial la intervención de la justicia como función de responsabilidad del Estado, para garantizar los derechos y el interés superior de un niño”.⁵

El contenido de este documento internacional se basa en el principio rector del “interés superior del niño” con el cual se pretende asegurar el desarrollo pleno e integral de los menores, además de procurar los cuidados y asistencia que requieren para un crecimiento y desarrollo integral. El artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del niño lo señala:

Artículo 3.

1. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

⁴ Artículo 2º de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

⁵ M. Weinberg, I. Op. cit. pág. 53.

Sin embargo, son los artículos 9, 10 y 18 los que prevén el derecho que tiene el niño a la convivencia y contacto directo con ambos padres, así como las obligaciones comunes que tienen los progenitores en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño.

El artículo 9, párrafo 1, señala que a los menores gozan de la garantía de no ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables que tal separación es necesaria en el interés superior de éste.

La determinación anterior puede ser necesaria, en caso de que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar donde residirá el menor.

El hecho de que el niño sea separado de uno o ambos padres de modo regular será respetado por los Estados Parte, salvo si ello es contrario al interés superior de este (Artículo 9, párrafo 3).

Cuando los padres del menor residan en un Estado diferente al de sus hijos, estos tendrán el derecho de mantener periódicamente –salvo circunstancias excepcionales-, relaciones personales y contacto directo con ambos padres.

De acuerdo con el artículo 10, párrafo 2, se respetará el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, ello se sujetará a las restricciones estipuladas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas que estén en conformidad con los demás derechos que reconoce la Convención.

La ley garantiza que el niño pueda formarse un juicio propio que podrá expresarlo personalmente en todos los asuntos que le conciernan directamente o por

medio de un representante o de un órgano apropiado en todo procedimiento judicial o administrativo en que se vea afectado (Artículo 12). Tal opinión será tomada en cuenta por el Juez de acuerdo a su edad y madurez.

También dispone que los padres de familia tendrán el reconocimiento de tener ambas obligaciones comunes en lo que respecta a la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño, cuya preocupación fundamental será el interés superior del niño (Artículo 18, párrafo 1).

Todos los derechos ventilados en esta ley se garantizan por medio de su promoción y participación del Estado que los ratifica. El gobierno federal velará por la creación de instituciones, instalaciones de guarda de niños que reúnan las condiciones requeridas.

En México, la protección prioritaria de los derechos de los menores se avalan por medio de la *Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, la cual trataremos más adelante.

Por último diremos que hoy en día la Convención sobre los derechos del niño ha sido suscrita por casi todos los países del planeta y es la base para legislar en materia de menores.

2.3 Código Civil para el Distrito Federal

El 15 de abril de 2004 los Diputados José Jiménez Magaña y José Antonio Arévalo González presentaron ante la Asamblea Legislativa del Distrito Federal una iniciativa de decreto para reformar, adicionar y derogar diversas disposiciones del Código Penal, del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal en materia de Guarda, Custodia y Derecho de Convivencia de los Menores.

Sujetos a Patria Potestad en la Legislación del Distrito Federal. No fue sino hasta el 6 de septiembre del mismo año que éstas fueron publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

De acuerdo con la exposición de motivos de dichas reformas, una de las causas que dieron origen a estas modificaciones fue el hecho de que hasta aquél momento la legislación civil de la Capital de México, no contaba con una regulación adecuada de la guarda y custodia así como el derecho de convivencia de los menores sujetos a la patria potestad, además de que las normas jurídicas existentes, no respondían de forma adecuada a los diversos y complejos problemas que se presentan en los Juzgados de lo Familiar en el Distrito Federal cuando ambos progenitores ejercen la patria potestad, pero uno solo de ellos tiene la guarda y custodia de los hijos o las hijas de menor edad.

La sociedad civil también influyó notablemente, ya que agrupaciones de Padres y Madres de familia separados realizaron denuncias por un derecho justo, legal y adecuado en lo que se refiere a la guarda, custodia y derecho de convivencia a que los menores y padres separados tienen derecho.

En tales supuestos los legisladores argumentaron que:

“...los niños y las niñas tienen una esfera de protección insuficiente y precaria, que los convierte en sujetos en condiciones de vulnerabilidad y en algunas situaciones en desventaja social. Para superar tal situación, urge armonizar los derechos de sus ascendientes y otros parientes a convivir con ellos, sin menoscabo del bienestar de los menores y velando por el cumplimiento de los deberes escolares y sus derechos plasmados en la Ley de las y los jóvenes del Distrito Federal”⁶

⁶ Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Segundo Período de Sesiones Ordinarias del primer año de ejercicio. Año 1, No. 11, 15 de abril del 2004.

Dentro de las modificaciones y adiciones que sufrió el Código Civil para el Distrito Federal en las que tratan la materia de custodia y guarda de los menores, son las que continúan:

- Se modifica la fracción V del artículo 282, a fin de introducir la *custodia compartida* de los niños y las niñas, tanto por convenio como por resolución del Juez de lo Familiar y tomando en cuenta, en su caso, la opinión del menor. También se disminuye la edad de 12 a 7 años para que los menores queden al cuidado de su madre, siempre y cuando no exista peligro aunque ésta carezca de recursos económicos.
- Se adiciona el artículo 283 en sus párrafos del I al IV a fin de precisar que se debe procurar en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre y que la recuperación de la custodia procederá únicamente en aquellos casos que por cuestiones alimentarias se haya perdido.
- Se adicionó un párrafo tercero al artículo 417 para los casos de conductas reiteradas o graves dirigidas a evitar la convivencia con los menores. Con ello el Juez de lo Familiar podrá dictar el cambio de la custodia; además, de aplicar las medidas de apremio previstas en las normas procesales.

Como podemos advertir el Distrito Federal incorpora en su legislación a partir del 2004 el régimen de la custodia compartida de los hijos menores el cual se regula de manera precisa en el contenido de los artículos 282 fracción V y 283, párrafos del I al IV que expresaban:

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

I a IV...

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

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

VI. a X.

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

Deberá procurarse en lo posible en *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.

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

Consecuentemente, se ha suscitado diversas controversias, algunas encaminadas a sí la custodia compartida es o no benéfica para los menores, o si su regulación aporta o no los lineamientos para delinear su implementación. Se observa la omisión de definición alguna de la custodia compartida y la confusión de ésta con la guarda del menor, entre otras.

En fecha 28 de diciembre de 2006, durante el Primer Periodo de Sesiones Ordinarias, las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia y de Equidad y Género presentaron ante la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, el Dictamen de Iniciativa de decreto por el cual se pretendían reformar los artículos 282, 283, 287, 293, 411, 416, 417 y 44 y adicionarse los artículos 283 bis, 414 bis, 416 bis, 416 ter y 417 bis del Código Civil para el Distrito Federal.

La C. Diputada Leticia Quezada Contreras en representación de las comisiones ya mencionadas así como de distintas dependencias gubernamentales señaló para fundamentar el dictamen lo siguiente:

“...estamos seguros que las reformas que se aprobaron en la discusión y análisis por las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia y de Equidad y Género el pasado 27 de diciembre, procura generar condiciones de igualdad entre hombre y mujeres, introduciendo la figura de la custodia compartida...

...

Asimismo, aumentar la edad establecida de 7 a 12 años para que las hijas y los hijos queden al cuidado de la madre, ya que en ella descansa por regla general el cuidado de los menores procreados en un matrimonio e incluso fuera de éste...”⁷

El dictamen fue aprobado, con los siguientes resultados en la votación: 57 votos a favor, 0 votos en contra y 0 abstenciones.

Consecuentemente, el 2 de febrero de 2007 se publicaron en la Gaceta Oficial del Distrito Federal las nuevas reformas aprobadas. Y por lo que se refiere a la institución jurídica de la custodia compartida se advierten las siguientes modificaciones:

- Los cónyuges podrán compartir la guarda y custodia de sus hijos mediante convenio, y 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.
- En caso de que los menores de doce años sean sujetos de violencia familiar, quedarán al cuidado de la madre, excepto cuando ésta sea quien la origine.
- La sentencia de divorcio contendrá todo lo relativo a la pérdida, suspensión o limitación de la guarda y custodia, así como las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores.

⁷ <http://www.asambleadf.gob.mx/>

- Cuando los padres hubiesen acordado la guarda y custodia compartida, el Juez deberá garantizar en la sentencia de divorcio, que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos.
- Se crea la figura del Asistente del Menor para efectos de facilitar la comunicación libre y espontánea y otorgarle protección psicoemocional al menor en caso de cambio de guarda y custodia.

Para ilustrar mejor lo antes dicho, presentamos un cuadro comparativo, cuyo contenido muestra el texto de los artículos reformados y publicados en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 6 de septiembre de 2004 y el 2 de febrero de 2007.

ARTICULO	REFORMAS DEL 6 DE SEPTIEMBRE DE 2004	REFORMAS DEL 2 DE FEBRERO DE 2007
<i>Artículo 282, fracción V y párrafo segundo de la fracción X.</i>	<p>Artículo 282.</p> <p>V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, debiendo ser uno de éstos y pudiéndose compartir la custodia. En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fije el código respectivo y, tomando en cuenta la opinión del menor.</p> <p>Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.</p> <p>No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.</p> <p>X. Las demás que considere necesarias.</p>	<p>Artículo 282.</p> <p>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.</p> <p>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;</p> <p>X. Las demás que considere necesarias:</p> <p>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.</p>
<i>Artículo 283.</i>	<p>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.</p> <p>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</p>	<p>Artículo 283. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad para lo cual deberá contener las siguientes disposiciones:</p> <p>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;</p> <p>II.- Todas las medidas necesarias para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que lastime u</p>

	<p>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.</p> <p>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.</p> <p>Lo mismo se observará respecto de la recuperación de la custodia.</p> <p>La protección para los hijos incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.</p> <p>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.</p>	<p>obstaculice su desarrollo armónico y pleno;</p> <p>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;</p> <p>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;</p> <p>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;</p> <p>VI.- Las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad.</p> <p>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.</p>
<i>Artículo 283 Bis.</i>	No se regula	Artículo 283 Bis. En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida en términos de lo establecido en la fracción V del artículo 282, el Juez, en la sentencia de divorcio, deberá garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos.
<i>Artículo 414 Bis.</i>	No se regula	<p>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:</p> <p>I.- Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;</p> <p>II.- Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;</p> <p>III.- Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y</p> <p>IV.- Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.</p> <p>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.</p>

		No se considera incumplimiento de estas obligaciones el que cualquiera de los progenitores tenga jornadas laborales extensas.
<i>Artículo 416.</i>	Artículo 416. En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.	Artículo 416. En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus obligaciones y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fija el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles. Con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y crianza conservando el derecho de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.
<i>Artículo 416 Bis.</i>	No se regula	Artículo 416 Bis. Los hijos que estén bajo la patria potestad de sus progenitores tienen el derecho de convivir con ambos, aún cuando no vivan bajo el mismo techo. No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus ascendientes, En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente previa audiencia del menor, atendiendo su interés superior. Para los casos anteriores y sólo por mandato judicial, este derecho deberá ser limitado o suspendido considerando el incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza o peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos.
<i>Artículo 416 Ter.</i>	No se regula	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 cualquiera 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.
<i>Artículo 417.</i>	Artículo 417. Los que ejercen la patria potestad,	Artículo 417. En caso de desacuerdo sobre las

	<p>aún cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos.</p> <p>No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.</p> <p>El Juez de lo Familiar aplicará las medidas previstas en el Código de Procedimientos Civiles e incluso podrá decretar el cambio de custodia de los menores previo el procedimiento respectivo, cuando quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva sobre ellos, realice conductas reiteradas para evitar la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan reconocido judicialmente su derecho a la misma.</p>	<p>convivencias o cambio de guarda y custodia, en la controversia o en el incidente respectivo deberá oírse a los menores.</p> <p>A efecto de que el menor sea adecuadamente escuchado independientemente de su edad, deberá ser asistido en la misma por el asistente de menores que para tal efecto designe el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.</p>
<i>Artículo 417 Bis.</i>	No se regula	<p>Artículo 417 Bis. Se entenderá por asistente de menores al profesional en psicología, trabajo social o pedagogía exclusivamente, adscrito al DIF-DF u otra institución avalada por éste, que asista al menor, sólo para efecto de facilitar su comunicación libre y espontánea y darle protección psicoemocional en las sesiones donde éste sea oído por el Juez en privado, sin la presencia de los progenitores.</p> <p>Dicho asistente podrá solicitar hasta dos entrevistas previas a la escucha del menor, siendo obligatorio para el progenitor que tenga la guarda y custodia del menor dar cumplimiento a los requerimientos del asistente del menor.</p>

Las anteriores reformas han sido rechazadas por la Asociación Mexicana de Padres de Familia Separados, quienes la califican como el retroceso a una ley con inmensas lagunas, sobre todo en materia de guarda y custodia compartida.

2.4 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

El 6 de septiembre de 2004 también se publicaron en la Gaceta Oficial del Distrito Federal las modificaciones y adiciones de las diversas disposiciones al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal en materia de Guarda, Custodia y Derecho de Convivencia de los Menores Sujetos a Patria Potestad en la Legislación del Distrito Federal como parte integrante de la iniciativa comentada en el apartado anterior.

Esta iniciativa propuso la adición de seis nuevos artículos y la reforma o adición parcial de otros cinco. Aunque son solo dos los que mencionaremos:

- Se adiciona el artículo 205 para otorgar facultades al Centro de Justicia Alternativa en la solución de los conflictos familiares.⁸
- En el “Título Decimosexto. De las controversias del orden familiar”, se cambia la denominación de su capítulo único para quedar: “Capítulo único. Regulación de la convivencia, custodia y su cambio. Además se adicionan cuatro artículos: 941 bis, 941 ter, 941 quáter y 941 quintus.

Cabe indicar que el Código de Procedimientos Civiles en estas reformas no hace alusión alguna de la institución jurídica de la custodia compartida, ya que únicamente refería a la figura de la custodia.

⁸ El Centro de Justicia Alternativa presta sus servicios a partir del 1 de septiembre de 2003. Con su aparición se inicia el servicio de la Mediación en materia Familiar en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, por tanto, se incorpora la mediación a la función estatal de administrar justicia como vía colateral de solución de conflictos. A partir del 2004 la persona que intente demandar, denunciar, o querellarse contra su cónyuge o concubino, podrá solicitar al Juez de lo Familiar su separación del hogar común o podrán acudir al Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal siempre y cuando no exista violencia familiar en cuyo caso se abstendrá de intervenir, haciéndolo del conocimiento del Agente del Ministerio Público. El mediador, adscrito a este Centro facilitará la solución del conflicto entre las partes teniendo como principio de sus actuaciones el Interés superior del menor, en especial las obligaciones de crianza, a fin de que por convenio entre los progenitores se garantice el bienestar, la seguridad física y mental de los hijos menores de edad, así como el derecho que les asiste de convivir con el progenitor que no vive con ellos. El cumplimiento del convenio podrá solicitarse ante el Juez de lo Familiar en la vía de apremio. (Artículo 205 del Código de Procedimientos Civiles local).

Si bien, en los anteriores artículos el legislador no se preocupó por hacer mención sobre la forma en la cual se regulará la custodia compartida durante el proceso judicial, cabe señalar que en el dictamen de iniciativa de decreto por el cual se reformaron diversos artículos del Código Civil para el Distrito Federal, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal presentado en fecha 28 de diciembre de 2006 ante la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, sí regula a la custodia compartida cuando los cónyuges estén en desacuerdo para convenir los términos del ejercicio de la guarda y custodia compartida, en tal caso el Juez de lo Familiar tendrá que resolver en términos del procedimiento que fija el Título Décimo Sexto, Capítulo Único del Código de Procedimientos Civiles.

El dictamen aprobado con 57 votos a favor, se publicó el día 2 de febrero de 2007 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal trayendo consigo importantes cambios para nuestra materia de estudio en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal tales como:

- ❖ La reforma de los artículos 205, 941 Bis y 941 Ter
- ❖ Se adiciona al artículo 414, fracción VII
- ❖ Derogan de los artículos 73 Bis, 941 Quáter, 941 Quintus y 941 Sextus

En el siguiente cuadro, podemos observar de forma más clara la nueva redacción de los artículos del Código de Procedimientos Civiles en materia de custodia de los hijos, publicados en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 2 de febrero de 2007.

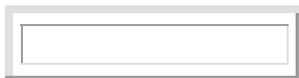
SE REFORMAN LOS ARTÍCULOS:

ARTÍCULOS	<i>Texto de las reformas del 6 de septiembre de 2004</i>	<i>Texto vigente a partir del 2 de febrero de 2007</i>
<i>Artículo 205</i>	Artículo 205. El que intente demandar, denunciar o querellarse contra su cónyuge, concubino o pariente, podrá acudir al Centro de	Artículo 205. El que intente demandar, denunciar o querellarse contra su cónyuge o concubino, podrá solicitar por escrito al Juez de lo Familiar

	<p>Justicia Alternativa, quienes deberán llamar a los mediados, para tratar de dirimir la controversia.</p> <p>El mediador propondrá lo que mejor convenga al interés superior de los menores, a fin de que por convenio entre los progenitores, se resuelva lo relativo a su guarda y custodia, y al derecho de convivencia que corresponda al ascendiente que no conserve la custodia. El cumplimiento del convenio podrá solicitarse ante el Juez de lo Familiar en la vía de apremio.</p> <p>Por otra parte, para el caso de que se trate de personas que se encuentren en los supuestos señalados en primer lugar, podrán por separado a la mediación, solicitar al Juez de lo Familiar su separación del domicilio en el que residen habitualmente.</p>	<p>su separación del hogar común o acudir al centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.</p> <p>El Centro de Justicia Alternativa atenderá a las partes siempre y cuando no exista violencia familiar, en cuyo caso se abstendrá de intervenir, haciéndolo del conocimiento al C. Agente del Ministerio Público tratándose de menores.</p> <p>Para el caso de violencia entre las partes se dará vista al Sistema de Auxilio a Víctimas, para los efectos correspondientes de conformidad con la Ley de Atención a Víctimas dl Delito del Distrito Federal.</p> <p>El mediador facilitará la solución del conflicto entre las partes teniendo como principio de sus actuaciones el interés superior del menor, en especial las obligaciones de crianza.</p> <p>En el convenio, el mediador deberá promover que se garantice el bienestar, la seguridad física y mental de los hijos menores de edad, así como el derecho que les asiste de convivir con el progenitor que no vive con ellos. El cumplimiento del convenio podrá solicitarse ante el Juez de lo Familiar en la vía de apremio.</p>
<p><i>Artículo 941 Bis</i></p>	<p>Artículo 941 Bis. Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus parientes por consaguinidad en línea colateral hasta por el cuarto grado, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y las convivencias de los menores, misma que se verificará dentro de los quince días siguientes.</p> <p>En la audiencia las partes aportaran las pruebas que estimen necesarias a efecto de ejercer la custodia , las que se desahogarán en la misma audiencia; inmediatamente después el Juez de lo Familiar determinará la situación jurídica provisional de la niña o del niño, principalmente a quien corresponderá la custodia del menor; atendiendo para ello a las circunstancias que observe en ese momento, los elementos que hayan aportado las partes y sobre todo tutelando el interés superior del menor.</p> <p>A falta o imposibilidad de los padres para tener la custodia de los menores se considerarán las hipótesis previstas en los artículos 414 y 418 del Código Civil.</p> <p>El ascendiente que no le sea otorgada la custodia podrá convivir tal y como lo fije el Juez diversos días de la semana, fuera del horario escolar y sin desatender las labores escolares y debiendo auxiliarlo en dichas actividades.</p> <p>Asimismo, en forma equitativa, se podrá regular la convivencia en fines de semana alternados, períodos de vacaciones escolares y días festivos; cuando estos ya acudan a centros educativos.</p> <p>En los casos, en que los menores no acudan a</p>	<p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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 la 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.</p> <p>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.</p> <p>Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del</p>

	<p>centros educativos, médicos o de rehabilitación, el Juez de lo Familiar, a su prudente arbitrio, regulará las convivencias del menor con los parientes por consanguinidad en línea colateral hasta el cuarto grado que no lo tengan bajo su custodia.</p>	<p>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.</p>
<p><i>Artículo 941 Ter</i></p>	<p>Artículo 941 Ter. No será obstáculo para regular el derecho de convivencia de manera provisional, el hecho de que una de las partes manifieste unilateralmente y sin estar reconocido por resolución judicial firme, que ha habido violencia familiar en contra de los menores o algún otro de los miembros del núcleo familiar. Sin embargo, tales aseveraciones deberán ser tomadas en cuenta por el Juez de los Familiar prudentemente. Por tanto, en caso de duda, y para salvaguarda de los menores, podrá ordenar que la convivencia, se realice en los centros e instituciones destinados para tal efecto, únicamente durante el procedimiento. Y no existiendo precedente de riesgo o peligro para el menor no será ordenado por el Juez de lo Familiar las convivencias en las instituciones destinadas para tal efecto.</p>	<p>Artículo 941 Ter. El ascendiente que no le sea otorgada la custodia podrá convivir tal y como lo fije el Juez, diversos días de la semana, fuera del horario escolar y sin desatender las labores escolares y debiendo auxiliarlo en dichas actividades. Asimismo, en forma equitativa, se podrá regular la convivencia en fines de semana alternados, periodos de vacaciones escolares y días festivos; cuando estos ya acudan a centros educativos. El Juez de lo Familiar, antes de regular el derecho de convivencia de manera provisional, deberá tomar en cuenta todos los elementos que estén a su alcance para decidir bajo el principio del interés superior del menor. En especial valorará el hecho de que una de las partes manifieste que ha habido violencia familiar, pudiendo solicitar valoración psicoemocional, que determine si existen síntomas en el menor, de haber vivido cualquier tipo de violencia familiar, ya sea psicológica, física o sexual, independientemente de que exista o no indagatoria al respecto, a fin de proteger la integridad física y psicológica de los hijos. En caso de duda, y para salvaguarda de los hijos menores de edad incapaces, deberá ordenar que las convivencias se realicen en los Centros e Instituciones destinados para tal efecto, únicamente durante el procedimiento. Las convivencias de manera provisional no se otorgarán por el Juez de lo Familiar cuando exista peligro para la integridad física, sexual y psicológica de los hijos menores de edad.</p>

SE DEROGAN LOS SIGUIENTES ARTÍCULOS:



ARTICULO	TEXTO DEROGADO DE LAS REFORMAS DEL 6 DE SEPTIEMBRE DE 2004
<i>Artículo 73 Bis</i>	Artículo 73 Bis. Los Jueces de lo Familiar, respecto a la convivencia de menores, podrán emplear: I.- Arresto hasta por 36 horas. II.- La reiteración inmediata de no permitir la convivencia de quien ejerza la custodia del menor, dará lugar a la intervención del C. Agente del Ministerio Público, para el ejercicio de la acción correspondiente.
<i>Artículo 941 Quáter</i>	Artículo 921 Quáter. El incumplimiento a permitir la convivencia con el ascendiente que no tiene decretada la custodia, dará lugar su cambio a favor de la otra parte, si no hubiere inconveniente legal alguno, en forma incidental. En el caso de cambio en la persona que tenga la custodia, le regulación de la convivencia con el menor se hará en los mismos términos en que se venía dando, siempre y cuando no se encuentre involucrada en actos de violencia familiar en contra de los integrantes del núcleo familiar, conforme resolución judicial firme.
<i>Artículo 941 Quintus</i>	Artículo 941 Quintus. El desacato a cumplir con la obligación alimentaria decretada judicialmente, dará lugar a la suspensión del derecho de convivencia. El derecho de convivencia solamente se reanudara cuando se cumpla con la obligación alimentaria y queden debidamente garantizados los alimentos, cuando menos por un año, en cualquiera de las formas establecidas en el artículo 317 del Código Civil..
<i>Artículo 941 Sextus.</i>	Artículo 941 Sextus. Cuando por cambio de residencia por parte del ascendiente que conserva la guarda y custodia, éste tiene la obligación de informar al Juez y a quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia. El incumplimiento de esta disposición dará lugar a lo establecido en el artículo 73 Bis de éste ordenamiento. Para efectos de la convivencia el Juez resolverá, conforme a lo dispuesto, en el párrafo quinto del artículo 941 Bis.

Cabe mencionar que el Código de Procedimientos Civiles en estas reformas no hace mención alguna de la institución jurídica de la guarda y custodia compartida, únicamente habla de la custodia.

2.5 Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes se publicó en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de mayo del año 2000. Surge como consecuencia de la Convención sobre los Derechos del Niño y del artículo 4º, párrafo sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos donde se reconoce que los menores de edad y adolescentes deben desarrollarse dentro de un seno familiar pleno y armonioso.

Al ratificar la Convención, México se obliga a hacer la adecuación legislativa y jurisdiccional, implementando las disposiciones políticas sociales y asistenciales necesarias que permitan garantizar el respeto a las prerrogativas de los niños y adolescentes, precisando con ello las relaciones que deben imperar entre los adultos y los menores conforme al interés superior de éstos últimos.

La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, “establece normas para la protección de los niños y nos proporciona un marco de referencia al desarrollo futuro de programas gubernamentales dirigidos a mejorar la situación de los mismos”.⁹

Cabe mencionar que si bien ésta es una disposición dirigida primordialmente a la mejora, protección y desarrollo pleno e integral de un grupo vulnerable como son los niños y jóvenes, también señala deberes a cargo de los padres como el de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades.

El artículo 2º advierte el rango de edades para considerarse niño (a) o adolescente que para los efectos de esta son los siguientes:

- ✓ Son niñas y niños las personas de hasta 12 años incompletos y
- ✓ Adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 incumplidos.

María de Montserrat Pérez clasifica los derechos que consigna esta ley de forma similar a la clasificación de los derechos humanos que se ha manejado, esto es, en derechos civiles, sociales, culturales y económicos, exceptuando en este caso los derechos políticos, ya que estos se podrán ejercer una vez que alcancen la mayoría de edad. De conformidad con el contenido de la ley, la autora citada los clasifica de la siguiente manera:

⁹ Pérez Contreras, María de Montserrat. *Comentarios a la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*. *Revista de la Facultad de Derecho. UNAM*. Tomo LI. Número 235. México. Año 2001. pág. 273.

“ Serán *derechos civiles* los que se refieren al derecho a la prioridad, derecho a la vida, derecho a la no discriminación, derecho a vivir en familia, derecho al debido proceso en caso de infracción a la ley penal y derecho a participar.

A los *derechos sociales* corresponden el derecho a ser protegido en su integridad, en su libertad, y contra el maltrato y abuso sexual; el derecho a la salud, los derechos de niñas, niños y adolescentes con discapacidad y las políticas en materia de medios de comunicación.

Por lo que hace a los *derechos culturales* podemos mencionar el derecho a la educación, el derecho al descanso y al juego, el derecho a la libertad de pensamiento y del derecho a una cultura propia.

Y finalmente como *derecho económico y también social* se puede mencionar el relativo al derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo psicofísico”.¹⁰

Por otra parte, es debido precisar que muchos de los derechos que se regulan en ella se determinan también en otras leyes a favor de las personas adultas, lo anterior es consecuencia de que tanto a los menores como a los adolescentes se les considera sujetos de derechos y obligaciones como cualquier ser humano y habitante del territorio nacional. Un ejemplo de ello es el derecho del menor a la protección a la tortura, el derecho a la salud y seguridad social o el derecho al debido proceso en caso de infracción a la ley penal.

El objetivo de esta ley es la creación de un nuevo marco legal que defina las relaciones de los adultos para con los niños y los adolescentes y se desglosa en 56 artículos repartidos en 5 títulos.

Analizaremos brevemente algunos artículos integrantes de los siguientes Títulos de la ley:

¹⁰ Ibidem, pág. 274.

- El Título Primero, que se divide en dos capítulos concernientes a las disposiciones generales y a las obligaciones de los ascendientes, tutores y custodios, respectivamente.
- El Título Segundo dividido en 13 capítulos, cuyo contenido se refiere a los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes.
- Y por último el Título Quinto, integrado por tres capítulos. Aunque será solo el capítulo primero (disposiciones relativas a la procuración de la defensa y protección de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes) el que mencionaremos.

El **Título Primero* referente a las Disposiciones Generales, especifica en el artículo 3º párrafo II, los principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes de la siguiente forma:

Artículo 3,...

...

Son principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes:

- A. El del interés superior de la infancia.
- B. El de la no-discriminación por ninguna razón, ni circunstancia.
- C. El de igualdad sin distinción de raza, edad, sexo, religión, idioma o lengua, opinión política o de cualquier otra índole, origen étnico, nacional o social, posición económica, discapacidad, circunstancias de nacimiento o cualquiera otra condición suya o de sus ascendientes, tutores o representantes legales.
- D. El de vivir en familia, como espacio primordial de desarrollo.
- E. El de tener una vida libre de violencia.
- F. El de corresponsabilidad de los miembros de la familia, Estado y sociedad.
- G. El de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales.

Por tal motivo, el Gobierno mexicano en sus tres niveles deberá procurar implementar los mecanismos necesarios para impulsar una cultura de protección de

los derechos de la infancia, basada en el contenido de la Convención Sobre los Derechos del Niño, según lo refiere al artículo 5º de la ley.

La ley insta responsabilidades a las niñas, niños y adolescentes, reconociéndoles ciertos deberes que requieren el respeto de todas las personas, tales como el cuidado de los bienes que les pertenecen a ellos, de la familia y de la comunidad, así como del aprovechamiento de los recursos que se dispongan para su desarrollo integral.

El Capítulo Segundo que trata las *Obligaciones de ascendientes, tutores y custodios*, nos advierte que para efectos de garantizar y promover los derechos que en ella se contienen, las autoridades federales, del Distrito Federal, Estatales y Municipales deberán promover las acciones necesarias para proporcionar la asistencia apropiada a madres, padres, tutores o personas responsables para el desempeño de sus facultades.

Respecto a la prioridad que se le debe dar a determinadas obligaciones de los padres, la ley es muy clara, ya que los padres deberán proporcionarles a los niños una vida digna, libre de violencia con estabilidad emocional y psicológica, así como los alimentos necesarios.

El **Título Segundo* habla De los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Se divide en Trece capítulos de los cuales haremos referencia de forma concreta.

El Capítulo Primero trata sobre el *derecho que los menores tienen de que se les de prioridad al goce y ejercicio de todos sus derechos* como son los de protección y socorro en cualquier circunstancia, además de tener prioridad respecto de los adultos, lo anterior se funda en su estado de vulnerabilidad y desarrollo, este es un *principio de prioridad* que encuentra su fundamento en el interés superior del niño, consagrado en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.¹¹

¹¹ Artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que a la letra dice: “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las

El Capítulo Segundo, indica que tanto las niñas como los niños y adolescentes tienen *Derecho a la vida*, por tal motivo se garantizará en la máxima medida posible su supervivencia y su desarrollo.

El Capítulo Tercero regula el *Derecho a lo no Discriminación*, en este se especifica que los derechos de los menores no se encuentran sujetos o limitados a ningún tipo de discriminación, por tal motivo es deber de las autoridades garantizar el derecho a la igualdad, así como el auxilio de los padres, tutores y sociedad en general para eliminar las prácticas y roles por cuestiones de sexo.

Los *Derechos de los menores a Vivir en Condiciones de Bienestar y a un Sano Desarrollo Psicofísico*, se regulan en el Capítulo Cuarto, su contenido es importante toda vez que en él se plantea el reconocimiento al derecho que tienen los menores de vivir en condiciones que le permitan un crecimiento sano y armonioso, tanto físico como material, espiritual, moral y social.

Por su parte el Capítulo Quinto nos habla respecto de los *Derechos del menor a ser Protegido en su integridad, en su libertad, y contra el maltrato y el abuso sexual* del cual pueda ser víctima así como de los demás delitos que atenten contra su libertad y su normal desarrollo psicosexual, tales como el abandono, drogadicción, etcétera. Otro punto importante que se incluye en el capítulo relatado obliga a proteger a los menores de desastres naturales, situación de refugio o desplazamiento y acciones de reclutamiento para participar en conflictos armados.

En el Capítulo Sexto se reglamenta el *Derecho a la Identidad*, el cual se integra por más prerrogativas como son; el derecho a tener nombre y apellidos de ambos progenitores así como de ser registrado, tener una nacionalidad, conocer su

autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

filiación y origen, pertenecer a un grupo cultural, respetándose todas las costumbres de convivencia del mismo.

El Capítulo Séptimo es de gran importancia, ya que en este se regula que el menor tiene *Derecho a vivir en Familia*.

Por ello, no será motivo suficiente para darse la separación de los hijos con sus padres o familiares con los que conviva la falta de recursos de estos, lo anterior procederá únicamente por sentencia judicial u orden preventiva judicial que así lo declare.

La ley también ordena que, “cuando un niño, niña o adolescente por alguna razón se vean separados, por razones distintas a la anterior, de su hogar y de su familia, las autoridades competentes deberán procurar su acercamiento a ella”.¹²

Será prioridad la necesidad de que niñas, niños y adolescentes, cuyos padres se encuentren separados tengan derecho a convivir o mantener relaciones personales y trato directo con ambos progenitores, salvo que esto sea contrario al interés superior del niño.

Por otra parte, el Estado en términos de esta legislación se obliga a que si algún menor no cuenta con una familia le debe prestar protección y encontrarle una familia sustituta o una familia adoptiva para que les proporcionen los cuidados especiales que requieran.

El Capítulo Octavo enuncia el *Derecho a la Salud*, por ello, las autoridades federales, estatales y municipales, deberán coordinarse. A este respecto el artículo 28 contiene una serie de objetivos, tales como reducir la mortalidad infantil, asegurarles asistencia médica y sanitaria, promover la lactancia materna, entre otros.

¹² Pérez Contreras, M. de M. Op. cit. pág. 280.

Lo referente a los *Derechos de los Niñas, Niños y Adolescentes con Discapacidad* lo encontramos en el Capítulo Noveno.

En el Capítulo Décimo se trata el *Derecho a la Educación*, cuya base es el artículo 3º, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El Capítulo Décimo Primero, titulado; *De los Derechos al Descanso y al Juego*, nos dice que el juego y el descanso son factores primordiales para el desarrollo y crecimiento de los menores y adolescentes. Por ninguna razón deben renunciarse o sufrir menoscabo alguno. Como parte fundamental del reconocimiento de este derecho se enfatiza la obligación de no contratar los servicios laborales de un menor de 14 años.

Respecto del Capítulo Décimo Segundo donde se trata el *Derecho de la Libertad de Pensamiento y del Derecho a una Cultura Propia* podemos decir que se advierte específicamente que las niñas, niños y adolescentes que pertenezcan a un grupo indígena tienen derecho a disfrutar sus usos, costumbres, lengua, religión y cualquier otra forma específica de organización social.

Por último, el Capítulo Décimo Tercero habla sobre el *Derecho a Participar*, en éste se regula el derecho a la libertad de expresión, opinión, análisis, crítica, reunión, asociación y de información, estos derechos tienen límites conocidos, que son los que establece nuestra Carta Magna.

Finalmente el **Título Quinto**, *Capítulo Primero*, llamado De la Procuración de la Defensa y Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, plantea la contratación de personal capacitado para la defensa y atención de menores por parte de todas las autoridades de la Federación, Distrito Federal, los estados y municipios, además de la celebración de convenios de colaboración entre éstas.

2.6 Legislación referente a la custodia compartida en el ámbito Internacional

Para el estudio y mejor comprensión de la llamada “custodia compartida”¹³ consideramos necesario conocer las peculiaridades que esta figura presenta en las diferentes legislaciones que la regulan.

Y es el continente Europeo el mayor representante en cuanto a la reglamentación de la institución jurídica de la custodia compartida se refiere.

Bélgica, Alemania, Suecia, España, Francia e Italia son algunos de los países que han recurrido a la custodia compartida como régimen aplicado después del divorcio, pero son los tres últimos a los que recurriremos para ilustrar este apartado por las razones siguientes:

- ❖ Actualmente los tres son vanguardistas jurídicos, al incluir en su legislación nacional, incluso el matrimonio entre homosexuales.
- ❖ España ha implementado tal régimen como causa de una nueva ley que revolucionó la estructura jurídica en materia familiar.
- ❖ Francia es el primer país europeo que instaura la figura de la custodia compartida en su legislación.
- ❖ Italia en el año 2006 incorpora tal institución, después de realizar un estudio en los países antes señalados.

2.6.1 España

¹³ En España la custodia y guarda compartida no tiene una terminología unánime, así puede ser llamada custodia alternativa, residencia alternativa y custodia compartida o rotatoria.

En España encontramos aspectos que a nuestro parecer contribuyen de manera notable al presente trabajo.

Antes de abordar el tema en cuestión, es necesario hacer una breve mención respecto de las causas que dieron origen al surgimiento de tal institución en aquél país.

Una de ellas fue la evolución de la sociedad española ¹⁴ y la otra derivó de los cambios jurídicos provocados por la llamada Ley 15/2005 que dieron origen a diversas reformas al Código civil y a la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, procedimientos de nulidad y guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados.

Tal ley consideró difícil la aplicación del principio causalista impuesto por la Ley 30/1981 ¹⁵ y lo sustituyó por el principio de libertad de los cónyuges, dando fin con ello a las diferentes causas de separación y divorcio en el entendimiento de que quienes libremente dispusieron casarse, de igual manera podrán desunir el vínculo matrimonial.

Ma. Paz Pous de la Flor señala algunas de las novedades más significativas de la Ley 15/2005, siendo las siguientes:¹⁶

- La desaparición del sistema causalista exigido por la ley 13/1981. Tal sistema se sustituyó por la sola voluntad de uno de los cónyuges para que se modifique o extinga el matrimonio sin que se llegue a configurar la culpabilidad.

¹⁴ En toda España hubieron movimientos de padres y madres separados y divorciados que se unieron en distintas asociaciones y organizaciones que reclamaban la implantación de la custodia compartida cuya propuesta se basaba en una alternativa legislativa basada en la parentalidad conjunta.

¹⁵ Antes de la aprobación de la Ley 15/2005 el 8 de julio de 2005, los procedimientos de nulidad, separación y divorcio, se regulaban por la Ley 30/1981 mediante un sistema netamente causalista y era el artículo 82 quien señalaba las causas de separación de los cónyuges y los artículos 86 y 87 los que contenían las diferentes causas de divorcio.

¹⁶ De la Flor, Maria Paz Pous. *Igualdad conyugal y custodia compartida en la legislación española*. Congreso Internacional Derecho de Familia. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Mesa II. Matrimonio, divorcio y medios alternativos de solución de conflictos. Disco 2. 22 de noviembre de 2005.

- ❑ La extinción del principio de exigibilidad de separación previa para acceder al divorcio. Ahora basta con que uno de los cónyuges no desee continuar su matrimonio para que se pueda solicitar el divorcio, sin que el otro se oponga a la petición por motivos materiales.
- ❑ La reducción del plazo para interponer la demanda de divorcio a solo tres meses desde la celebración del matrimonio, o bien antes si existe riesgo para la vida, la integridad física, moral o sexual del cónyuge demandante o de los hijos.
- ❑ Aparece la mediación como recurso voluntario. Con la actual ley los cónyuges pueden pedir en cualquier momento al Juez la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar.
- ❑ La modificación del artículo 68 del Código civil, en el sentido de requerir a ambos cónyuges el deber de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.
- ❑ El aumento de la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia de los menores hijos o incapacitados.

Como podemos observar los dos puntos finales nos refieren el tema que estudiamos, por tal motivo los desarrollaremos brevemente en el orden en que se enunciaron:

❖ La modificación del artículo 68 del Código Civil español

El legislador español modifica el artículo 68 del Código Civil, en el sentido de requerir a ambos cónyuges el deber de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Además de compartir la responsabilidad doméstica y el cuidado y atención de los ascendientes, descendientes y discapacitados que tengan a su cargo, pese a la existencia de una crisis matrimonial.

“Por primera vez el ordenamiento jurídico proclama en un precepto el deber de responsabilidad doméstica a ambos cónyuges, con ello se busca otorgar a los

progenitores la posibilidad de buscar su propio modelo de convivencia en condiciones de igualdad, buscando que se desaparezca la posibilidad de que se de una superioridad jerárquica de un progenitor sobre otro”.¹⁷

A diferencia de México, en España, el artículo 159 del Código Civil, no atribuye preferencia alguna en cuanto al ejercicio de la custodia de los hijos a favor de uno de los progenitores por razón de sexo, ni de la madre, ni del padre, a partir de la reforma del Código Civil por la Ley 11/1990. Anteriormente se disponía que los menores de siete años se quedaran al cuidado de la madre.

- ❖ El aumento de la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia de los menores

Es en este último punto donde encontramos otro fundamento que da origen al surgimiento de la institución de la “custodia compartida”.

La custodia compartida en España se entiende como la estancia del menor de un año como mínimo y dos como máximo, en la casa de uno de sus padres y después del otro y procede en dos casos:¹⁸

- Cuando medie la posibilidad de acordarla mediante un “convenio regulador” en el cual se podrá atribuir su ejercicio a uno de los padres, o bien a ambos de forma compartida.
- Cuando el que lo solicite sea uno sólo de los cónyuges, el Juez en atención a lo solicitado por las partes podrá adoptar una decisión con ese contenido, basado en el mejor interés del menor.

Es fácil advertir que en España con las nuevas reformas la intervención del Juez pasa a segundo término, reservándose su participación sólo cuando no ha sido

¹⁷ Idem.

¹⁸ Crf. Zanón Masdeu, Luis. *Guarda y Custodia de los Hijos*. Ed. Bosh. Barcelona, España, 1996. pp. 186-187.

posible pacto entre los progenitores o bien, el contenido acordado por los mismos es pernicioso para los intereses de los menores.

El *convenio regulador* debe acompañar a la demanda tratándose de separación o divorcio de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges.¹⁹

En caso de que se permita la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados en forma compartida los alimentos serán suministrados por el progenitor que se vaya a hacer cargo de los hijos menores o incapacitados.

El artículo 92.5 de la Ley, establece que la guarda y custodia compartida podrá solicitarse a petición de:

- a) Ambos progenitores conjuntamente en la propuesta del convenio regulador presentada junto a la demanda de separación o divorcio, o durante el transcurso del procedimiento, si llegan a un acuerdo.
- b) O, de Oficio por el Juez.

En caso de que el Juez establezca la guarda y custodia compartida, antes deberá cumplir una serie de obligaciones para emitir su resolución, tales como:

- ✓ Recabar Información del Ministerio Fiscal. (Art. 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).
- ✓ Oír a los menores que tengan suficiente juicio, si se estima necesario de oficio o a petición del Fiscal,
- ✓ Oír a las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial
- ✓ Valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella.
- ✓ Valorar la relación que los padres tengan entre sí y con sus hijos.
- ✓ Recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados,

¹⁹ Los elementos indispensables que debe contener el convenio regulador son los siguientes: El régimen de cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de esta, el régimen de custodia y visitas de los hijos con el progenitor no custodio, la atribución de uso de la vivienda, la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso y la liquidación del régimen de matrimonio.

- ✓ No separar a los hermanos,
- ✓ Y dictar resolución motivada sobre estos hechos.

Por último, y como lo observamos, el ordenamiento jurídico español no asigna ningún modelo concreto de custodia compartida, simplemente establece los lineamientos que debe seguir el Juzgador al momento de dictar la resolución, implicando que tras una ruptura matrimonial acuerden ambos padres que los hijos pasen una parte de su tiempo con un progenitor y otra parte con el otro, de una forma más o menos equitativa y racional.

Cabe mencionar que hoy en día la aplicación de esta figura en aquél país se encuentra dividida, esto se ve reflejado en los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que niegan la conveniencia de adoptarla o bien, los que miran a la guarda y custodia compartida con buenos ojos o simpatía.

Entre los inconvenientes que suelen adjudicarse a la custodia compartida en España destacan el continuo cambio de domicilio cuando se opta por la alternancia entre la vivienda materna y paterna, siendo este el principal argumento de los detractores de la custodia compartida.

2.6.2 Francia

Francia es el primer gobierno europeo que contempla en su legislación la figura de la custodia compartida.

La Asamblea Nacional Francesa aprobó el 13 de diciembre de 2001 el proyecto de ley, cuyo título fue: “La reforma de la autoridad parental: los nuevos derechos de las familias”, aunque no fue sino hasta el 5 de marzo del 2002 que la Ley francesa de Autoridad Parental entró en vigor.

Tal iniciativa fue presentada por el gabinete del socialista francés Lionel Jospin, a través de su Ministra Delegada de La Familia y la Infancia del Gobierno francés Ségolène Royal el 27 de febrero de 2001 y constituyó en su momento un paso agigantado en materia familiar.

El régimen de custodia compartida en Francia se aprobó dentro del marco de un paquete de medidas establecidas para favorecer el reparto de responsabilidades domésticas y familiares entre las que se encontraban: el permiso de paternidad exclusivo e irrenunciable de los varones, los derechos sucesorios de viudos y viudas, y la eliminación de los derechos de visita por entender que tanto el padre como la madre tienen el deber- derecho de mantener relaciones personales con los hijos con independencia de la situación familiar que se viva en ese momento.

La Nueva Ley sobre la autoridad parental o coparentalidad, instauró disposiciones innovadoras tales como:

- La desaparición del concepto de “custodia” y el ejercicio común de la patria potestad.
- La prioridad al convenio presentado por los cónyuges, y en caso de desacuerdo el recurrir a la mediación a instancias del propio tribunal.
- La posibilidad de establecer la residencia del niño en el domicilio de cada uno de sus padres con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos.
- En caso de desacuerdo entre los padres respecto de la residencia del niño, se determina el establecimiento de la residencia alterna del menor durante un plazo determinado o con carácter definitivo.

El texto legal francés estableció que los cónyuges que decidieran divorciarse o separarse, deben presentar un *plan de coparentalidad* acordado por ambos, en lugar de que sean los tribunales quienes decidan sobre el futuro de los menores.

Tal plan no podrá modificarse por la sola voluntad de los padres porque en el Derecho francés no se deja esta libertad a los progenitores y es el Juez quien toma en cuenta los acuerdos habidos entre los cónyuges, los informes recogidos de la encuesta y contraencuesta social, los sentimientos expresados por los hijos menores de edad cuando la audiencia hubiera parecido necesaria y no comporta un inconveniente para ellos cuando procede la modificación del convenio.²⁰

La *garde conjointe*²¹ como también se le llama, favorece el hecho de que los menores vivan alternadamente en casa de cada uno de sus padres por períodos de alternancia en el marco de una semana. Lo anterior, no procede por imposición judicial sin que medie acuerdo de las partes, y aunque se ha presentado en debate tal cuestión, sigue operando como regla general el acuerdo amistoso de los progenitores.

Al igual que en los demás países donde se regula tal institución algunas asociaciones de padres separados como la Asociación Francesa SOS PAPA, ha visto en tal ley algunos fallas, sobre todo en los casos de secuestros o escapes con los niños o en los casos de poca voluntad conciliatoria o excesiva hostilidad de las parejas, o que no se hiciera distinción entre el progenitor “positivo” y el progenitor “negativo” que obstaculiza toda conciliación.

La mencionada asociación lamentó que no se hubieran previsto aspectos como los secuestros o huidas con los niños antes de emprenderse cualquier acción judicial, además de que no se impusiera a las partes una seria obligación de negociación, conciliación o mediación ni se distinga entre los progenitores, cuál es el que obstaculiza toda conciliación, entre otras observaciones.²²

2.6.3 Italia

²⁰ Chavéz Asencio. Manuel F. *Convenios Conyugales y Familiares*. 4ª Edic. Ed. Porrúa. México, 1999. pág. 104.

²¹ Cuya traducción literal es: custodia conjunta.

²² <http://www.sospapa.es/custodiacompartidaenpaisescivilizados.html>.

La propuesta de Ley de custodia compartida, fue presentada por Forza Italia y firmada por Vittorio Tarditi, contando con el apoyo de todas las fuerzas políticas, incluidos grupos feministas.

Como consecuencia de lo anterior, el 24 de enero de 2006 la Comisión de Justicia del Senado modificó el artículo 155 del Código Civil, transformando en ley las normas relativas a la custodia compartida de los hijos.

Así, el contenido de este artículo define el derecho que tiene el hijo de mantener una relación equilibrada y continua con ambos padres y los objetivos-criterios que el Juez debe tomar en cuenta para adoptar las medidas necesarias en relación a los hijos cuando se trate de la separación de sus padres, siendo prioritario otorgar la custodia del menor a ambos padres.

Para mayor ilustración de lo anterior, presentamos en forma enunciativa algunas de las medidas señaladas en el artículo 155 del Código civil:

- En el caso de separación de los padres, el hijo tiene derecho a mantener una relación equilibrada y continúa con cada uno de ellos, tiene derecho a recibir el cuidado, la educación y la instrucción por parte de ambos y de mantener relaciones significativas con los parientes de ambas familias.
- El Juez tomará en cuenta prioritariamente la posibilidad de que se otorgue la custodia del menor a ambos padres o bien, establece a quien de los dos le sea otorgada, determina los tiempos y el régimen de visitas de cada padre, fijando además la medida con la cual cada progenitor tiene que contribuir al mantenimiento del sustentamiento del hijo de ambos, a su cuidado, a su instrucción y su educación.

- El Juez debe tener en cuenta que se tutele el interés del menor en los acuerdos entre los padres. Adapta todas las medidas relativas a los hijos. La patria potestad se otorga a ambos progenitores y sólo para decisiones sobre temas de ordinaria administración, el juez puede establecer que los padres ejerciten la patria potestad separadamente.
- Las decisiones sobre la instrucción, educación y salud serán tomadas por ambos padres de común acuerdo, en caso de desacuerdo las decisiones las tomará el juez.
- Salvo acuerdos diferentes suscritos por las partes, cada uno de los padres tendrá que proveer al mantenimiento de los hijos en medida proporcional a sus ingresos. El juez establecerá, si es necesario, un pago periódico para realizar el principio de proporcionalidad a determinar, teniendo en cuenta:
 - 1) Las necesidades actuales del hijo;
 - 2) El tenor de vida disfrutado por el hijo durante la convivencia con ambos padres;
 - 3) Los tiempos de estancia con cada uno de sus padres;
 - 4) Los ingresos de ambos progenitores;
 - 5) El valor económico de las tareas domésticas y del cuidado del hogar realizados por cada progenitor.

La Ley de Custodia Compartida Italiana no descarta la posibilidad de que la custodia pueda ser otorgada a uno sólo de los padres, únicamente en el caso de que se considere que la custodia del otro progenitor pueda perjudicar el interés del menor.

Cada uno de los padres podrá solicitar la custodia exclusiva cuando existan la condición mencionada anteriormente (Artículo 155 bis).

Los padres tienen derecho a pedir, en cualquier momento, modificaciones de la custodia de los hijos, la patria potestad y todas las medidas relativas a la custodia de los hijos (Artículo 155 ter).

En caso de que uno de los cónyuges cambie de residencia o de domicilio, el otro cónyuge puede pedir, si el cambio perjudica las medidas de la custodia, la modificación de los acuerdos o de las medidas adoptadas, incluidas las económicas (Artículo 155- quater, última parte).

Por lo que respecta a la resolución de las controversias y medidas en caso de irregularidades e incumplimiento, el artículo 709-ter del Código Civil, señala que el Juez deberá solucionar las eventuales controversias entre los padres relativas a la custodia o a la también llamada “responsabilidad parental” y en caso de incumplimientos o de hechos que puedan perjudicar al menor o bien, impidan el desarrollo de las medidas relativas a la custodia, el Juez podrá modificar las medidas y:

- ✓ Sancionar al progenitor que incumple;
- ✓ Definir una sanción por los daños creados, a cargo de uno de los padres en favor del menor;
- ✓ Definir una sanción por los daños creados, a cargo de uno de los padres en favor del otro;
- ✓ Sancionar al progenitor que incumple con sus obligaciones al pago de una sanción administrativa pecuniaria, desde un mínimo de 75 euros hasta un máximo de 5.000 euros en favor de la “Cassa delle ammende”.

2.7 Jurisprudencia en relación a la guarda y custodia de los menores

La Jurisprudencia es la interpretación de los preceptos legales que hace la autoridad jurisdiccional competente y cuyo carácter es obligatorio. Éste criterio jurídico se aplica al estudio de casos concretos para encontrar la justicia.

En nuestro sistema jurídico mexicano es de vital importancia, pues es en ella donde los jueces o magistrados vierten su opinión con el propósito de llenar las lagunas existentes en la Ley y darnos una idea del criterio jurídico que prevalece en nuestro Máximo Poder Judicial en torno a la figura jurídica de la custodia.

A continuación presentamos algunas interpretaciones que ha realizado nuestro Máximo Tribunal en relación a la guarda y custodia de los menores.

Tesis Aislada
Materia(s): Civil
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: XVII, Junio de 2003
Tesis: II. 2o.C. 406 C
Página: 993

GUARDA Y CUSTODIA. ES CORRECTA Y LEGAL LA DETERMINADA EN FAVOR DE LA MADRE, SI PRIMORDIALMENTE ELLO BENEFICIA AL MENOR.

Tratándose de un juicio donde se discuta el ejercicio de la guarda y custodia de un menor, la cual queda a cargo de la madre, y en el hogar o domicilio respectivo vive el infante junto con sus hermanas, sin demostrarse que tal situación pudiere causar algún daño o tener una influencia negativa en el desarrollo físico, emocional e intelectual de dicho menor, debe estimarse adecuado y acorde a la ley lo decidido por la responsable al confirmar dichas guarda y custodia a favor de la progenitora, sobre todo si la controversia no se sustentó en la falta de las condiciones ideales sobre dicha convivencia familiar en ese núcleo, aunado ello a que el pequeño interesado ha externado su deseo de estar a lado de su madre, por prevalecer un mejor clima de convivencia en dicho ambiente familiar primario conformado además por las hermanas, lo cual incuestionablemente le favorecerá y no es contrario a los principios de legalidad y de seguridad jurídica; salvo que de las actuaciones relativas se advirtiera la necesidad imperiosa de recabar pruebas oficiosamente en dicha temática.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 80/2003. 3 de marzo de 2003. Unanimidad de votos Ponente. Virgilio A. Solorio Campos. Secretario: Faustino García Astudillo.

Jurisprudencia
Materia(s): Civil
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: XVI, Octubre de 2002
Tesis: II. 3o.C. J/4
Página: 1206

GUARDA Y CUSTODIA. DEBE DETERMINARSE CONSIDERANDO EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CONFORME A LA CONVENCION 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 que se vean involucrados derechos inherentes de las niñas, niños 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.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 170/2000. Adrián Escorcía Martínez y otra. 1º de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe Alfredo Fuentes Barrera. Secretaria: Cristina García Acuatla.

Amparo directo 935/2000. Rosa María Reyes Galicia y otro. 17 de octubre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente. Raúl Solís Solís. Secretaría: Yolanda González Medrano.

Amparo directo 980/2000. Geni Vega Espriella. 26 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente. Raúl Solís Solís. Secretaría: Yolanda González Medrano.

Amparo directo 701/ 2001. Ignacio Alfaro Hernández. 29 de enero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente Raúl Solís Solís. Secretaria: E. Laura Rojas Vargas.

Amparo directo 367/2002. Carlos Octavio Juárez González. 9 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Fernando García Quiroz, secretario de tribunal autorizado por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretario: Jorge Luis Mejía Peréa.

CAPITULO III

El divorcio como disolución del vínculo matrimonial y sus consecuencias respecto de los hijos

3.1 Concepto de divorcio

Iniciamos el presente capítulo analizando una institución por demás importante para el Derecho familiar y sobre todo para nuestra investigación: el divorcio.

Antes debemos precisar que el divorcio surge a partir de la existencia previa de la unión legal de un hombre con una mujer, cuyo propósito sea el de formar e integrar una familia.

De acuerdo con el texto del artículo 146 del Código de la materia, a la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos deban procurarse respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada se le conoce como *“matrimonio”*.

Sucede que cuando una pareja contrae matrimonio, en la mayoría de los casos lo hacen pensando en que su unión será felizmente perdurable, debido a que la base de tal decisión es el amor, la atracción, la buena convivencia, la fidelidad y la confianza recíproca que existe en ese momento entre los aún novios, sin pensar en el cúmulo de derechos y obligaciones a los que se hacen sujetos una vez que son esposos y que al cabo de algún tiempo pueden no cumplirse, volviéndose éstos intolerables.

Si bien, en algunos casos las parejas alcanzan sus propósitos y se mantienen juntos por el resto de sus vidas, en otros (que por desgracia es la mayoría) no sucede lo mismo y entonces el matrimonio deja de lograr sus objetivos, esto provoca infelicidad, frustración, malos tratos y alejamiento en los cónyuges, llegando incluso a casos extremos como la violencia entre ambos o con sus hijos y es cuando la unión ya no es salvable haciendo necesaria su disolución.

Son tres las causas por las cuales un matrimonio termina, estas son:

- *Por la muerte de uno de los cónyuges.* El fallecimiento de uno de los esposos finaliza de forma natural la unión de ambos, produciendo efectos jurídicos para la esposa viuda y sus descendientes.
- *Por nulidad del matrimonio:* El artículo 235 del Código Civil señala las causas que deben presentarse antes de celebrarse el matrimonio para que éste sea nulo.

Artículo 235. Son causas de nulidad de un matrimonio:

 - I. El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiéndolo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra;
 - II. Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156; siempre que no haya sido dispensado en los casos que así proceda; y
 - III. Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103.
- *Y por el divorcio.* Es el medio legal por el cual finaliza la relación nupcial, y se deja a los contrayentes en aptitud de volver a casarse.

Ésta última causa es la que trataremos en este Capítulo. Para ello es necesario conocer a qué nos referimos cuando hablamos del “divorcio”.

El significado de la palabra divorcio deriva de su origen etimológico, ésta procede del latín *divortium*, que significa separación, disolución del matrimonio, es

decir, el *divorcio* es sinónimo de disgregación, desunión, rompimiento absoluto y definitivo del vínculo matrimonial que une a los esposos.

Nuestra legislación civil local, no define al divorcio, únicamente se limita a mencionar que por medio de él se disuelve el vínculo matrimonial y se deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro (Artículo 266).

Ingrid Brena Sesma considera que el divorcio es “la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, fundada en las causales previstas por la ley, y decretada por autoridad competente, la cual permite a los mismos contraer otro”.¹

Del concepto anterior se desprende una de las características de la institución en estudio, ya que si el matrimonio revistió una serie de requisitos solemnes al celebrarlo, lo mismo sucede cuando se trata de disolverlo.

Eduardo Pallares conceptúa al divorcio como “un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato del matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros”.² Este autor incluye un elemento más en su definición cuando habla de los “*terceros*”, ya que está dicho que deberá ser prioridad que tratándose de un juicio de divorcio se procuren garantizar los intereses de los hijos y de ambos cónyuges.

Autores como Elías Mansur Tawill advierten que el estudio del divorcio se debe hacer tratando a ésta como una institución social en lo general y jurídica en lo particular y no solo como un fenómeno natural.

Sin embargo, en diversas opiniones, el divorcio no merece la consideración o tratamiento de “institución” por referirse a la terminación o negación del matrimonio a grado tal de satanizar dicha palabra.

¹ Brena Sesma, Ingrid. *Derechos del hombre y de la mujer divorciados*. Colección. Nuestros Derechos. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2000. pág. 5.

² Pallares, Eduardo. *El Divorcio en México*. 5ª Edic. Ed. Porrúa. México, 1987. pág. 36.

Por nuestra parte, diremos que el divorcio es una verdadera institución de Derecho familiar, pero antes de argumentar el por qué de nuestra afirmación, ilustramos lo que se entiende por “institución”.

El Diccionario de la Real Academia Española define al vocablo institución como:

“Establecimiento o fundación de algo; Cosa establecida o fundada; Organismo que desempeña una función de interés público, especialmente benéfico o docente; Cada una de las organizaciones fundamentales de un Estado, nación o sociedad; Colección metódica de los principios o elementos de una ciencia, de un arte, etc.; Órganos constitucionales del poder soberano en la nación...”³

De la enunciación gramatical anterior, si bien se desprenden algunos elementos que apoyan nuestra afirmación, es la definición de Rafael Rojina Villegas la que más nos favorece.

Para él, una institución es el “conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y que persiguen una misma finalidad”⁴ por tanto, si el divorcio se regula por un conjunto de normas jurídicas específicas en materia familiar que persiguen un fin u objetivo común es, por tanto, una institución jurídica.

El divorcio ha sufrido cambios en cuanto a su reglamentación. Son muchas las legislaciones que en un principio lo regularon como una simple separación de cuerpos, sin que por ello se llegara a disolver el vínculo matrimonial.

Posteriormente, éste sí disolvió el vínculo matrimonial y daba a los cónyuges el derecho a contraer otro.

En México, los Códigos Civiles de 1870 y de 1884 consideraban que el divorcio no disolvía el vínculo matrimonial, únicamente suspendía algunas de sus

³ <http://Buscon.rae.es/diccionario/drae.htm>

⁴ Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia*. Tomo II. 7ª Edic. Ed. Porrúa. México, 1987. pág. 258.

obligaciones civiles (artículo 239). El único divorcio admitido en ese entonces era el de la separación de cuerpos (artículo 226).

Ley del Divorcio Vincular del 29 de diciembre de 1914, promulgada por Don Venustiano Carranza estableció que el divorcio sí disolvía el vínculo matrimonial. El artículo 23, fracción IX lo señalaba en los términos siguientes:

El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de 3 años de celebrado, o en cualquier tiempo, por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.

La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, insistió en la disolución del vínculo matrimonial y la autorización para que los cónyuges vuelvan a contraer matrimonio. Reguló de manera más concreta y específica las causales de divorcio. Ésta Ley fue abrogada por el Código Civil de 1928.

El Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1928 conservó el divorcio vincular, sin dejar de prever la separación de cuerpos del Derecho Canónico ⁵ y reguló por primera vez el divorcio administrativo.

Éste sistema continúa en el Código Civil para el Distrito Federal del año 2000, siendo severamente criticado por las consecuencias funestas que trae consigo la disolución de la familia, y el peligro de que la institución del matrimonio se convierta en una institución frágil “que solo sirva para permitir a los esposos satisfacer pasiones temporales y dar rienda suelta a sus costumbres disolutas” ⁶.

⁵ Rico Álvarez, Fausto. et.al. *De la persona y de la familia en el Código Civil para el Distrito Federal*. Ed. Porrúa. México, 2006. pág. 234.

⁶ Pallares, E. Op. cit. pág. 38.

Cabe decir que el divorcio es hoy en día una de las instituciones de derecho familiar a las que más se recurre como resultado de un sin número de factores que enfrentan los cónyuges en la vida cotidiana.⁷

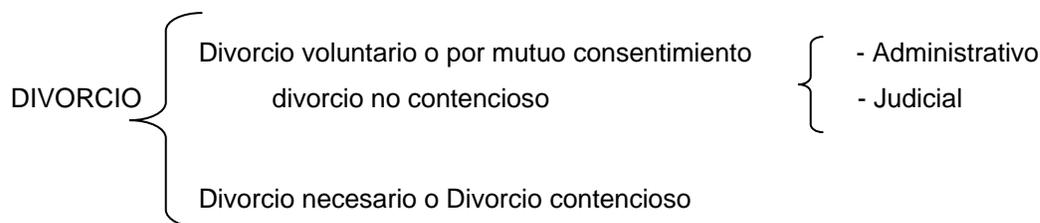
No obstante lo anterior, debe considerársele como una institución excepcional, haciendo indispensable que se acrediten todos y cada uno de los elementos que la ley exige para que proceda tal acción.⁸

Finalmente, proporcionamos nuestro concepto de divorcio:

“Una institución de Derecho familiar que pronunciada por la autoridad competente, disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro matrimonio”.

3.2 Clases de divorcio

Nuestra legislación civil señala en el artículo 266 los diferentes tipos de divorcio regulados en el Distrito Federal:



⁷ Una de los factores que enfrentan las actuales parejas nos la señala Eduardo Pallares cuando advierte que las causas por las cuales las parejas se divorcian “derivan del instinto sexual y las necesidades a que da nacimiento, son muy poderosas y difíciles de dominar, de tal manera que si no se permite el divorcio en cuanto al vínculo, se obliga a los divorciados a tener relaciones ilícitas fuera del mismo matrimonio”.

El comentario del maestro es debatible, sobre todo cuando refiere que las “necesidades derivadas del instinto sexual son poderosas y difíciles de dominar”, siendo que el hombre no debiera actuar por instinto, sino en uso de la “razón”. No obstante, en la actualidad el adulterio es una de las causas principales por la cual las parejas se divorcian. Idem.

⁸Raúl Ramírez Lozano señala las características que la acción para ejercitar un divorcio tiene, siendo la que continúan: “PRIMERA.- La acción está sujeta a la caducidad; SEGUNDA.- Es personalísima; TERCERA.- Se extingue por reconciliación o perdón; CUARTA.- Se extingue por renuncia o desistimiento; QUINTA.- Se extingue por el fallecimiento de uno de los cónyuges, antes o durante el juicio, y SEXTO.- La acción de divorcio solo se concede al cónyuge inocente.” Lozano Ramírez, R. Op. cit. pág. 163.

Antes de abordar los tipos de divorcio existentes, haremos especial mención a lo que las codificaciones anteriores a la de 1928 reglamentaron como la única forma de divorcio llamada: *separación de cuerpos*.

Esta figura jurídica se encuentra vigente en nuestra legislación civil de forma opcional al divorcio otorgándole al vínculo matrimonial un relajamiento, por así decirlo.

La separación de cuerpos no es propiamente un divorcio, ya que de ninguna manera se rompen los lazos matrimoniales que unen a los cónyuges, además quedan subsistentes todas las obligaciones nacidas del matrimonio, y por tanto existe la imposibilidad de contraer nuevo matrimonio aunque los cónyuges no estén obligados a vivir juntos.

Este sistema es considerado por diversos estudiosos de la materia como otra modalidad del divorcio por anteceder en la mayoría de los casos a éste.

Y es el artículo 277 quien lo regula así:

El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el Juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

Así pues, las únicas causas para que pueda fundarse tal solicitud de separación judicial son las que continúan:

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

- Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo.
- Cuando alguno de los cónyuges traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar insalubre o indecoroso.

El artículo 205 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal señala que el que intente demandar, denunciar o querellarse contra su cónyuge, podrá solicitar por escrito al Juez de lo Familiar su separación del hogar común o bien acudir al Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal siempre y cuando no exista violencia familiar.

Finalmente quien opta por la simple separación física de su esposo enfrenta las siguientes consecuencias jurídicas:

- ✓ Aunque se extingue el deber de cohabitar con su cónyuge, continúa siendo sujeto de los derechos y obligaciones que impone el matrimonio tales como la fidelidad, ayuda mutua y alimentos.
- ✓ No se producen cambios en el régimen económico por el cual se casaron.
- ✓ La custodia de los hijos queda a cargo del cónyuge sano.

Retomando el tema que nos atañe, abordaremos cada tipo de divorcio en el orden que fueron presentados inicialmente en el esquema anterior.

- *Divorcio voluntario*

Se dice que el divorcio voluntario o por mutuo consentimiento, no es necesariamente un divorcio sin causa; pero si, por lo menos un divorcio sin causa determinada por la ley y probada en juicio.⁹

⁹ Planiol, Marcel y Ripert Georges. *Tratado elemental de Derecho Civil. Divorcio, Filiación, Incapacidades*. Trad. José M. Cajica Jr. Ed. José M. Cajica Jr. Pue. México, 1946. págs. 13 y 14.

Su origen legislativo lo encontramos en el Código Francés, debido a que:

“Napoleón tenía gran interés en mantener el divorcio voluntario, en parte por la posibilidad de que Josefina no le diera hijos, y también porque pensaba que el divorcio voluntario constituye una forma conveniente de ocultar causas muy graves; causas que puedan ser escandalosas, que pueden originar la deshonra, el desprestigio, el escándalo de uno de los cónyuges. ¿Para qué obligarlos a un divorcio necesario en que se tengan que exhibir ante los tribunales o públicamente, por ejemplo: el adulterio de la mujer o del hombre, o la comisión de algún delito contra la mujer o de los hijos, o graves hechos inmorales, como prostituir a la mujer, corromper a los hijos? Mejor que los cónyuges se arreglen solos, oculten la verdadera causa de divorcio y puedan conforme a la ley manifestar simplemente que es su voluntad divorciarse”.¹⁰

Así fue que el Código Napoleón aceptó el divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges, adoptándose posteriormente en diferentes legislaciones de los países del continente europeo.

En el divorcio voluntario como su nombre lo dice, basta con la voluntad que ambos cónyuges tengan para disolver el vínculo matrimonial sin necesidad de invocar causa o razón que lo motive, por ello es que en la jerga jurídica también se le llama “divorcio por mutuo consentimiento”.

Ésta clase de divorcio puede ejecutarse por dos vías:

*Divorcio voluntario o
por mutuo consentimiento
(Divorcio no contencioso)*

- Divorcio Voluntario Administrativo
(artículo 272)
- Divorcio Voluntario Judicial
(artículo 273)

¹⁰ Rojina Villegas, R. Op. cit. pág. 408.

Por lo que respecta al *divorcio voluntario administrativo* diremos, que éste procede cuando se colman los requisitos señalados por el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal que son:

- Se tenga un año o más de haber contraído matrimonio.
- Ambos cónyuges convengan en divorciarse.
- Los cónyuges sean mayores de edad.
- Cuando hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo este régimen patrimonial.
- La cónyuge no este embarazada.
- No tengan hijo en común o teniéndolos sean mayores de edad.
- Que los hijos que tuviesen así como alguno de los cónyuges no requieran alimentos.

Su tramitación se lleva a cabo ante el Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, éstos deben llenar una solicitud de divorcio que deberá acompañarse del acta de matrimonio y comprobante de mayoría de edad.

A continuación el Juez levantará un acta en la que hace constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges dentro de los quince días posteriores para que la ratifiquen. Sí la ratifican, el Juez los declara divorciados y hace la anotación correspondiente en al acta de matrimonio (artículos 115 y 116 del Código Civil local).

Sí se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos para que proceda este tipo de divorcio, la separación así obtenida no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas por la ley; por ello, la necesidad de considerar a este divorcio como un acto personalísimo en el que expresamente se prohíbe sea realizado por otras personas que no sean los cónyuges.

En cuanto a la custodia de los hijos, no hay mayor problema, puesto que los cónyuges que opten por este tipo de divorcio, no tienen hijos en común o bien si los tienen, sin embargo, son mayores de edad y no requieren alimentos.

Finalmente resaltamos que el papel desempeñado por el Juez del Registro Civil es criticado por suponerse una usurpación de funciones que corresponden únicamente a los Jueces de lo Familiar del Poder Judicial de la Federación.

Al respecto, Julián Güitron Fuentevilla, opina que “El divorcio administrativo encierra la semilla de la destrucción de una familia que recién empieza. Deja en manos de empleados, a los cuales ni siquiera se les exige tener el título de licenciados en Derecho, sino simplemente el de burócratas, para que rayando en la ignorancia disuelvan un vínculo matrimonial...”¹¹

En lo concerniente al *divorcio voluntario por vía judicial o divorcio judicial por mutuo consentimiento*, diremos que este procederá en los casos siguientes:

- Cuando haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio.
- Cuando por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar.
- Si ambos o uno de los cónyuges no sea mayor de edad.
- Cuando no se ha liquidado la sociedad conyugal de bienes, sí están casados bajo este régimen.
- Si la cónyuge está embarazada.
- Si tiene hijos en común y éstos aún no cumplen la mayoría de edad.
- Que los hijos que tuviesen así como alguno de los cónyuges requieran alimentos.

Cuando los cónyuges tramiten esta clase de divorcio ante el Juez de lo Familiar, deberán presentar el escrito de solicitud de divorcio voluntario acompañado

¹¹ Güitron Fuentevilla, Julián. *Derecho Familiar*. 2ª Edic. Ed. UNACH. México, 1988. pág. 167.

de un *convenio* que debe contener de acuerdo al artículo 273 del Código Civil local, las siguientes cláusulas:

- ❖ Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio.
- ❖ El modo de atender las necesidades de los hijos, implicando la manera en que se otorgarán los alimentos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento.
- ❖ La designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio.
- ❖ La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aún después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias.
- ❖ La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia en favor del cónyuge acreedor.
- ❖ La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición; y
- ❖ Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos.

Durante el tiempo que transcurra para que se decrete el divorcio voluntario, el Juez de lo Familiar podrá autorizar la separación provisional de los aún esposos y dictar las medidas respecto de la pensión provisional de los hijos y del cónyuge en los términos del convenio que se presentó (artículo 275).

Y después de haber citado a los divorciantes para las juntas de avenencia y ante la insistencia de ambas partes para divorciarse, el convenio en cita, se aprobará por virtud de una sentencia definitiva en donde se establece el mandamiento judicial

que autoriza a la cónyuge o al varón divorciante ejercer la custodia de los menores hijos, otorgándose a su vez al cónyuge que no la tiene un régimen de convivencias (artículo 676 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal).

Si antes de que el Juez de lo Familiar dicte sentencia los cónyuges que pretendan divorciarse por esta vía, deciden reunirse de común acuerdo, podrán hacerlo siempre y cuando el divorcio no hubiere sido decretado, en este caso, no podrán volver a solicitarlo, sino pasado un año desde que tuvieron a bien reconciliarse (artículo 276).

“En el divorcio voluntario no hay cuestión entre los dos esposos, porque presupone que se han puesto de acuerdo en disolver el vínculo conyugal y en lo concerniente al convenio que someten a la aprobación judicial.

Si no la obtienen, el juez no puede decretar el divorcio, porque es condición de este punto, la validez del propio convenio declarada y reconocida por sentencia firme.”¹²

Como podemos ver esta forma de divorcio no trae consigo dificultades en cuanto a la guarda y custodia de los menores se refiere, ya que son las partes las que proponen la forma de ejercer la custodia de sus menores hijos, en virtud de que la propia ley les ordena designar a la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces habidos en el matrimonio (artículo 273, fracción I). La anterior disposición nos hace suponer que los cónyuges tienen la posibilidad de elegir a persona diferente a ellos para que ejerza la guarda y custodia de sus hijos.

El régimen de custodia compartida es otra opción que los padres tienen al momento de convenir.

Concluiremos esta parte diciendo que en el convenio aprobado no solo se debe regular todo respecto a los cónyuges, a los bienes y a los hijos, sino también la forma de garantizar los alimentos, ya sea con hipoteca o fianza, además en este

¹² Pallares, E. Op. cit. pág. 44.

caso la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio siempre y cuando no tenga ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

En otro orden de ideas, nos corresponde analizar el tipo de divorcio que procederá cuando lo solicite uno de los cónyuges por alguna de las causas graves que señala el Código Civil para el Distrito Federal siendo este:

DIVORCIO	{	Divorcio necesario
	o	Divorcio contencioso

El divorcio necesario ha existido desde tiempos remotos, incluso la ley mosaica ya lo admitía en caso de adulterio.

A manera de antecedente diremos que es en el derecho romano donde encontramos su origen y aunque en un principio el marido era el único facultado para repudiar a su mujer y disolver su matrimonio de forma unilateral, posteriormente la legislación romana exigió que hubiera una causa como el adulterio, la corrupción de los hijos, la prostitución de la cónyuge, la incitación a cometer un delito para desprestigiar a su mujer.

En el derecho francés moderno se admitió el divorcio necesario por incompatibilidad de caracteres, por adulterio, por injurias graves, por sevicia, por abandono de un cónyuge, o sea de la casa conyugal, por emigración de más de cinco años, por cometer un hecho inmoral o delictivo y por locura.¹³

En México, el divorcio necesario se regula a partir de la Ley Sobre Relaciones Familiares. Este sistema de divorcio podrá ser demandado por el cónyuge inocente, basado en causas posteriores a la celebración del matrimonio, por ello es que se le conoce también como *divorcio causal*.

¹³ Lozano Ramírez, R. Op. cit. pág. 139.

Este sistema también es calificado como:

Divorcio Sanción: La que se basa en aquellas causas que señalan un acto ilegal o contrario a los fines del matrimonio que son motivo de desavenencias entre los cónyuges, por ejemplo; cuando uno de los cónyuges comete una causa grave, como los delitos, hechos inmorales, vicios como el abuso de drogas enervantes, la embriaguez consuetudinaria y el juego.

Divorcio Remedio: La que considera al divorcio como una solución, para proteger al cónyuge y a los hijos existiendo enfermedades crónicas e incurables contagiosas y hereditarias, así como la impotencia que no sea causada por la edad avanzada y la locura incurable.

Julián Güitron Fuentevilla y Susana Roig resumen lo anterior cuando advierten que:

“en esta clase de divorcio encontramos contención, pleito, problema, diferencias entre los cónyuges, que sólo se pueden resolver, si uno de ellos prueba la causa invocada y el Juez le da la razón. En otras palabras, es una necesidad demandada por quien no haya dado causa a él, nadie puede invocar en su provecho, su propio dolo o la causa que origine el divorcio y que él mismo haya propiciado. A su vez, es contestada por el otro y en algunos casos, con una reconvencción, o contrademanda, que al final causa graves problemas a los divorciados, a los hijos, a los terceros, a la sociedad, al Estado y en general a la familia”¹⁴

El Código Civil para el Distrito Federal enumera veintiún causales de divorcio necesario que por su gravedad impiden la convivencia armoniosa y fácil de un matrimonio.

¹⁴ Güitron Fuentevilla, Julián y Roig Canal, Susana. *Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México Distrito Federal del año 2000 (Correlacionado, Comparado y Comentado) Arts. 1° al 746 Bis*, Ed. Porrúa. México, 2003. pág. 150.

Estas causas podrán demandarse por el cónyuge que no haya dado motivo a ello en un plazo de seis meses posteriores al día en que se presentaron los hechos en que se funde su demanda.

La excepción a esta regla es el plazo de caducidad de dos años en los siguientes casos: ¹⁵

- Sevicia, amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro o para los hijos.
- La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos.
- El incumplimiento injustificado de las determinaciones que hayan ordenado las autoridades administrativas o judiciales para corregir los actos de violencia familiar. .

Así pues, las causales de divorcio de acuerdo con el artículo 267 son las que continúan:

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 este, 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;

¹⁵ La caducidad de la acción de divorcio será de dos años tratándose de las fracciones XI, XVII Y XVIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

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 preceda 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 causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cada causal de divorcio es limitativa y autónoma, en el sentido de que su contenido no podrá vincularse o interpretarse extensivamente y mucho menos aplicarse a casos diferentes de los que de manera expresa contiene cada una. Ninguna de las causas anteriores podrá invocarse cuando los cónyuges se hayan perdonado en forma expresa, por escrito, o de modo tácito.¹⁶

Rafael Rojina Villegas clasifica a las anteriores causales de divorcio en:¹⁷

- Causales que implican delitos en contra del otro cónyuge, de los hijos o de terceros.
- Causales que constituyen hechos inmorales.
- Causales violatorias de los deberes conyugales.
- Causales consistentes en vicios
- Causales originadas en enfermedades.
- Causales que impliquen el rompimiento de la convivencia.

¹⁶ Brena Sesma, I. Op. cit. pág. 11.

¹⁷ Rojina Villegas, R. Op. cit. págs. 432- 433.

Causales como el adulterio, las injurias, la sevicia, las amenazas, el abandono, la separación y los alimentos son las que actualmente se han presentado con mayor frecuencia como causas de divorcio necesario.¹⁸

En la época actual es alarmante el creciente número de divorcios, sobre todo por los desajustes familiares que trae consigo (aún tratándose del divorcio voluntario).

El “*abuso de la institución del divorcio*”, es fácilmente comprobable, sobre todo si observamos la duración del matrimonio de las parejas actuales y el creciente número de esposos que optan por el divorcio como aquél medio para solucionar sus crisis personales, económicas y culturales generadoras de conflictos en el núcleo familiar.

La saturación de trabajo en los Juzgados Familiares del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal está debidamente comprobado. Los datos estadísticos actuales, señalan que a nivel nacional los jóvenes de 20 años en adelante ya no duran más de 15 años casados.

Cobertura: Nacional				
Grupos de edad(l): De 15 a 24 años				
	1990	1995	2000	2002
Duración social del matrimonio(b)	Total	Total	Total	Total
Menos de 1 año	5.0	1.3	2.1	1.5
De 1 a 2 años	39.3	45.5	43.1	44.2
De 3 a 5 años	39.0	41.0	40.8	40.7
De 6 a 9 años	14.8	11.9	13.5	13.2
De 10 a 14 años	1.9	0.3	0.5	0.4
De 15 a 19 años				
De 20 años y más				

Unidad: Por cien
Fuente: Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática
 Estadísticas Vitales, 2000. Base de datos
 Estadísticas Vitales, 1985-1996. Base de datos
 Estadísticas Vitales, 2002. Base de datos

Tan sólo en el año 2005 por 100 matrimonios celebrados en 11.8% se divorcia.

¹⁸ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez Rosalía. *Derecho de Familia*. Ed. Oxford. México, 2005. pág. 206.

Relación divorcios-matrimonios, 1970 a 2005

(Por 100 matrimonios) Año	Relación divorcios - matrimonios
1970	3.2
1980	4.4
1990	7.2
2000	7.4
2001	8.6
2002	9.8
2003	11.0
2004	11.3
2005	11.8

FUENTE: Para 1970 y 1980: **INEGI. Cuaderno No. 1 de Población.** Aguascalientes, Ags., 1989.
Para 1990 a 2005: **INEGI. Estadísticas de Nupcialidad.**

Podemos concluir que si bien es cierto que el divorcio es la única vía lógica – jurídica por la cual los cónyuges obtienen su libertad, también lo es que el matrimonio exige cada día más y más compromiso de responsabilidad y vocación en el verdadero amor conyugal compartido, en donde no caben egoísmos, e intereses personales, sobre todo cuando existen hijos de por medio, lo cual obliga a los esposos a superar conflictos y salvar su matrimonio cuando éste sea salvable en beneficio no solo de su familia, sino de la sociedad en general.

3.3 Efectos del divorcio necesario

3.3.1 Efectos jurídicos

Cuando por medio del divorcio se disuelve el vínculo matrimonial se producen algunos efectos jurídicos, sobre todo porque los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges dejan de existir y cada uno de ellos recobra su libertad para iniciar una nueva relación sentimental que podría incluso culminar en un nuevo matrimonio.

Aunque en el presente numeral trataremos lo relativo a los efectos que el divorcio necesario produce, no podemos omitir hacer la breve mención de los efectos

generados por el divorcio voluntario en sus dos vías de ejecución (administrativa y judicial).

Así bien, el *Divorcio Voluntario por Vía Administrativa* produce un sólo efecto en cuanto a que los divorciantes quedan en aptitud de contraer nuevamente matrimonio.

Por su parte el *Divorcio voluntario por Vía Judicial* produce los siguientes efectos:

Respecto a los cónyuges

- Quedan en aptitud de contraer nuevamente matrimonio.
- La mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias, o se una en concubinato (artículo 288, fracción VI, último párrafo)

Respecto a los hijos

- Se estará al convenio aprobado en definitiva por el Juez Familiar.

Respecto a los bienes

- Se estará al convenio aprobado en definitiva por el Juez Familiar.

Por lo que toca a los *efectos jurídicos que el divorcio necesario genera*, diremos que estos surgen desde el momento en que éste se solicita.

Al respecto, Rafael de Pina Vara los clasifica en *Efectos provisionales y los Efectos definitivos del divorcio*.¹⁹

¹⁹ Pina Vara, Rafael, De. *Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción- Personas- Familia*. Vol. I, 21a Edic. Ed. Porrúa. México, 2006. pág. 345.

Los *efectos provisionales*, son los que se producen desde que se presenta la demanda de divorcio y durante la tramitación del juicio o antes en caso de presentarse alguna urgencia. Siendo los siguientes:

✓ *Efectos provisionales respecto a los cónyuges*

- ❖ La separación de los cónyuges de acuerdo al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- ❖ Las medidas que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes, ni en los que conforman la sociedad conyugal, en su caso.
- ❖ Las medidas precautorias que la ley establece cuando la mujer quede embarazada.

✓ *Efectos provisionales respecto a los bienes*

- ❖ Solicitar inventario de bienes propios y de la sociedad conyugal, especificando bajo qué régimen se establecieron: proyecto de partición, y dictar las medidas de conservación y protección.
- ❖ Revocar o suspender los mandatos que los cónyuges se hubieren otorgado.

✓ *Efectos provisionales respecto a los hijos, regulados principalmente en el artículo 282 del Código Civil:*

- ❖ El poner a los hijos bajo la custodia 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.
- ❖ 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.

- ❖ Regular las visitas y convivencias con el padre que no tenga la guarda y custodia de sus hijos menores, teniendo presente el interés superior de estos.
- ❖ Derivado de las actuales reformas al Código Civil para el Distrito Federal el 2 de febrero de 2007, quienes ejerzan la patria potestad o la guarda y custodia provisional, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:
 - Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;
 - Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;
 - Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y
 - Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.
- ❖ En caso de violencia familiar:
 - Ordenar la salida del cónyuge generador de la violencia familiar del hogar donde vive la familia.
 - La prohibición para alguno de los cónyuges de ir a un domicilio o lugar determinado para alguno de los cónyuges, así como las medidas necesarias para evitar actos de violencia familiar.
 - Prohibición de acercarse a los agraviados a la distancia que el Juez considere pertinente.

Continuando con la clasificación del mencionado autor diremos que los *efectos definitivos* son aquellos que se decretan en la sentencia ejecutoriada que disuelve el matrimonio, siendo:

✓ *Los efectos definitivos respecto a los cónyuges*

- La disolución del vínculo matrimonial que deja a ambos divorciantes facultados para contraer de nuevo matrimonio.²⁰

Importa para tales efectos la declaración de culpabilidad de uno de los cónyuges, o de ambos, ya que si la mujer es declarada inocente, ésta debe esperar 300 días desde la separación para contraer nuevas nupcias y evitar así la confusión de paternidad en caso de embarazo, a no ser que de luz antes de ese plazo (artículo 324, fracción II).

- Proporcionar alimentos al cónyuge inocente en relación a su edad, estado de salud, situación económica y con la posibilidad que ambos divorciantes tengan de trabajar (artículo 288). En todos los casos en que el cónyuge inocente carezca de bienes o que durante el matrimonio se haya dedicado de manera preponderante a las labores del hogar o al cuidado de los hijos o esté imposibilitado para laborar, tendrá derecho a recibir alimentos. Igual derecho tendrá el varón que este imposibilitado para trabajar y carezca de los ingresos suficientes, lo que concluirá si contrae nuevamente matrimonio o se une en concubinato.²¹

²⁰ Antes de las reformas del 25 de mayo del 2000, el artículo 289 señalaba los plazos para que el consorte que hubiera dado causa al divorcio pudiera volver a casarse, pasados dos años. Si fuese divorcio voluntario, sería después de transcurrido un año. En ambos casos los plazos se contaban a partir de la fecha en que se decretaba la disolución del vínculo.

²¹ Como podemos advertir, en el divorcio necesario los alimentos se establecen como una sanción entre los divorciados. Y procede cuando se hayan originado daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente y, por tanto, el cónyuge culpable deberá responder por ellos como responsable de un hecho ilícito, debiendo reparar el daño una vez que han cesado las obligaciones conyugales. En el caso de los cónyuges enfermos, impotentes sexuales o incapaces, también estos tendrán derecho a alimentos y si ambos cónyuges son declarados culpables no podrán exigirse alimentos entre sí.

✓ *Los efectos definitivos del divorcio en relación a los bienes son:*²²

- Disolución y liquidación de la sociedad conyugal. Las bases de liquidación de la sociedad conyugal se determinan en las capitulaciones matrimoniales, si se omitieron se estará a las disposiciones generales de la sociedad conyugal. Serán los divorciantes o un liquidador nombrado por ambos o el Juez (si no hay acuerdo) los que procederán a su liquidación, para ello debe realizarse un inventario de los bienes y deudas, excluyendo los objetos de uso personal, ocupacional y ordinario de los cónyuges, como los vestidos, celulares, etcétera. Enseguida se pagarán las deudas de la sociedad y el sobrante será devuelto a cada cónyuge en la forma convenida. Si hay pérdidas, se deducirán de lo que cada quien aportó en proporción a la parte que en las utilidades le haya correspondido. Si sólo uno aportó capital, de éste se deducirán las pérdidas.
- Resolución de las donaciones a favor del cónyuge inocente.
El cónyuge culpable perderá no sólo todo lo que le haya dado o prometido el cónyuge inocente u otra persona en consideración al matrimonio, sino también el derecho a reclamar sus donaciones. El cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo convenido en su provecho.
- Indemnización al cónyuge inocente del 50% de los bienes adquiridos durante el matrimonio, de conformidad con el artículo 289 bis. De esta forma el cónyuge que se haya dedicado de manera preponderante al trabajo del hogar y cuidado de los hijos, y que casado bajo el régimen de separación de bienes,

²² Los efectos en relación a los bienes dependerán del régimen patrimonial por el cual optaron los cónyuges al momento de contraer matrimonio. Los regímenes patrimoniales son dos: *El régimen de sociedad conyugal o régimen por bienes mancomunados* y *el régimen de separación de bienes*.

Manuel Francisco Chávez Asencio define al primero, como aquel que “se constituye por las capitulaciones matrimoniales como un régimen de bienes, al cual los cónyuges en su carácter de consocios, aportan sus bienes y el producto del trabajo de los cuales ambos coparticipan y con las utilidades forman un fondo social que se dividirá entre ambos en la forma convenida al liquidarse la sociedad”. Chávez Asencio, Manuel F. *Convenios Conyugales y Familiares*. 4ª Edic. Ed. Porrúa. México, 1999. pág. 194. Alicia Pérez Duarte manifiesta respecto al de separación de bienes que “...en este régimen cada cónyuge conserva el dominio y la propiedad de los bienes de los cuales son dueños al contraer nupcias y de aquellos que se adquirieran durante el matrimonio. La ley exige también en este caso las capitulaciones matrimoniales, en donde debe hacerse un inventario de los bienes de los que sea dueño cada esposo al celebrarse el matrimonio y acompañarse de una nota pormenorizada de las deudas que cada cónyuge tenga al casarse”. Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena. *Derecho de Familia*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1994. pág. 264.

carezca de bienes propios o aún habiéndolos adquirido durante el matrimonio sean notoriamente menores a los adquiridos por su cónyuge, podrá obtener del cónyuge demandado por concepto de indemnización hasta 50% de los bienes de éste.

✓ *Y los efectos definitivos del divorcio en relación a los hijos.*

El recién reformado artículo 283, enuncia las disposiciones que deberá fijar la sentencia de divorcio en cuanto a la situación de los hijos menores de edad, esto es;

- Fijar lo más conveniente para los menores en lo que se refiere 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 la convivencia con sus padres.
- 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.
- Las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, misma que sólo deberá limitarse o suspenderse cuando exista riesgo para los menores.
- 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.
- Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los ex cónyuges, en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección.
- En caso de que los menores de 12 años sean sujetos de violencia familiar, éstos deberán quedar al cuidado de la madre, excepto cuando sea ésta quien la origine.

- Si los padres acordaron la guarda y custodia compartida, están obligados a cumplir con las obligaciones de crianza contenidas en el artículo 414 Bis, sin que ello implique un riesgo de vida cotidiana para los hijos.

Acorde a lo anterior *las obligaciones de crianza* son:

- *Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;
 - *Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;
 - *Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y
 - *Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.
- Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir en proporción a sus bienes e ingresos a las necesidades subsistencia y educación de sus hijos hasta que lleguen a la mayoría de edad.

Cabe mencionar que el divorcio necesario no origina la pérdida de la patria potestad de uno o de todos los hijos, sin embargo el Juez de lo Familiar tiene ciertas facultades otorgadas por la ley que le permiten en materia de patria potestad ordenar su pérdida, suspensión o limitación, pudiendo antes de emitir su decisión definitiva sobre la patria potestad o tutela de los hijos menores o incapaces decidir cualquier medida que considere necesaria para el desarrollo de los hijos menores o incapaces a petición de estos o de sus abuelos, hermanos, tíos, primos o del Ministerio Público.

Las facultades discrecionales que tiene el Juez de lo Familiar para decidir sobre la patria potestad, no derivan del grado de culpa en el divorcio; sino de las causales específicas de pérdida, limitación y suspensión de la patria potestad analizadas en el Capítulo primero del presente trabajo.

Por otra parte, la custodia se permite monoparental o compartida, en el primer caso cuando no exista acuerdo será el Juez de lo Familiar quien resolverá tomando en cuenta la opinión del menor.

La custodia compartida se considera opcional y procede en caso de que los padres la hayan convenido, será necesario que el Juez garantice que en el caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos (artículo 283 bis).

3.3.2 Efectos no jurídicos

La disolución del vínculo matrimonial que une a los cónyuges no solo produce consecuencias de naturaleza jurídica como las ya analizadas, sino que también origina *efectos no legales* sumamente dañinos tanto para ambos cónyuges, como para uno de ellos o peor aún para los hijos producto de esa unión.

Respecto de lo anterior, Salvador Orizaba Monroy indica que:

“El divorcio destruye el matrimonio al disolverlo y afecta al grupo familiar y priva a los hijos del medio natural para su desarrollo moral e intelectual [...] el divorcio parecería que se encuentra en pugna con los intereses superiores de la colectividad social y, por lo tanto, no se le puede aceptar como institución deseable; antes bien, se justifican las medidas que en diversos países se han adoptado para evitar los divorcios o para hacer difícil la disolución del vínculo matrimonial”²³

Aunque no es nuestra pretensión analizar todas las consecuencias negativas que el divorcio produce en la familia que lo vive, es menester enunciar algunos de los efectos más comunes que enfrentan los ex-cónyuges y sus menores hijos después de una separación.

²³ Orizaba Monroy, Salvador. *Matrimonio y Divorcio. Efectos Jurídicos*. Ed. Pac. México, 2002. pág. 55.

Los *efectos no jurídicos* producidos por el divorcio se reflejan en los diferentes ámbitos en que la familia disuelta se desenvuelve, siendo en orden de importancia los siguientes:

- Ámbito familiar
- Ámbito social
- Ámbito económico
- Ámbito físico
- Ámbito psicológico
- Ámbito moral.

En el *ámbito familiar*, se vive una inestabilidad emocional que incluso hace necesario el recurrir a terapia recuperacional familiar por sentirse la familia fracturada en su soporte: los cónyuges.

Tal afectación, la enfrenta la familia antes, durante y después del divorcio, aunque la separación sea voluntaria o por mutuo acuerdo. Y como consecuencia en el núcleo familiar:

“...se da una transformación, generalmente negativa, de toda la vida familiar, pues sus integrantes, los que quedan en calidad de restos, se ven en una situación aún más crítica de la que han estado experimentando a partir de que surgió la divergencia, motivadora posteriormente de la terminación de las relaciones conyugales..”²⁴

El enfrentar un problema de divorcio es para la familia un golpe fuerte, que puede o no amortiguarse en todos los casos, más aún cuando éste se da de forma sorpresiva.

²⁴Salas Alfaro, Ángel. *Problemática Socio Jurídica del Divorcio (Investigación bibliográfica- documental y de campo)*. Ed. Universidad Autónoma de San Luis Potosí. México, 1994. pág. 75.

Cada sujeto modifica su visión en cuanto al núcleo al que pertenece, pues ya no existe la misma comunión de ideas y uniformidad de comportamientos, sino que cada quien ve el problema según lo perciba.

Los hijos son los más afectados. Al respecto Antonio de Ibarrola sostiene que:

“el malestar tan hondamente resentido por el niño engendra en él perturbaciones físicas, pérdida de sueño, del apetito, perturbaciones nerviosas y también perturbaciones psicológicas; clara tendencia al robo, a la mentira, a la fuga. Un sentimiento de agresividad contra todo cuanto le rodea, inclusive contra la intervención de un aparato judicial inexplicable para él” Y el adolescente- sigue apuntando- se convierte en un escéptico ante la realidad del amor. Había creído él que sus padres se amarían para siempre...”

Lo anterior, aunque pueda o no darse en todos los casos con la misma intensidad con la que lo describe el mencionado autor, es conveniente que los menores no dejen de considerar a su familia (aunque fracturada) como tal hasta el momento en que se formen como personas maduras.

Los efectos mencionados podrían disminuir notablemente si la familia intenta seguir junta aún después del divorcio. Para ello cada uno de sus miembros debe aplicar un sistema de vida diferente, comenzando primero con los cónyuges, quienes deberán despojarse de toda agresividad contra el otro o contra sus propios hijos de tal forma que vuelvan llevaderos ciertos aspectos, y aunque en la práctica no sea nada sencillo, consideramos que debe hacerse el máximo esfuerzo por parte de todos sus integrantes.

Por tal motivo, es básico que los padres estén conscientes de que se encuentran separados y por tanto son autónomos y en vías de un desarrollo libre, o en su caso extremo, libertino, pero que todos continúan unidos por lazos de sangre, amor, confianza y que compartieron gratos y no gratos momentos en su vida familiar.

Respecto al *ámbito sociológico*, diremos que en la mayoría de los casos la separación de los cónyuges afecta la relación que existía hasta entonces entre los parientes de uno y de la otra parte.

Sucede que los parientes de los divorciados les otorgan su apoyo, ya que con frecuencia ocurre posterior al divorcio el que ambas partes tomen como refugio el hogar paterno en busca de que los padres atiendan a sus hijos para no ver afectado su trabajo y por ende sus ingresos, sin embargo de forma contraria pudiera darse el hecho de que cualquiera de los ex- cónyuges reduzcan al mínimo el trato con su familia mientras aclara lo vivido o simplemente para mantener una situación de independencia respecto de sus padres.

El círculo amistoso de ambos también sufre modificaciones. Algunas amistades se dejan y otras se adquieren, pues esos vínculos dependían (posiblemente) de él o ella. Ciertos conocidos suelen desaparecer, al tomar partido con alguno de los contendientes o por no querer incomodar a ninguno de los divorciados.

Luego de la separación legal, los protagonistas entran en una fase de resocialización en lo cultural, social y económico debido al cambio de modo de vida que puede o no resultar positivo. Estos factores son determinantes para la recuperación pronta de la situación post-divorcial.

En el *ámbito económico*, diremos que después de la separación los efectos se producen no sólo en cuanto al costo del juicio de divorcio, sino también posteriores a la disolución del vínculo matrimonial.

Cuando hablamos de las consecuencias económicas posteriores al divorcio, sin duda alguna nos referimos a la entrega mensual de una cantidad determinada por concepto de pensión alimenticia para los gastos de manutención de los hijos y del cónyuge inocente (esposa o esposo).

Al caudal de cargas que tiene un cónyuge divorciado se le suma el económico, más aún cuando en contra de su propia voluntad debe otorgar un porcentaje del producto de su trabajo al patrimonio del cónyuge no responsable. Cabe mencionar que la pensión que se recibe por derecho de alimentos casi nunca es suficiente y en otras ocasiones ni siquiera es posible hacerla efectiva por diversas razones.

Por otro lado y en cuanto al aspecto *físico*, las personas que han tenido la experiencia de divorcio pueden sufrir diversas afecciones orgánicas humanas que van desde leves hasta graves.

Algunos médicos consideran que el sujeto divorciado se expone a problemas de hipertensión arterial, artritis, tendencia al suicidio, o ataque al miocardio, etcétera.

Los menores también son afectados en su salud física, siendo esta una razón de peso para que los cónyuges al tomar la decisión de divorciarse, lo piensen cuantas veces sea necesario.

Y aunque el temor de los cónyuges a ver afectada su salud física no es un impedimento para disolver su matrimonio una vez que están decididos a realizarlo, si nos parece ésta una buena razón para profundizar sobre su decisión.

En cuanto al *ámbito psicológico* diremos que los divorciantes se sienten:

“...fracasado como mujer o como hombre; tristeza por lo que se fue y que seguramente no ha de regresar; soledad, angustia, hostilidad, depresión. Sólo recuerdos le quedan. Piensa mucho en sí mismo, cuestionándose si ella fue la culpable o él, o quién; acusa un enorme dolor al pensar que ya no pertenece a nadie, ni nadie, salvo algún o algunos hijos, le pertenecen a ella”.²⁵

²⁵Salas Alfaro, A. Op. cit. pág. 84.

Es bien sabido que los ex- cónyuges posteriormente al proceso judicial experimentan un sentimiento de confusión al ser “divorciado” y no “casado”, ni “soltero”.

Aunado a lo anterior, estos se encuentran confundidos , por lo que en ocasiones solicitan ayuda o piden el retiro hasta de lo más valioso que tienen; sus hijos y parientes cercanos que se encuentran inmersos también en el problema.

Así como surge un sentimiento de culpa, puede emerger uno de inocencia y no aceptación de los errores aún estando conscientes de que son los responsables de las situaciones problemáticas.

Por último, analizaremos el *aspecto moral*, toda vez que los sujetos que se divorcian pueden experimentar alteraciones conductuales o ideológicas que modifican su percepción de las cosas y el actuar en relación a ellas. Un ejemplo podría ser que cambie su forma de comunicación o de trato con sus hijos, ex- esposo o esposa y parientes o conocidos, o bien con aquellas personas que tienen interés en establecer vínculos más que amigables con un divorciado o divorciada.

Moralmente los divorciantes pueden quedar decepcionados del matrimonio, refugiándose en una constante actividad sexual para remediar sus males emocionales y morales. Los amasiatos y el concubinato son comunes, dado que se pierde (en la mayoría de los casos) todo interés por volver a establecer una relación conyugal en tanto no se asimilen las consecuencias de la separación.

En esta primera fase post-divorcial ambos o solo un divorciante todo quieren, menos adquirir un nuevo compromiso formal de matrimonio con vías a integrar ahora sí una familia.

Por lo que respecta a los menores, éstos son un tema delicado toda vez que con frecuencia pueden malinterpretar tal proceso y confundirse al punto de que muchos de ellos asumen la responsabilidad de reconciliar a sus padres y algunas veces se sacrifican durante el proceso.

Concluimos el presente Capítulo expresando que aunque estos efectos suelen no presentarse en forma conjunta en todos los casos de divorcio, su disminución dependerá de la fortaleza que cada uno de los miembros de la familia tenga para rehabilitar y reconfortar su vida espiritual, así como su futuro y el de los hijos que han quedado bajo su cuidado.

CAPITULO IV

Guarda y Custodia Compartida en el Código Civil para el Distrito Federal

4.1 Custodia Compartida. Controversialidad

Hemos llegado a la última parte de nuestra investigación, en la cual abordaremos la figura jurídica que hemos detallado a lo largo del desarrollo de los capítulos anteriores.

Así bien, en el presente Capítulo estudiaremos concretamente a la “custodia compartida” que como ya lo vimos, a partir de las reformas del 2 de febrero del presente año se le denomina en el Código Civil del Distrito Federal como “guarda y custodia compartida”.

Antes, es menester recordar que la *guarda y custodia de los hijos* es una de las medidas esenciales que deben adoptarse en los casos de separación o divorcio y cuyo objetivo principal es el cuidado, educación, guarda material y formación del menor.

Durante el matrimonio, la guarda y custodia de los hijos se ejerce normalmente por ambos padres al ser éstos los obligados a proporcionar al menor todo lo referente a su cuidado personal y formación, pero la situación se torna diferente cuando la pareja se divorcia y la atribución de ésta es el peor problema a resolver en una crisis matrimonial.

La sola idea de separarse de sus hijos produce en algunos progenitores desesperación y un gran dolor, sobre todo cuando se visualizan como meros “visitantes” los fines de semana y al otro progenitor como la única persona responsable del cuidado y crianza de los niños.

Es por lo anterior que surge la institución denominada “guarda y custodia compartida” como una posible solución que permitirá que ambos padres continúen criando activamente a sus hijos aún después de divorciarse y que éstos no vean disminuida la relación con sus progenitores.

Tal régimen permite que los períodos alternos de convivencia que tiene el menor con uno u otro progenitor sean cuantitativamente similares ¹ y que ambos compartan la responsabilidad de guiar y educar a sus hijos.

Antes de continuar el estudio más a fondo de tal figura, expondremos previamente algunos conceptos que diversos investigadores nacionales (muy pocos por cierto) han propuesto a esta figura de novedosa aplicación en nuestro sistema jurídico- familiar.

Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, califican a las reformas del 2004 como aquéllas que no aportaron lineamientos que ayuden a delimitar el concepto de custodia compartida, “la cual implica el ejercicio simultáneo de los derechos, deberes y obligaciones de la patria potestad, por ambos progenitores, *independientemente de con quién de los dos esté viviendo el hijo*”. ²

De lo antes citado, debemos tomar en cuenta que tal concepto se formuló de acuerdo a las reformas del año 2004, cuando el legislador la llamó “custodia compartida”, y no “guarda y custodia compartida” como la conocemos actualmente.

¹ Ragel Sánchez, Luis Felipe. *La guardia y custodia de los hijos*. Revista de Derecho Privado y Constitución. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Número 15. Año 9. España. Enero- Diciembre 2001. pág. 317.

² Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez Rosalía. *Derecho de Familia*. Ed. Oxford, México 2005. págs. 273-274.

Es por ello que consideramos que la palabra “guarda” le imprimió a tal figura la característica de que el menor debe compartir el domicilio con ambos padres de forma alterna aunque éstos se encuentren separados.

María de Montserrat Pérez Contreras, anota que la custodia compartida es “aquella en la que ambos padres tienen la custodia legal y física de sus hijos. Esto implica que comparten los derechos y responsabilidades en la educación, formación, manutención y toda actividad relacionada con la crianza de los hijos, de tal manera que gozan, por resolución judicial, de igualdad en todas las decisiones y acciones relativas a los menores, en igualdad de condiciones”.³

El Código Civil para el Distrito Federal no conceptúa o define nuestra figura en estudio, únicamente se limita a decir que se pondrá a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo éstos compartir la guarda y custodia mediante convenio (artículo 282, fracción V).

Lo anterior nos hace suponer que la guarda y custodia compartida en el Distrito Federal es opcional para los divorciantes y procede siempre y cuando mediare convenio, de lo contrario el ejercicio de ésta es *monoparental* (detentada por uno sólo de los que tienen el derecho a ejercerla), o bien *ejercida por un pariente* (artículos 414 y 418).

En caso de que los padres llegaran a convenir guarda y custodia compartida, será el Juez en la sentencia quien deba garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza contenidas en el artículo 414 Bis y a las cuales nos referimos ya en el Capítulo anterior.

³ Pérez Contreras, María de Montserrat. *Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. La custodia compartida y las reformas de 2004*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie. Número 116. Año XXXIX. México. Mayo- Agosto 2006. cita a Meltón J., Brian. pág. 523.

Al régimen de guarda y custodia compartida también se le denomina “régimen de convivencia amplia” o “coparentalidad”, lo que significa que el menor convive y se mantendrá físicamente con ambos padres de forma permanente.

El objetivo del “régimen de convivencia amplia” es que el menor sea atendido por cada uno de sus padres durante un lapso de tiempo suficiente para que el progenitor guardador contribuya en la educación, crianza y desarrollo de su (s) hijo (s), mejor aún que como suponemos se haría en un derecho de visita o convivencia normal.

Lo sustentado hasta este momento, nos permite calificar al régimen de “guarda y custodia compartida” como el instrumento ideal por medio del cual los padres reconocen que cada progenitor tiene los mismos derechos y deberes ante sus hijos, y que sí existe la posibilidad de que los lazos afectivos con estos pueden conservarse aún después de una dolorosa separación.

Por lo que a nosotros concierne diremos que la guarda y custodia compartida es:

“Aquella figura jurídica que implica el arreglo mediante el cual los menores de edad posteriormente al divorcio de sus padres pasarán parte de su tiempo con cada uno de ellos con la finalidad de que éstos compartan su educación, crianza, cuidados y el afecto de sus hijos en un ambiente de convivencia sana y amorosa”

Sin embargo, tal régimen enfrenta para su aplicación dos cuestiones que no deben omitirse, una de ellas es que el amor que una vez unió a la pareja, suele transformarse en odio y el diálogo que debe imperar en un sistema como éste, se torna complicado y la otra se refiere a la inmadurez que tienen muchas parejas durante y después de enfrentar un proceso de divorcio al no comprender que son ellos los que se separan y no sus hijos.

Derivado de lo anterior es que la guarda y custodia compartida pudiera no ser una buena alternativa en todos los casos, ya que la sola aplicación de este sistema exige en principio el reconocer que cada progenitor tiene los mismos derechos y deberes ante sus hijos y conceder al ex- cónyuge el lugar que le corresponde, incluso si después de la ruptura no se está de acuerdo en todo.

Opiniones como la anterior han motivado que no sólo en el Distrito Federal, sino también en los estados de la República Mexicana y diversos países donde su legislación local la ha regulado, hayan surgido diversidad de pareceres a favor y en contra de ésta práctica, sobre si los padres no la convienen.

La controversialidad de la que hablamos en el párrafo anterior abarca diferentes aspectos que van desde otorgar a los Jueces de lo Familiar la facultad de imponer a los cónyuges tal sistema, hasta la de evaluar los beneficios y perjuicios que la guarda y custodia compartida genera no sólo en cuanto al menor, sino también en cuanto a sus *padres*.

Por tal motivo y con la finalidad de ampliar el panorama de nuestra investigación, abordaremos algunos de los puntos más controversiales en torno a los beneficios y perjuicios que la guarda y custodia compartida produce tanto en la persona del *menor* como en los *padres*.

El contenido de estos cuadros comparativos nos ayudará a delinear posteriormente nuestra postura respecto del tema.

- En cuanto al **menor**, la guarda y custodia compartida generaría entre otros, los siguientes:

BENEFICIOS	PERJUICIOS
<i>Mejor desarrollo y adaptación a su nuevo modo de vida, ya que ambos padres continúan participando activamente en su cuidado y formación. Los padres acompañan a sus hijos durante el proceso de crecer.</i>	<i>La obligación de alternar periódicamente en distintas viviendas desestabiliza al menor, sobre todo porque deja de ver temporalmente a uno de sus padres con la misma frecuencia de como lo hacía antes.</i>
<i>La comunicación del menor con sus padres es mucho mejor que la de los niños provenientes de sistemas de custodia monoparental.</i>	<i>Los menores pasan a segundo plano cuando se privilegia el derecho de convivencia de los progenitores y se le impone la obligación de vivir con sus padres, a pesar de que ellos estén separados.</i>
<i>Los hijos no ven a uno de los ex-cónyuges como su verdadero padre y al otro como un simple “visitante”.</i>	<i>El menor se convierte en visitante de sus padres cuando él es quien cambia de hogar o bien en “visitado” cuando sucede lo contrario.</i>
<i>El vínculo sentimental entre los padres y su hijo se hace más fuerte, por tanto, se reduce en el menor el sentimiento de pérdida producido por el divorcio o la separación.</i>	<i>Resulta perjudicial para el menor la disparidad de criterios cuando se le educa, lo que provoca disgusto contra el progenitor que le exija más.</i>
<i>Los niños aprenden a solidarizarse, compartir, respetar y resolver problemas mediante acuerdos y no litigios.</i>	<i>Hay situaciones relacionadas con el menor que suelen alterarse por el cambio permanente en su estabilidad emocional y social, incluso el hijo puede creer que algún día todo será como antes.</i>
<i>Este sistema fomenta mayores acuerdos de cooperación entre los padres en beneficio del menor.</i>	<i>Cada padre tiene sus hábitos, reglas, horarios, y el menor le tendrá lealtad al que sea más flexible en la aplicación de las normas de conducta.</i>
<i>El menor rápidamente se integra al nuevo grupo familiar de cada uno de sus padres, sintiéndose parte de la nueva familia con los recientes cónyuges y hasta nuevos hermanos.</i>	<i>Cuando uno de sus padres vuelve a formar una familia, este suele abandonar su papel de progenitor y el padrastro o madrastra suele criticar al progenitor que no tiene pareja, se cree con la autoridad para mandar en el pequeño.</i>
<i>Se eliminan los compromisos de lealtad que provoca la custodia monoparental, dificultando el hecho de ser manipulados con el llamado Síndrome de Alineación Parental o SAP.⁴</i>	<i>Los menores pudieran no encontrarse en el lugar donde existan las mejores condiciones de convivencia con sus padres.</i>

⁴ El Síndrome de Alineación Parental (SAP) es un concepto novedoso, calificado como una patología o estrategia manipuladora por la cual los padres predisponen a sus hijos contra el cónyuge que no tiene la guarda y custodia de éstos. Tal síndrome se origina en el marco de un divorcio contencioso prolongado o en una controversia por la guarda y custodia de los hijos. Es una forma de maltrato infantil que produce en los niños un profundo rechazo hacia uno de los progenitores. Éste síndrome fue propuesto en el año de 1985 por el psicólogo americano ya fallecido Richard Gardner. Los niños entre seis y doce años son candidatos a sufrir el SAP por ser más susceptibles a manipularse. Algunas consecuencias de este padecimiento son: bajo rendimiento escolar, inestabilidad emocional, aislamiento, ansiedad, mutismo temporal, agresividad. Aunque tal padecimiento tiene muchos seguidores, no está reconocido en el ámbito Internacional, ni en la Organización Mundial de la Salud (OMS), ni en la Asociación Americana de Psiquiatría en su catálogo de trastornos mentales, pese a que sus defensores lo han promovido por más de 20 años”. Montes de Oca Colín, Margarita. Ponencia: *Efectos y Consecuencias de la Alineación Parental*. Foro: “Perspectiva del Derecho Familiar en la Población del Siglo XXI” Custodia Compartida. Sede: Auditorio Benito Juárez. Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Ciudad de México 3 y 4 de septiembre de 2007.

- En cuanto a los **padres**, la guarda y custodia compartida podría generar, entre otros los siguientes:

BENEFICIOS	PERJUICIOS
<i>No hay exclusión de los progenitores. Se reconoce la capacidad de ambos para cuidar a sus menores hijos. Se hacen efectivos los principios de igualdad y no discriminación consagrados en nuestra Carta Magna.</i>	<i>Uno de los motivos por el cual los padres adopten tal régimen, pudiera ser el hecho de continuar manteniendo una relación estrecha con el otro progenitor.</i>
<i>Ambos padres comparten lo referente a los gastos de manutención. El hacerse cargo de ello, los concientiza y responsabiliza acerca de las verdaderas necesidades de sus hijos.</i>	<i>Éste sistema exige esfuerzos económicos; como dos casas, renta, transporte y dinero suficiente para mantener, educar, divertir y alimentar a sus hijos.</i>
<i>Los divorciantes tienen el tiempo libre para reorganizar su vida personal y profesional, reconstruyendo más rápido su vida personal.</i>	<i>Proximidad del domicilio de ambos padres, por ser conveniente que ambos residan cerca uno del otro para que los menores puedan acudir al colegio y mantener las mismas actividades extraescolares, así como sus amigos en la misma colonia o localidad..</i>
<i>Obtienen un beneficio económico y temporal al eliminar los gastos que produce un juicio de guarda y custodia.</i>	<i>La jornada laboral de los padres debe ser flexible y adaptable para cubrir las necesidades de tiempo que requiera el cuidado de los hijos.</i>
<i>Los ex- cónyuges podrán tomar las decisiones relativas al desarrollo y buen vivir de los menores por separado o en conjunto, con la misma autoridad y en igualdad de condiciones en su rol de padres.</i>	<i>Hay pugna entre los ex-cónyuges por ganarse el amor del hijo, así que los hábitos y actividades cambian de un padre al otro.</i>
<i>El diálogo y las concesiones son necesarias, sólo así disminuirá el conflicto en las relaciones de ambos padres.</i>	<i>Se exige un grado importante de cordialidad y armonía entre los progenitores para su efectividad.</i>
<i>Se previene el secuestro de los hijos por desaparecer el sentir que implica la pérdida del contacto continuo con el pequeño.</i>	<i>En caso de incumplimiento o desacuerdo, el menor puede ser retenido por alguno de sus padres, convirtiéndose en arma arrojadiza contra el otro.</i>

Con la información antes detallada es como hemos llegado al quid de nuestro trabajo.

Desde nuestro personal punto de vista diremos que el régimen de guarda y custodia compartida, si bien no es la única ni la mejor solución para que los hijos después de efectuado el divorcio necesario convivan con sus padres, sí es una opción por la cual la familia desintegrada continúe manteniendo los vínculos de unión.

Y aunque sus beneficios se condicionen en torno al buen entendimiento de los ex- cónyuges no podemos negar la posibilidad (aunque rara) de que existan parejas

que una vez discutida su situación, opten por tal sistema en beneficio del menor. En tales situaciones y para obtener los resultados esperados es importante señalar que “la custodia compartida no es una alternativa para todos los casos, por eso es importante analizar los pro, así como los criterios que se han tomado para determinar quiénes puede ser buenos candidatos a este tipo de medida”⁵ y una vez que sean evaluados, darle seguimiento para conocer los resultados finales para no causar un perjuicio más grave al menor.

Es válido preguntarnos cómo puede ser esto posible, cuando en un juicio de divorcio necesario los padres adoptan posturas discriminatorias y egoístas cuando se encuentran en los Juzgados de lo Familiar y, por tanto, es casi seguro que no se convenga la guarda y custodia compartida de los hijos.

La respuesta a tal cuestión aún es complicada, no sólo en nuestra capital sino en todos los países donde se aplica y continúan estudiando su desarrollo adecuado.

Sin embargo, nos llevan una gran ventaja, ya que en aquellos países la mediación es obligatoria y con ella se concientiza a los padres acerca de que el contacto con sus hijos aún después de separados, permite un mejor desarrollo en todos los aspectos de la vida del menor y con ello se logra que en el futuro éste sea una persona feliz y productiva para nuestra sociedad.

4.2 Criterios para otorgar la custodia compartida

Para dar inicio al presente apartado, es menester hacer un recordatorio de cómo se regulaba la custodia compartida en el Distrito Federal durante el período comprendido desde el 6 de septiembre del 2004 hasta el 2 de febrero del 2007.

⁵ Pérez Contreras, M. de M. Op. cit. pág. 525.

El artículo 282, fracción V, primer párrafo, señalaba:

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

La anterior regulación era aún más criticable, sobre todo porque introducía la custodia compartida de los niños y las niñas, tanto por convenio como por resolución del Juez de lo Familiar a partir de que el menor cumpliera siete años de edad, olvidando que el amor de un hijo no se puede ordenar ni imponer y menos la disponibilidad de un progenitor, además de referirse a los cuidados compartidos y no a la guarda material del menor.

Las reformas del mes de febrero, “corrigieron” tal mandato y hoy en día la guarda y custodia compartida procede únicamente si así lo convienen las partes, sin embargo, todavía encontramos errores y lagunas en cuanto a nuestro tema se refiere.

La opinión anterior radica en que las nuevas medidas aprobadas unánimemente por los Diputados de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal no señalan los requisitos mínimos que debe contener el convenio regulador o bien los nuevos criterios que la pareja previamente debe cumplir para solicitar tal régimen y así puedan obtenerse los resultados esperados, entre otros.

Aunque los criterios para que el Juez otorgue la guarda y custodia de sus hijos a uno de los padres son conocidos y evaluados por éste durante los encuentros que tenga con los padres y el menor, cuando hablamos de la guarda y custodia compartida partimos del hecho de que ambos padres aceptan la igualdad de derechos y obligaciones ante sus hijos.

La mediación y los estudios psicológicos son instrumentos que permitirían evaluar el grado de cordialidad y comunicación que hay en los progenitores para evitar un daño mayor al niño o niña y saturar aún más el trabajo de los Juzgados provocado por el incumplimiento de los convenios.

Lo anterior se vuelve necesario sobre todo cuando observamos la escasez de cultura para cumplir con lo acordado en lo que a la familia se refiere, basta con que observemos la cantidad de padres que omiten dar a sus hijos el porcentaje de pensión alimenticia que una vez acordó les otorgaría.

Sumado a lo anterior, la practica nos ha enseñado que la buena disposición y relación que debiera imperar entre las ex- parejas durante todo el tiempo en que sus hijos alcanzan la mayoría de edad se esfuma cuando alguno no cumple con lo pactado, por ello es que la experiencia del Juez, los instrumentos que lo auxilien y los diversos criterios que deben cumplir previamente los divorciantes, podrán ayudar, incluso a diagnosticar si la comunicación en la pareja no es buena y bajo estas circunstancias no es probable que se den las condiciones para que funcione la guarda y custodia compartida una vez que fuese convenida.

La necesidad de establecer o fijar los criterios para otorgar la custodia compartida son necesarias por lo siguiente:

- ❖ Con estos se podrá indagar si es la guarda y custodia compartida lo que más beneficia al menor a corto y largo plazo.
- ❖ Se asegura el cumplimiento de lo convenido y con ello evitaríamos problemas futuros en el menor.
- ❖ Disminuye la posibilidad de que la decisión de convenirla sea provocada por la conveniencia de ambos padres o uno de ellos para:
 - ✓ Quedarse en el domicilio conyugal.
 - ✓ Fastidiar al cónyuge.

- ✓ Por temor o amenazas.
- ✓ Simplemente por la prisa de divorciarse.

Aunque los criterios determinantes para resolver sobre la custodia monoparental de los hijos no son nuevos, proponemos algunos para la guarda y custodia compartida, los cuales para efectos de nuestra investigación, hemos clasificado en *criterios subjetivos (que no vemos a simple vista)* y *no subjetivos (los que son visibles)*.

Los *criterios subjetivos* una vez evaluados servirán para decidir sobre la conveniencia o no de la aplicación de la guarda y custodia compartida, y estos son:

- Si ambos padres consideran que su ex- pareja sabe mejor que nadie lo que es benéfico para sus hijos.
- Si los dos se involucran en las actividades de crianza de sus hijos antes y después de decidir divorciarse.
- Si comparten en igualdad de condiciones la responsabilidad y superan roles, estereotipos y prácticas tradicionales.
- Ambos aceptan, (no por imposición) la intervención psicológica de profesionales que permitan el diálogo, la comprensión y toma de decisiones entre ellos.
- Reconocen la importancia del papel que juegan en el crecimiento y desarrollo de sus hijos durante y después de los acuerdos a los que lleguen, así como sus nuevas responsabilidades, en las nuevas condiciones.
- Tienen claro que el divorcio no limita su derecho de convivir con los hijos.
- Si ambos padres mantienen alta su autoestima, flexibilidad, apertura al apoyo y la ayuda mutua a favor de los hijos, independientemente del divorcio y sus causas.

- Si los sentimientos de frustración, enojo, venganza, falta de apoyo, desesperanza son superados en corto plazo y no representan una amenaza para la convivencia de los menores con alguno de los padres.
- Si los divorciantes tienen libertad para decidir y resolver las vidas de sus hijos.
- La capacidad de los padres para llegar a cumplir los acuerdos para construir horarios y condiciones para beneficio del menor (educación y normas de conducta e higiene).
- Si los padres están de acuerdo en cambiar de residencia para realizar la convivencia familiar, incluso si fuera en el extranjero.
- Si los progenitores están dispuestos a sacrificar cuestiones profesionales que le exijan cambiar de domicilio o lugar de residencia.

Los *criterios no subjetivos* propuestos para que la custodia compartida proceda si se conviene son los siguientes:

- Que ambos progenitores habiten cerca del domicilio donde el menor o haya una proximidad geográfica de sus domicilios.
- Flexibilidad laboral para atender al menor.
- Llevar al menor al mismo Colegio.
- Un buen reparto, duración y adecuación del tiempo para que la convivencia sea saludable.
- Acordar sanción o penalidad en caso de no llegar a cumplir lo convenido.
- Estabilidad económica de parte de ambos padres.
- La edad y preferencia del menor.
- El ajuste al hogar, la escuela y la comunidad en la que se desarrollará el menor.

Podemos observar que el buen funcionamiento (por lo menos inicial) de éste sistema, depende del cumplimiento de criterios esenciales, de lo contrario los

menores estarían expuestos al descuido y falta de atención de parte de ambos o uno sólo de sus padres, además de que experimentarían un ambiente hostil de convivencia y desarrollo familiar.

Consecuentemente cada pareja sabrá si puede o no optar por tal régimen y en caso de serlo someter su convenio a la evaluación del Juez. Una vez que el Juez haya examinado todos los criterios relacionados con el bienestar del menor y lo considera desfavorable, debe adjudicar la guarda y custodia a la madre, salvo circunstancias excepcionales que justifiquen lo contrario.

4.2.1 Características del menor

Mucho hemos hablado del papel tan importante que ejercen los padres en la vida de sus hijos sobre todo después de divorciarse. La estadística nos dice que la mayoría de las rupturas familiares ocurren en los primeros seis años de matrimonio, de manera que se afecta primordialmente a niños pequeños.

El Código Civil para el Distrito Federal, brinda a los progenitores divorciados dos alternativas para evitar sentimientos de rabia, frustración, odio y abandono en los hijos: la primera consiste en la *custodia monoparental para uno de los cónyuges y el derecho de convivencia para el otro* y la segunda *en la guarda y custodia compartida*.

El hecho de inclinarse por la segunda, requiere desde nuestro personal punto de vista de la evaluación en la persona del menor para saber cuándo es o no conveniente sujetarse a tal alternativa, en base a las siguientes características: *

- * Preferencia del (la) menor
- * Edad y
- * Sexo

* Aunque señalamos tres características del menor por considerarlas relevantes para nuestra trabajo de investigación, diremos que éstas no son limitativas y bien pueden considerarse otras; tales como la salud física y mental del menor.

A continuación analizaremos brevemente cada una de éstas con el propósito de descubrir que particularidades debería tener el menor para que sus padres acuerden tal sistema.

Las *preferencias del menor*, deben ser escuchadas tanto por los padres como por el Juez de lo Familiar de acuerdo a la características individuales de cada niño.

El menor como sujeto de derechos y obligaciones debe ser escuchado por el juzgador y el asistente de menores con el objeto de observar si expresa cierta preferencia por alguno de sus padres y las causas que dieron origen a tal sentimiento, esto servirá para determinar si el menor esta dispuesto a seguir conviviendo con sus papas en las nuevas condiciones.⁶

Al respecto nuestro Máximo Tribunal se ha pronunciado de la siguiente forma:

MENORES DE EDAD. EI JUEZ ESTÁ OBLIGADO, AUN DE OFICIO, A ESCUCHARLOS EN CUALQUIER JUICIO DONDE TENGA QUE RESOLVERSE SOBRE LA PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, ASÍ COMO AL MINISTERIO PÚBLICO DE LA ADSCRIPCIÓN, TENIENDO EN CUENTA LA FACULTAD QUE TIENE DE VALERSE DE CUALQUIER MEDIO A FIN DE SALVAGUARDAR EL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).

De la interpretación conjunta y sistemática de los artículos 157 y 345 del código sustantivo civil para el Estado de Veracruz, 225 y 226 del ordenamiento procesal respectivo, debe entenderse que en todos aquellos juicios civiles donde tenga que resolverse sobre la patria potestad, guarda y custodia de menores de edad, sin importar la acción intentada, el juzgador, aun de oficio, debe escucharlos, a fin de evitar conductas de violencia

⁶ M. E. Grimaldi opina que el crecimiento del niño [...] puede estar seriamente comprometido por la inestabilidad derivada de la alternancia, que puede incluso culminar en una patología esquizofrénica si no tomamos en cuenta sus preferencias y nos ejemplifica con dos asuntos, el primero de ellos de fecha 11 de noviembre de 1999 en Toledo, España, en cuyo juicio la hija de catorce años de edad, mostró su preferencia por vivir con su padre, alegando como único motivo que éste confía más en ella y le da más libertad, mientras que la madre no la deja salir apenas con sus amigas. Otro caso resuelto por la sentencia de la A.P. de Castellón de fecha 20 de abril de 2000, mantuvo la guarda y custodia del padre sobre la hija de once años, que había manifestado no querer irse a vivir con su madre en Alemania y preferiría quedarse con su padre, “pues es aquí donde tiene sus amigos”. Ragel Sánchez, L.F. Op. cit. pág. 320.

familiar y normar correctamente su criterio sobre la situación que guardan con sus progenitores, así como al Ministerio Público de la adscripción ante el desacuerdo de los cónyuges sobre ese tenor, teniendo en consideración, además, la facultad de poder valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, cosa o documento conducente al conocimiento de la verdad, como podría ser, a guisa de ejemplo, la investigación de trabajadores sociales, análisis psicológicos en relación no sólo con el menor sino también con los padres, apoyándose para ellos en instituciones como el Desarrollo Integral para la Familia (DIF) o los servicios de salud pública, sin importar que el artículo 157 del código sustantivo civil, sólo refiera a los asuntos de divorcio, pues al caso opera el principio jurídico de que donde impera la misma razón debe aplicarse la misma disposición, todo con el fin de salvaguardar el interés superior de los menores.

En cuanto al *sexo del menor*, éste no debiera ser obstáculo alguno para convenir o no la guarda y custodia compartida, porque tanto los niños como las niñas necesitan del amor de sus padres para un mejor futuro.

Es bien sabido que no sólo la madre es la idónea para cuidar a sus hijos, ya que el hombre también está posibilitado para brindar amor y cuidados, independientemente del sexo del menor.

Nuestro Código Civil señala que solo en el caso de que los menores de doce años sean sujetos de violencia familiar, éstos deben quedar al cuidado de la madre, excepto, cuando sea ésta quien la origine, salvo esta observación, no se menciona disposición alguna que se vincule con el género del menor, de lo contrario se violentaría la garantía de no discriminación.

No obstante lo antes dicho, la práctica nos advierte que tras el divorcio un padre puede sentirse incómodo si su hija, por ejemplo, le pide que duerma con ella o que la bañe y esos momentos que posiblemente se desarrollaron con total ingenuidad, cambian drásticamente después de la separación.

Sin embargo, no debemos olvidar que los menores también atraviesan por una etapa de inquietud en la que incluso llegan a sentirse culpable por lo ocurrido y lo menos que esperan es no convivir con sus progenitores, toda vez que la figura paterna para las niñas y la materna para los niños es un elemento que le permitirá afianzar su autoestima presente y futura.

Por otra parte, la *edad* del menor marca “las fases en la evolución y desarrollo de la persona, con gran trascendencia en las primeras etapas de su vida, pues ésta cuando nace no goza plenamente de todas sus facultades físicas y psíquicas, sino que las mismas se desarrollan conforme se va desenvolviendo el período normal de su formación”.⁷

Cuando las ex-parejas optan por la guarda y custodia compartida, es importante determinar las etapas en las que el menor podría estar más apto para convivir por un tiempo más largo con sus padres.

Para ilustrar lo antes dicho expondremos un cuadro que describe las *etapas psicosociales del desarrollo del menor en relación a su edad*, así como los beneficios y perjuicios que plantea la guarda y custodia compartida en cada etapa que vive el menor.

⁷ López y López, A. M, V. L Montes Penadés. et. al. *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la Persona*, 4ª Edic. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, España, 2003. pág. 213.

Etapas del menor	Desarrollo Psicosocial del menor *	Menor en guarda y custodia compartida
1ª Etapa de 0 a 3 años de edad	<p>Al nacer es un ser humano indefenso, dependiente que necesita cuidados especiales. El pequeño establece un vínculo especial con su madre que lo alimenta, esto no quiere decir que el padre no pueda hacerse cargo transitoriamente del niño, pero es fundamental el hecho de que el recién nacido requiere acostumbrarse a una persona principal en su vida que es la madre. La voz materna o paterna pueden calmarlo más que las caricias. Algunos sonidos y olores son memorizados.</p> <p>El niño de 2 a 3 años deja de ser pasivo. Tiene miedo a la soledad. Imita lo que hacen los adultos. El padre desempeña un papel importante en la solución de los conflictos que surgen entre la madre y el hijo. Influyen mucho en él las personas encargadas de cuidarlos. Sí el padre gusta de cuidar al menor, el niño reacciona con su padre de manera diferente que con otras personas. Es con el padre con el que el menor ejercitará los juegos que le ayudarán a desarrollar ciertas actividades motoras y con la madre adquiera más seguridad.</p>	<p>Tal sistema supone separar al bebe de su madre, lo que produce consecuencias. Un bebe que no ve a su madre algunos días no percibe sus referencias maternas y ello le produce una angustia difícil de precisar. El recién nacido reacciona volviéndose más quieto de lo normal o rechazando el alimento.</p> <p>De un año de edad hasta los tres, tiene la imagen de su madre bien fija y la separación por periodos largos resulta difícil de soportar. Ya puede protestar y manifestar claramente su tristeza y saber un poco qué o quien le está haciendo falta.</p> <p>Puede cansarse y enfurecerse tanto con la ausencia de su madre que quisiera borrar de su mente su recuerdo, ya que el niño aún necesita desesperadamente de ella para sentirse seguro. Psiquiatras infantiles recomiendan que esta etapa es mejor que el menor viva en un único y mismo lugar.</p>
2ª Etapa de 3 a 7 años de edad	<p>Sus necesidades principales son las de expansión y afianzamiento. Necesita mucha seguridad en sí mismo. Confunden lo real con lo irreal, los temores que llegan a sentir suelen ser producto de su imaginación. Son muy pocos observadores y egocéntricos. Preguntan por todo y pretenden afirmarse como persona en su familia. Reconocen los buenos olores de la casa, los ruidos familiares y han identificado este universo como suyo. Ambos padres son el ejemplo a seguir. En esta etapa el menor ve al progenitor de</p>	<p>El pequeño en custodia compartida deberá demostrar flexibilidad: según este en casa de su madre o padre.</p> <p>Se pueden aprovechar los periodos de residencia del hijo para recuperar lo perdido y quitarle el sentimiento de culpabilidad que pudiera tener.</p> <p>El menor cuenta con sus dos progenitores para desarrollarse y construir su identidad sexual.</p>

* Parte del contenido de esta columna se basa en el Capítulo de Psicología de la siguiente bibliografía: Dos Santos Scalon, Carlos y Mondragón Castro, Héctor. *Vivir Bien. El libro de la salud*, Tomo III. Ed. Salud de México, México, 1994. págs. 69-96.

	su mismo sexo como un rival, a la vez que le gustaría tener al progenitor del sexo contrario para él solo. La escuela y sus compañeros forman parte importante en su vida.	
3ª Etapa de 7 a 12 años de edad	<p>Es la etapa de la razón pasan de la reflexión a la comprensión lógica de las cosas. Tienden a encerrarse en sí mismos. Son introvertidos y les hace falta confianza y seguridad en sí mismos. Se fomenta el deseo de hacerse adulto y reafirmarse como persona. Tiene bruscos cambios de humor. Las niñas en esta edad son más maduras que los niños.</p> <p>Aceptan fácilmente lo que otros hacen o dicen. Los niños en esta etapa son más susceptibles de adoptar fácilmente las posturas y opiniones de otros, sin cuestionarlos, además de que son más susceptibles a ser manipulados.</p>	<p>El niño en régimen de guarda y custodia compartida ha asimilado lo necesario para entender la noción del tiempo y espera con emoción el momento de habitar con el otro progenitor. Su grupo de amigos (no solo de la escuela) lo ubica en un entorno geográfico concreto, lo cual complica para él esta forma de vida.</p> <p>Dispone de un lenguaje suficiente para poner palabras a sus emociones.</p> <p>Al ser educado por ambos padres se evita el SAP, provocándole al pequeño un buen desarrollo efectivo y social en su presente y futuro.</p>
4ª Etapa de 12 a 18 años de edad	<p>El adolescente rechaza lo infantil y espera convertirse pronto en adulto. Abandona su estado de vida anterior. No acepta del todo los consejos, menos de sus papas y educadores. En su búsqueda de apoyo se forja un modelo y quien se identifique con él le atrae fuertemente. Es inestable y crítico, exige la justicia. Le gusta llamar la atención. Inicia el despertar de su sexualidad y del noviazgo. El papel de ambos padres es esencial en esta etapa, aunque el adolescente no lo considere así.</p>	<p>Se sienten obligados a cumplir las disposiciones que le imponen sus padres, se ve en la necesidad de transportar su pequeño mundo de un lugar a otro.</p> <p>Esta situación será intolerable por el hecho de que en esta etapa los menores conceden un valor enorme a las amistades y al amor. Lo anterior produce en el adolescente un rechazo de las medidas que perjudiquen esas relaciones, imprescindibles en esta etapa.</p>

Como observamos en el contenido del cuadro anterior, no se excluye a ninguno de los padres, ya que desde el inicio de nuestras vidas hasta más allá de la adolescencia, los padres son esenciales en la vida de todo ser humano.

Nuestra investigación arroja que en la primera etapa de vida del menor, comprendida entre los 0 y 3 años de edad, los progenitores deben optar por un sistema de custodia compartida en el que éstos habiten en un solo domicilio, de lo contrario se perjudica al menor.

De los 3 a 12 años, el consejo y compañía de sus padres son vitales, siendo al final de esta etapa cuando más dificultades pueden presentarse para que esta alternativa funcione por dar inicio la adolescencia.

Al respecto, Felipe Ragel Sánchez expresa:

“ (...) , esta modalidad es un régimen que *sólo puede ser eficaz durante una primera etapa en la vida de un niño*, hasta el comienzo de la enseñanza primaria aproximadamente, en la que el protagonismo de los padres es casi total.

Pasada la primera parte de la infancia, a partir del momento en que el niño comienza a tener amigos, en virtud de relaciones nacidas en el colegio o en el entorno residencial en que él habita, empieza a ser para aquél un trastorno importante el tener que suspender ese modo de vida para irse a vivir una larga temporada con el otro progenitor”⁸

Antes de las reformas de febrero del 2007, el artículo 283 del Código Civil local establecía que el cónyuge que no tuviese la custodia podría demandar en lo posible custodia para ambos padres, a partir de los 7 años de edad del menor. Tal disposición fue derogada.

Sin embargo, creemos necesaria la regulación de un artículo que proponga las modalidades en función de la edad del menor a partir de los 0 años de vida, ya que se ha demostrado que no es a partir de los 7 años cuando el menor comienza a necesitar a sus padres.

4.2.2 El interés superior del menor

El “interés superior del menor” es un principio que aplica en todas las cuestiones legales donde intervenga el menor de edad.

⁸Ragel Sánchez, L. F. Op. cit. pág. 319.

Tal máxima, consiste en emplear la norma que más proteja al infante, aún en caso de coalición de intereses, será primero el que más beneficie a éste, toda vez que los derechos de los niños y niñas son prioritarios por encima, incluso que el de los mismos padres.

La aplicación de tal principio por parte de las autoridades judiciales ha sido severamente criticada, sobre todo porque aún pesan ciertos roles costumbristas y prácticas culturales que benefician a uno de los padres y que no siempre suele ser lo mejor para los hijos, subordinando los intereses del menor a los derechos de los adultos.

El recién creado artículo 416 Ter, párrafo primero del Código Civil para el Distrito Federal señala lo que debe entenderse como interés superior del menor para los efectos de la presente ley:

Artículo 416 Ter.- ... la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona.

Este principio debe garantizar entre otros, los siguientes aspectos:

... 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.

El interés superior del menor adquiere mucho más relevancia en los casos de guarda y custodia compartida, ya que: “Muchas decisiones se encuentran influidas y

sostenidas primeramente para satisfacer las necesidades y deseos de los adultos, que compiten en sus demandas por los menores y entre ellos a costa de los menores.”⁹

Por ello, cuando los divorciantes convengan esta alternativa deben resguardar el Interés Superior del Menor, garantizando primero su bienestar físico, psicoemocional, sexual y social del menor por encima del derecho que los padres tienen a convivir con ellos. Lo mismo corresponde al Juez de lo Familiar.

A guisa de ejemplo, diremos que los jueces, abogados, trabajadores sociales y demás funcionarios de la Rama Judicial de Puerto Rico en *cumplimiento del interés superior del menor*, verifican que el convenio de coparentalidad no sea producto de la irreflexión y antes de disponer sobre la custodia compartida de los menores de edad en procedimientos de divorcio, investigan:

- a. Si los padres poseen la capacidad , disponibilidad y firme propósito de asumir la responsabilidad de tal responsabilidad compartida, lo que implica: superar desavenencias.
- b. Sostener adecuada comunicación para adoptar las decisiones que redunden en beneficio y mejor interés del menor.
2. Si entre los padres existe un grado manifiesto de hostilidad y tensiones, no pasajeras sino sustanciales.
3. Si existe una probabilidad real de conflictos futuros que hagan inoperable el acuerdo.
4. Cuál es el parecer de los menores, cuando la edad así lo permita.
5. Cuáles son los verdaderos motivos y objetivos por los cuales la pareja ha solicitado la custodia compartida.
6. Si la profesión, ocupación u oficio de los padres impedirá que efectivamente funcione el acuerdo.
7. Si el ingreso económico de ambos permite cualquier costo adicional que engendre la custodia compartida.
8. Si la ubicación y distancia entre ambos hogares afecta perjudicialmente la educación de los menores.

⁹Pérez Contreras, M. de M. cita a Joseph, Anna. Op. cit pág. 520.

9. La ponderación de todos los factores enumerados y aquellos otros pertinentes, proveerá la solución. Atribuir a cada cual su justo valor, según las circunstancias peculiares del caso, será la clave para su disposición final. Salvadas estas cuestiones y evaluadas satisfactoria y positivamente las cualificaciones de los padres, si efectivamente los niños se beneficiarán de la custodia compartida vis- a vis la custodia de uno solo, el tribunal deberá así decretarlo. Si determina que las necesidades psicológicas o emocionales del niño y su desarrollo se verán afectados negativamente, rechazará la solicitud y adjudicará la patria potestad y custodia conforme a la doctrina prevaleciente del mejor interés y bienestar ”. ¹⁰

Y aunque “el mejor padre son ambos padres”, no podrá ser lo mismo en todos los casos al momento de salvaguardar las garantías individuales del menor y buscar su interés primordial.

4.2.3 Estabilidad del menor

La palabra estabilidad es sinónimo de equilibrio, firmeza y seguridad.

Aplicada a nuestro tema, es la que nos permitirá que el menor pueda o no adaptarse a su nueva forma de vida, después de haberse divorciado sus padres.

Tal estabilidad la podemos analizar a través de dos vertientes: la *estabilidad material* y la *estabilidad emocional del menor*.

La *estabilidad material del menor*, lo conforman entre otras cosas, el domicilio, el colegio, sus juguetes, su ropa, su cama y el alimento. Sus padres son los encargados de mantener tal equilibrio.

Detractores de esta figura argumentan que los padres ven mermada su estabilidad económica por los gastos que genera tal convivencia, lo cual no será así,

¹⁰ <http://www.tribuanlpr.org/orientación/custodia.html>

sí desde un principio se está consciente de los gastos que se van a generar y de la buena administración que debe hacerse.

Por otro lado, la *estabilidad emocional del menor* se consigue desde sus primeros días de vida y es la principal garantía de felicidad durante la infancia.

Ésta se traduce en la sensación de seguridad que le proporciona el contacto sólido y sano con sus padres que hacen que el niño se sienta querido y pueda desarrollar mejor su autoestima.

Tal sentimiento se logra preservando en lo posible la vida familiar del niño. Y aunque la guarda y custodia compartida tenga ese propósito, ésta podría no funcionar si la *estabilidad material* del menor estuviese afectada.

Pudiera ser que en un principio la adaptación de los hijos no sea algo que se consiga de la noche a la mañana, pero la constancia y labor de los padres harán que el pequeño lo supere y recupere la confianza.

Otro punto que pudiera afectar la estabilidad emocional del menor, es provocado por los ex- cónyuges, toda vez que al querer ser los primeros en el corazón de sus hijos, uno es más flexible que el otro a la hora de educar y lo que no permitían ambos ahora uno lo consiente.

El niño necesita un referente modélico sin contradicciones y generalmente cuando hay una separación, “los criterios educativos suelen ser dispares y es aquí cuando la comunicación en los padres forma un papel primordial.

Lo importante es que los padres no dejen de cumplir con sus obligaciones derivadas de la patria potestad y continuar conviviendo con sus hijos. Además, la ley no prohíbe, salvo casos de violencia, que ambos padres aún después de divorciados

auxilien a sus hijos en su educación e integridad, de modo que éste siempre sienta su presencia.

De los padres, depende en mucho la buena adaptación de sus hijos.

4.2.4 El criterio económico de los padres

El criterio económico de los divorciantes cuando deciden adoptar la guarda y custodia compartida de sus hijos es un factor importante a tomarse en cuenta. Éste va aparejado con la *estabilidad material y emocional* de la que ya hablamos.

El hecho de asumir los gastos de manutención y alimentación de los menores durante el tiempo en que están a cargo de éstos, se complica más sí uno de ellos no trabaja. Lo ideal es que ambos cuenten con un salario propio para que puedan evitarse pleitos futuros.

Los gastos generados aumentan, sobre todo si partimos del hecho de que ya no comparten gastos para la manutención de la misma casa y de la persona. Además, los hijos van creciendo y junto con ellos también los gastos.

Pero, ¿qué sucede con la pensión alimenticia?. Sí partimos del hecho de que los cónyuges convienen tal sistema, lo mejor es que los ingresos de los cónyuges fueran distribuidos proporcionalmente, de la misma forma en que se repartieron el tiempo de presencia de sus hijos con cada uno de ellos. La ley local no previene nada al respecto.

Una opción sería en caso de que ambos padres tuvieran ingresos y gastos dispares que ambos acordaran que el que tenga mejores ingresos asumirá los gastos más elevados del hijo.

Al respecto, proponemos que el convenio regulador de la guarda y custodia compartida en su parte económica, consideren los siguientes criterios económicos básicos:

- La forma en que se realizarán los pagos directos de cada uno de los padres en relación a los hijos (colegiatura, gastos médicos, diversiones).
- Si uno de los progenitores está más tiempo a cargo del niño, podría regularse una remuneración a favor de éste.
- Establecer compensaciones económicas a favor del progenitor que ceda el uso de la vivienda u otros bienes comunes en caso de optar por esa solución.
- Si los ingresos de los padres son desiguales y por tanto hay un desequilibrio en las aportaciones de cada padre al mantenimiento del niño, deben fijarse en la medida de sus posibilidades en pagos directos.
- Acordar lo relativo a la pensión alimenticia.

Finalmente, diremos que el régimen de coparentalidad funcionará siempre y cuando los cónyuges no esperen beneficio económico alguno a costa del otro, motivo por el cual debe quedar fuera cualquier otra pretensión económica que no sea en beneficio del menor.

4.2.5 Ubicación del domicilio de los padres

La ubicación del domicilio del menor después de efectuado el divorcio de sus padres se convierte en el vínculo que lo une con éstos. En éste se hace posible no sólo la tenencia física de los hijos, sino el cumplimiento de los demás deberes especialmente los relativos a su cuidado y protección.

Cuando ambos padres consideran la alternativa de la guarda y custodia compartida como una opción, es necesario que ambos analicen los inconvenientes y

consecuencias que implica tal elección, en particular respecto del lugar donde han de vivir.

Son básicamente dos las formas para establecer el domicilio del menor, partiendo de que lo más conveniente en este régimen es que los padres habiten en colonias cercanas. Estas formas son:

- ❖ Que el menor viva en un solo domicilio y sean sus padres los que empaquen sus cosas cuando concluya el tiempo de convivencia pactado.
- ❖ Que el menor sea el que viva en el domicilio de uno de sus padres durante el tiempo convenido y posteriormente cambiarse al domicilio del otro progenitor.

Algunos sugieren que es mejor que todos se cambien de casa, así los progenitores se encargarán de elegir con el hijo todo lo que tenga que ver con su estilo.

En los Estados Unidos de América la fórmula preferida en la mayor parte de las custodias compartidas es fijando una sólo custodia física, o lo que es lo mismo, uno de los dos hogares parentales como residencia primaria del menor.¹¹

Se propone que ambos padres vivan relativamente cerca el uno del otro para que ahorren dinero y tiempo en el transporte, además para que sus hijos mantengan las mismas referencias en su entorno (amigos, escuela, parques, centros comerciales...).

Sin embargo, como mencionamos, no es una opción que deba aplicarse sin antes aclarar los sentimientos que cada cónyuge tiene para con su ex, evaluar el bolsillo y ampliar su criterio.

Ya que pudiera darse el caso de que alguno viera a su ex o hijos de la mano de la nueva pareja, o que sus hijos platiquen de ésta, además de que el hecho de

¹¹ Ramírez González, Marta. *Cuando los padres se separan. Alternativas de custodia para los hijos (Guía Práctica)*, Ed. Biblioteca Nueva. España, 2003. pág. 65.

iniciar una nueva historia de amor puede implicar el fin de lo convenido y el desplazamiento a unos cuantos kilómetros de alguno de los padres.

4.2.6 Modalidades de la custodia compartida

Llamamos modalidades de la custodia compartida a las variantes de tiempo convenido, en las que el menor disfrutará de la presencia, cuidados y convivencia de sus padres.

Éstas varían de acuerdo a los factores que influyen para su determinación, tales como los recursos económicos, jornada laboral, distancia geográfica de los padres, edad y horario escolar de los hijos.

El 3 y 4 de Septiembre del 2007, se llevó a cabo en la Ciudad de México el Foro titulado: *“Perspectiva del Derecho Familiar en La Población del Siglo XXI” Custodia Compartida*, organizado por la Comisión de Población y Desarrollo de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. En tal Foro, la Asociación Mexicana de Padres de Familia Separados A, C., señaló que en el Distrito Federal se podría adoptar como modelo por ser flexible a las circunstancias de cada caso el propuesto por la Institución estadounidense Children’s Rights (Consejo de los Derechos de los Niños). Tal modelo orientativo establece la frecuencia de contacto con los padres en función de la edad, siendo el que continúa:

Edad	Frecuencia del contacto con ambos padres
Menos de 1 Año	Una parte de cada día (mañana o tarde)
De 1 a 2 Años	Días alternos
De 2 a 5 Años	No más de dos días seguidos sin ver a cada uno de los padres
De 5 a 9 Años	Alternancia semanal, con medio día (mañana o tarde) de convivencia con el progenitor no conviviente durante esa semana.
Más de 9 Años	Alternancia semanal.

Aunque se ha llegado a considerar que la mejor fórmula de guarda y custodia compartida es la que adopten los ex- cónyuges, psicológicamente hablando, las modalidades de la custodia compartida deben aplicarse en función de la edad de los hijos y no dejarla a como convengan los padres, pues pudiera darse el caso de que lejos de obtener un beneficio se les perjudique.

En países como España se han llevado a cabo diversas exposiciones, foros, conferencias y reuniones donde proponen modalidades prácticas de custodia compartida. Uno de ellos es el denominado “Informe Reencuentro”. En tal estudio proponen algunas modalidades de custodia compartida que han sido viables en otros países en las que se han aplicado. Siendo textualmente las que continúan: ¹²

<i>Posibles modalidades de guarda y custodia compartida</i>
A. La fórmula que los padres establezcan de mutuo acuerdo en función de su situación personal y la del niño y que, salvo casos excepcionales, el juez considerará como más idónea. (Por ejemplo, y a reserva del pacto económico que los padres establezcan entre ellos, el niño puede pernoctar con el progenitor que reciba el usufructo de la vivienda familiar y pasar las tardes, desde la salida del colegio hasta después de cenar, con el otro. Etc.)
B. Modalidades de alternancia con un ritmo inferior al semanal, o incluso diario, en caso de niños de muy corta edad. O de tres días y medio con cada progenitor, según la edad del niño.
C. Alternancia semanal. En principio, la fórmula más sencilla para niños mayores de cinco años (edad aproximativa). Es la fórmula considerada más idónea por la nueva legislación francesa.
D. Alternancia quincenal. El niño convive días seguidos con cada uno de sus padres y pasa con el otro los fines de semana completos y una o dos tardes entre semana.
E. Alternancia mensual. El niño convive un mes con cada uno de sus padres y pasa con el otro los fines de semana completos y uno o dos tardes entre semana.
F. Los niños pasan con uno de los padres los días lectivos y con el otro los no lectivos y períodos vacacionales. El reparto resultante sería, aproximadamente, del 50 por ciento para cada progenitor, pero habría que intercalar períodos de convivencia para el “progenitor de días lectivos” durante las vacaciones estivales (por ejemplo una semana al mes). Aunque esta fórmula se aleja del espíritu de la custodia compartida, es una posible solución para los casos en que los domicilios de los padres estén muy distantes entre sí.
G. Alternancia de los padres. Los niños permanecen siempre en el domicilio familiar y son los padres quienes rotan en la utilización de ese domicilio. Sin duda, esta modalidad requiere un gran espíritu de colaboración por parte de ambos padres, pero puede tener innegables ventajas económicas, sobre todo cuando la prole es numerosa y la residencia alterna con ambos padres requiere el mantenimiento de dos domicilios suficientemente grandes.

¹² <http://es.geocities.com/apinpach/coparentalidad.htm>.

En el mismo orden de ideas, suponemos la necesidad de que el menor viva con uno de los cónyuges y que el otro participe en la vida del niño mientras es pequeño, después de los 3 años adoptar la alternancia de una semana como prueba, si funciona procede aplicar el propuesto por la Asociación Mexicana de Padres Separados A, C.

El hecho de repartir equitativamente la duración del período de convivencia de los hijos con sus progenitores no reforzará los vínculos afectivos si no hay calidad en el tiempo que se comparte con los hijos, además insistimos en la falta de difusión y conocimiento de esta figura jurídica.

4.3 Custodia compartida impuesta o derivada de un convenio

En el mencionado Foro, algunos Jueces de lo Familiar plantearon a los diputados locales la necesidad de modificar la regulación actual de la guarda y custodia compartida para que ésta proceda si el Juez de lo Familiar así lo considera, medie o no convenio.

Nuestra opinión al respecto es que los legisladores deben trabajar para ofrecer a las familias desintegradas alternativas respecto a la custodia de sus hijos y no imponer ningún modo en particular.

Conviene que tal sistema sea voluntario porque de lo contrario podría solicitarse por padres violentos para disuadir a sus cónyuges en la decisión de divorciarse, o bien como herramienta eficaz para continuar ejerciendo el control y maltrato sobre su esposa y hijos, independientemente de que el Juez de lo Familiar no la homologue.

En opinión de Javier Aznar quien es un Psicoterapeuta Familiar, “el mayor daño que se produce al menor no se debe al cambio de domicilio o al sexo de quien le tiene su guarda y custodia, sino a las desavenencias entre los padres”¹³, y una guarda y custodia impuesta sería lo que trajera consigo.

Lo ideal entonces es potenciar el mutuo acuerdo para fomentar el ejercicio de la responsabilidad de los progenitores con sus hijos, de allí que buena parte de las legislaciones europeas contemplen la custodia conjunta únicamente en caso de acuerdo entre los padres (Alemania, Noruega, Dinamarca.) .

En Estados Unidos, específicamente en el Estado de Kansas existe la posibilidad de presentar varios planes alternativos y someterlos a la determinación del Juez para que éste precise cuál es el más apropiado. En Suecia se exige que el acuerdo sea consignado por escrito, firmado por ambos padres y avalado por el Comité de Bienestar Social, otorgándosele a dicho documento la validez de una decisión judicial. Lo que significa entre otras cosas que es ejecutorio por sí sólo.

En el convenio, tal y como lo hemos visto, es necesario que se tome en cuenta las necesidades de los hijos y de cada uno de los progenitores, tales como:

- ✓ El tiempo de convivencia con uno u otro ex-cónyuge.
- ✓ La distancia de las viviendas.
- ✓ La colaboración económica.
- ✓ La educación de los hijos.
- ✓ Las nuevas posibilidades laborales de algunos de los divorciantes.
- ✓ Las nuevas relaciones de pareja o matrimoniales, etcétera.

El hecho de que estemos a favor de que la guarda y custodia compartida se aplique únicamente en los casos que así lo convengan las partes, no garantiza su

¹³ Investigador: Peña del Toro, Adriana. Canal 11. *Programa Diálogos en Confianza*. Tema: Custodia Compartida. Fecha de realización: 26 de mayo de 2005.

cumplimiento al 100% , ya que como habíamos mencionado, se requiere mayor flexibilidad y comprensión entre los padres, además, implica el hecho de renunciar inicialmente a mantener una nueva familia con terceras personas, ya que esto podría ser materia de conflicto en un principio para el otro progenitor y seguramente alteraría el acuerdo adoptado.

Y aunque en el ámbito jurídico, se tienen los medios necesarios para solicitar que se cumplan con la determinaciones judiciales ya sea en vía familiar o penal, esto no es la solución, toda vez que la lucha que se dan entre los padres se refleja irremediablemente en los hijos.

Podemos concluir que los acuerdos de custodia compartida podrán ser eficaces cuando se lleve a cabo un estudio multidisciplinario bajo la vigilancia de la autoridad, que verse sobre las condiciones en que se encuentra la convivencia de los progenitores con sus hijos.

4.4 La custodia compartida en la práctica judicial

La custodia compartida hoy en día es un rompecabezas para los impartidores de justicia por ser de novedosa aplicación y aún desconocida por la mayoría de éstos.

Y aunque el concepto en sí no es nuevo porque la custodia compartida es tarea de los padres desde que los hijos nacen, el problema inicia cuando la pareja decide separarse en medio de conflictos que no favorecen en nada la toma de acuerdos más apropiados para cumplir con la debida custodia de los hijos.

En este apartado no pretendemos abordar la materia procesal, más bien analizaremos algunas de las dificultades que tal sistema presenta en la práctica judicial.

Así, diremos que la guarda y custodia compartida enfrenta:

- ❖ El desconocimiento de los Jueces, divorciantes y litigantes que la ven como buena opción , pero no saben de qué trata ésta.
- ❖ En nuestro Código Civil para el Distrito Federal no encontramos elementos o definición legal de ésta.
- ❖ En la práctica jurídica, los Jueces de lo Familiar (en su mayoría) continúan con una postura ideológica y confían en un 80% de los casos la custodia de los hijos a sus madres.
- ❖ Cuando los ex- cónyuges se divorcian, consideran a sus hijos como un bien más a repartir y no comparten la responsabilidad de guiar y educar a sus hijos después de su separación.
- ❖ Los tribunales de lo familiar no dan seguimiento a los casos de custodia compartida, lo que no permite evaluar su eficacia, ni los beneficios para los menores en las relaciones familiares.
- ❖ La mediación es sólo un medio alternativo de solución de conflictos y no una etapa de solución dentro del procedimiento familiar.
- ❖ La practica judicial demuestra que la petición de custodia de los hijos (as) compartida entre ambos cónyuges, no pasa de ser una rara excepción en la dinámica de los procesos judiciales. *

De igual forma es criticable el contenido del artículo 283 Bis del Código Civil para el Distrito Federal cuando señala que si los padres acordaron guarda y custodia

* Hacemos tal afirmación debido a que en el Informe Anual del año 2006 del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y en el Compendio Estadístico de los años 2000 a 2006 que pueden consultarse en la página web del TSJDF, la guarda y custodia compartida no figura en los resultados, ni en los tipos de juicios recibidos así como en las controversias que terminan por convenio.

compartida, será el Juez en la sentencia de divorcio quien deba garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza.

Al respecto la Licenciada Blanca Estela del Rosario Zamudio Valdés, Juez Vigésimo Tercero Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal argumentó en la ponencia titulada: *Los Beneficios de la Custodia compartida* que “no se pueden garantizar tales obligaciones, de lo contrario sería como asegurar que el Juez garantiza a los padres de familia que a sus hijos nunca les faltará ni tampoco les va a pasar nada”.

También el nuevo artículo 414 Bis, que señala en su antepenúltimo párrafo:

...

Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no realice 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.

Entonces si uno de los progenitores no cumple con las obligaciones de crianza que obliga la guarda y custodia compartida, ¿no podrá valorarse por el Juez de lo Familiar en ningún caso?.

En España ante una situación como la anterior, el progenitor cumplidor tendrá que proteger al menor, así que acude ante el Juez de Familia para exponerle las quejas, éste considera la gravedad de la situación y decreta que la custodia compartida se detenga y éste sea quien decida las condiciones futuras del menor, restableciendo la custodia principal al progenitor que ofrece más garantías, así como el régimen de visitas del progenitor “negligente”.¹⁴

¹⁴ Poussin, Gérard y Lamy Anne. *Custodia Compartida*. Trad. Patricia Cañizares. Ed. Espasa Calpe, España, 2005. pág. 123.

Asimismo, vemos necesario que en la práctica judicial los cónyuges que pretendan divorciarse se realicen previamente estudios psicológicos y físicos cuando opten por la guarda y custodia compartida de sus hijos para saber si:

- Separaron su conflicto de la vida futura de su hijo y tienen la buena disposición para llegar a un acuerdo sin oponerse a éste.
- Si el motivo por el cual eligen guarda y custodia compartida es el persistir en el vínculo que los unió a forma de presión sobre su ex- pareja.
- O bien, sí ambos eligen esta opción porque su relación es tan conflictiva que cada uno de ellos se niega a ceder. “Así que nos repartimos todo por mitad, incluyendo los hijos”.

Por otra parte, la mediación familiar es un instrumento “obligatorio” en la mayoría de los países donde se regula ésta alternativa. Tan solo en Francia, desde finales de 2003 todas las parejas con hijos y en trámites de divorcio tienen que pasar por este requisito. No se trata de una moda, sino de una forma de reconocer que algunas parejas necesitan a alguien que les guíe.¹⁵

La mediación es el proceso por el cual los “mediados” (personas involucradas en el conflicto), buscan y construyen ellas mismas una solución satisfactoria con el auxilio de un tercero llamado “mediador”, quien se dedica a establecer puentes de comunicación entre los mediados, de tal forma que pueden construir por ellos mismos un acuerdo equitativo y satisfactorio.

Si se llegará a instituir a la mediación familiar como obligatoria antes de llegar a la disolución del vínculo matrimonial podría obtenerse muchos beneficios.

La Psicóloga Marta Ramírez González opina al respecto que:

“...la mediación reduce los obstáculos de comunicación entre los divorciantes al escucharse y analizar todas las posibles alternativas, menor costo

¹⁵ Ibidem, pág. 119.

económico y temporal en la tramitación judicial de la separación. Se presume además que la mediación contribuiría a descongestionar los juzgados con competencias en Derecho de Familia.¹⁶

Sin embargo, es necesario un soporte jurídico adecuado que brinde certeza jurídica a las acciones del Centro de Justicia Alternativa y que facilite la ejecución de los convenios que pacten las partes.

Proponemos también que en la redacción del artículo 941, tercer párrafo del Código de Procedimientos Civiles se adicione:

Artículo 941.

...

En los mismos asuntos..., el Juez *deberá exhortar a los interesados a que acudan al Centro de Justicia Alternativa del Distrito Federal*, con la finalidad de lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.

Urge la regulación de un nuevo artículo en el Código de Procedimientos Civiles que disponga la posibilidad de que los ex cónyuges puedan plantearse un nuevo acuerdo de coparentalidad, adecuado al ritmo de vida de ellos y sus hijos.

La redacción de un artículo que disponga:

“Los ascendientes que hayan convenido guarda y custodia compartida deberán informar al Juez de lo Familiar dentro de los 3 meses siguientes a la fecha en que acordaron ésta, sí ambos custodios han cumplido con lo pactado y desean continuar con este sistema, de lo contrario el Juez Familiar, intervendrá de oficio y resolverá de acuerdo al artículo 941 Bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal”

¹⁶ Ramírez González, M. Op.cit pág. 37.

Y la reglamentación en el Código Civil del Distrito Federal de un nuevo artículo que señale:

Artículo 283 TER. En caso de que los cónyuges convengan guarda y custodia compartida de sus menores, el Juez de lo Familiar para su aprobación deberá tomar en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas , las siguientes:

- I. La comunicación, disposición laboral, profesional y capacidad económica de los cónyuges para ejercer la guarda y custodia compartida de sus hijos menores.
- II. La ubicación y distancia geográfica de los domicilios de los cónyuges.
- III. La no existencia de antecedentes de violencia intrafamiliar entre los cónyuges o en relación con los hijos.
- IV. La edad, grado escolar salud psicológica y física de los menores y las que el Juez de lo Familiar considere pertinentes.
- V. La forma de ministrar los alimentos, así como que las condiciones de educación y cuidados que el interés superior del menor requiera.

Además, es necesario la integración de un equipo multidisciplinario con especialistas en la dinámica familiar que cumpla con la función de coordinar y orientar en crisis matrimoniales y que aporten al Juzgador los elementos necesarios que posibiliten un panorama más amplio e integral, ya que se requiere de una capacitación de todos aquellos terceros y profesionales que trabajen en la problemática familiar.

Recalamos que para un menor de edad es de suma importancia que sus progenitores disipen sus diferencias de pareja para que en forma conjunta lleven de la mano a su hijo para que éste enfrente la vida siendo una persona de bien.

Por último, insistimos en que tal y como sucedió en temas como el aborto o la Ley de sociedades de Convivencia, es importante realizar Campañas de Difusión, Foros de Discusión, Debates, Congresos Familiares e Investigaciones cuyo objeto sea conscientizar a los padres que aún después de separados sus hijos necesitan de ambos para tener un mejor desarrollo en todos los aspectos de su vida.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La patria potestad es una institución de Derecho familiar derivada de la filiación que suele confundirse con la custodia por la estrecha relación que existe entre ambas, sin embargo, ésta última es el complemento y prerrogativa que hace posible el cumplimiento de las obligaciones paterno- filiales de la patria potestad.

SEGUNDA. La custodia y el acogimiento son figuras jurídicas similares en cuanto a que comprenden lo referente al cuidado y protección de los menores, pero diferentes principalmente en su origen, toda vez que mientras la custodia lo encuentra en la filiación, parentesco, resolución judicial o determinación contractual, el acogimiento lo tiene en el desamparo de un menor por quienes están obligados a cuidarlo.

TERCERA. La custodia es el primer deber de los padres en relación a sus hijos que comprende el cuidado directo y vigilancia del menor de edad no emancipado a cargo de las personas a quienes les corresponde.

CUARTA. La *guarda* y *custodia* son términos diferentes, la primera comprende el hecho de tener a su cargo materialmente al que no puede valerse por sí mismo debido a su edad, mientras que la custodia comprende lo referente a los cuidados, atención, protección y vigilancia de la persona del menor.

QUINTA. El divorcio es uno de los eventos más estresantes no sólo en la vida de los cónyuges, sino también en la de sus hijos y debido a que en México la mayoría de las rupturas ocurren después de 2 años de celebrado el matrimonio, surge la

necesidad de que el menor tenga relaciones afectivas con ambos progenitores lo cual le garantizará un mejor desarrollo.

SEXTA. La *guarda y custodia compartida* es una alternativa que de convenirse supone el reconocer igualdad de derechos y obligaciones entre los divorciantes a efecto de involucrarse alternadamente en el desarrollo y evolución física y psicológica del menor no emancipado en un ambiente de sana convivencia.

SEPTIMA. Derivado de las reformas del 2 de febrero de 2007 al Código Civil para el Distrito Federal, la guarda y custodia compartida aplica si es convenida por los divorciantes y no por decisión del Juez de lo Familiar tal y como sucedía antes. Si lo convienen ambas partes, se logra fomentar la responsabilidad conjunta de éstos al mismo tiempo que dejan a un lado sus desavenencias y egoísmos en interés del menor.

OCTAVA. La custodia compartida conlleva más beneficios que perjuicios para el menor. Tales ventajas dependen en gran medida de la buena disposición, voluntad y entendimiento de los progenitores y aunque en el caso de divorcio necesario es difícil que se den estas condiciones, no podemos negar la posibilidad de que hayan divorciantes conscientes de que el único vínculo que se disuelve es el matrimonial.

NOVENA. Debido a que en nuestra entidad federativa, la guarda y custodia compartida es una figura novedosa, es complicado encontrar informes o estadísticas que permitan evaluar sus alcances en la práctica judicial, por tal motivo es necesario dar seguimiento psicológico a los sujetos en este tipo de asuntos, así como una mayor difusión del tema para su mejor comprensión.

DÉCIMA. Es necesario que el Juez de lo Familiar, antes de homologar el convenio de coparentalidad, realice un estudio multidisciplinario con la finalidad de verificar los criterios subjetivos y no subjetivos expuestos en esta investigación para indagar si los padres son o no buenos candidatos para adoptar este sistema.

DÉCIMA PRIMERA. La mediación familiar obligatoria antes y durante el proceso de divorcio es un instrumento jurídico practicado en la mayoría de los países que pugnan por este régimen. En el Distrito Federal es sólo un medio alternativo excepcional poco usado, que bien podría constituir un medio eficaz para la solución de conflictos de esta naturaleza.

DÉCIMA SEGUNDA. El menor de edad necesita en todas las etapas de su desarrollo psicosocial del cuidado y protección de sus padres más aún en situaciones de divorcio, sin embargo, cuando se aplica la guarda y custodia compartida la frecuencia de contacto con sus padres debe aplicarse en función de la edad de estos. Es preferible que el menor de 0 a 3 años viva con uno de los cónyuges y el otro participe lo mayor posible en la vida del menor, posteriormente optar por una semana alternada como periodo de prueba.

DÉCIMA TERCERA. La estabilidad emocional del menor se logra con el contacto sólido, contínuo y sano con ambos progenitores, por ello es necesario que éstos informen al Juez de lo Familiar dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que acordaron la guarda y custodia compartida, su deseo de continuar o no con tal sistema en beneficio de su (s) menor (es) hijo (s).

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez Rosalía. *Derecho de Familia*. Ed. Oxford. México, 2005.
- Batiza, Rodolfo. *Las fuentes del Código Civil de 1928. Introducción. Notas y textos de sus fuentes originales no revelados*. Ed. Porrúa. México, 1979.
- Bonnecase, Julien. *Elementos de Derecho Civil*. Tomo I. Nociones preliminares, Personas, Familia, Bienes. Trad. José M. Cájica. Jr. Ed. Cárdenas. México, 1975.
- Brena Sesma, Ingrid. *Derechos del hombre y de la mujer divorciados*. Colección. Nuestros Derechos. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2000.
- Chávez Asencio, Manuel F. *Convenios Conyugales y Familiares*. 4ª Edic. Ed. Porrúa. México, 1999.
- Chávez Asencio, Manuel F. *La familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*. 4ª Edic. Ed. Porrúa. México, 2001.
- Chávez Asencio, Manuel F. y Julio A. Hernández Barros. *La violencia Intrafamiliar en la Legislación Mexicana*. Ed. Porrúa. México, 1999.
- D' Antonio, Daniel Hugo. *Patria Potestad*. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1979.
- De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez Roberto. *Derecho familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal*. 2ª Edic. Ed. Porrúa. México, 2005.
- Dos Santos Scalón, Carlos y Héctor Mondragón Castro. *Vivir Bien. El libro de la Salud*. Tomo II. Ed. Salud de México. México, 1994.
- Ennecerus, Ludwig. et. al. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia. Relaciones Paterno Filiales y Parentales. Tutelas*. Tomo IV. Volumen II. 2ª Edic. Ed. Bosch. Barcelona, España, 1976- 1999.

- Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil; Primer Curso. Parte General. Personas. Familia*. 21 Edic. Ed. Porrúa. México, 2002.
- Güitrón Fuentevilla, Julián. *Derecho Familiar*. 2ª Edic. Ed. UNACH. México, 1988.
- Güitrón Fuentevilla, Julián y Roig Canal, Susana. *Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México Distrito Federal del año 2000 (Correlacionado, Comparado y Comentado) Arts. 1º al 746 Bis*. Ed. Porrúa. México, 2003.
- Gutiérrez Fernández, Benito. *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*. Tomo I. Ed. Lex Nova. Madrid, España, 1988.
- Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho Civil para la Familia*. Ed. Porrúa. México, 2004.
- Lledó Yague, Francisco. et. al. *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Ed. Dykinson. Madrid, 2002.
- López Betancourt, Eduardo. *Historia del Derecho Mexicano*. Ed. IURE editores, México, 2003.
- López y López, A.M , V.L. Montes Penadés. et.al. *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la Persona*. 4ª Edic. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, España, 2003.
- Lozano Ramírez, Raúl. *Derecho Civil. Derecho Familiar*. Tomo I. Ed. Pac. México, 2005.
- Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo III. Ed. Porrúa. México, 1990.
- Méndez Costa, Maria Josefa y Daniel Hugo D´Antonio. *Derecho de Familia*. Tomo III. Ed. Rubinzal- Culzoni. Buenos Aires, 2001.
- Montero Duhalt, Sara. *Derecho de Familia*. 4ª Edic. Ed. Porrúa. México, 1990.
- M. Weinberg, Inés. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina, 2002.
- Orizaba Monroy, Salvador. *Matrimonio y Divorcio. Efectos Jurídicos*. Ed. Pac. México, 2002.
- Ortiz Urquidi, Raúl. *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana*. Ed. Porrúa. México, 1974.

- Pallares, Eduardo. *El Divorcio en México*. 5ª Edic. Ed. Porrúa. México, 1987.
- Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena. *Derecho de Familia*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1994.
- Pina Vara, Rafael, De. *Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción- Personas- Familia*. Vol. I, 21ª Edic. Ed. Porrúa. México, 2006.
- Planiol, Marcel y Ripert Georges. *Tratado elemental de Derecho Civil. Divorcio, Filiación, Incapacidades*. Trad. José M. Cájica Jr. Ed. José M. Cájica Jr. Pue. México, 1946.
- Poussin, Gérard y Lamy Anne. *Custodia Compartida*. Trad. Patricia Cañizares. Ed. Espasa Calpe. España, 2005.
- Ramírez González, Marta. *Cuando los padres se separan. Alternativas de custodia para los hijos (Guía Práctica)*. Ed. Biblioteca Nueva. España, 2003.
- Rico Álvarez, Fausto. et. al. *De la persona y de la familia en el Código Civil para el Distrito Federal*. Ed. Porrúa. México, 2006.
- Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano de Familia*. Tomo II. 7ª Edic. Ed. Porrúa. México, 1987.
- Ruiz Fernández, Eduardo. *El divorcio en Roma*. 2ª Edic. Ed. Universidad Complutense. Madrid. España, 1992.
- Salas Alfaro, Ángel. *Problemática Socio Jurídica del Divorcio (Investigación bibliográfica- documental y de campo)*. Ed. Universidad Autónoma de San Luis Potosí. México, 1994.
- Zanón Masdeu, Luis. *Guarda y Custodia de los hijos*. Ed. Bosch. Barcelona, España, 1996.

FUENTES HEMEROGRÁFICAS

- Pérez Contreras, María de Montserrat. *Comentarios a la Ley para la protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*. Revista de la Facultad de Derecho. UNAM. Tomo LI. Número 235. México. Año 2001.
- Pérez Contreras, María de Montserrat. *Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. La custodia compartida y las reformas de 2004*. Boletín Mexicano de

Derecho Comparado. Nueva Serie. Número 116. Año XXXIX. México. Mayo-Agosto 2006.

- Ragel Sánchez, Luis Felipe. *La guardia y custodia de los hijos*. Revista de Derecho Privado y Constitución. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Número 15. Año. 9. España. Enero- Diciembre 2001.

LEGISLACIÓN

- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. 2ª Edic. Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2007.
- *Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja- California de 1870*. UNAM. Colección Mario de la Cueva. México, 1870.
- *Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja- California de 1884*. Imprenta de Francisco Díaz de León. México, 1884.
- *Código Civil para el Distrito Federal y territorios Federales de 1928*.
- *Código Civil para el Distrito Federal*. 14ª Edic. Ed. Ediciones Fiscales ISEF, S.A. México, 2007.
- *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*. 14ª Edic. Ed. Ediciones Fiscales ISEF, S. A . México, 2007.
- *Convención sobre los Derechos del Niño de 1989*.
- *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*. Segundo Período de Sesiones Ordinarias del primer año de ejercicio. Año 1. No. 11. 15 de abril del 2004.
- *Gaceta Oficial del Distrito Federal*. 14ª Época. No. 90. 6 de septiembre de 2004.
- *Gaceta Oficial del Distrito Federa*. 17ª Época. No. 26. 2 de febrero de 2007.
- *Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*. Diario Oficial de la Federación. Primera Sección. Lunes 29 de mayo de 2000.

- *Ley sobre Relaciones Familiares*. 3ª Edic. Ed. Ediciones Andrade, S.A. México, 1980.

DICCIONARIOS

- Álvarez de Lara, Rosa. et. al. *Diccionario de Derecho Civil y de Familia*. Ed. Porrúa. México, 2004.
- *Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española*. Tomo I A-G. 21ª Edic. Ed. Espasa Calpe. Madrid, 1992.
- Laura Valletta, María. *Diccionario Jurídico*. 3ª Edic. Ed. Valleta. Buenos Aires, Argentina, 2004.
- Pina Vara, Rafael, De. *Diccionario de Derecho*. 11ª Edic. Ed. Porrúa. México, 1983.

PÁGINAS WEB

- <http://es.geocities.com/apinpach/coparentalidad.htm>.
- <http://www.asambleadf.gob.mx/>
- <http://www.buscon.rae.es/diccionario/drae.htm>
- <http://www.inegi.gob.mx/>
- <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/ponentes.htm>
- <http://www.sospapa.es/custodiacompartidaenpaisescivilizados.html>
- <http://www.tribunalpr.org/orientación/custodia.html>
- <http://www.tsjdf.gob.mx>

OTRAS FUENTES

- ✓ De la Flor, María Paz Pous. *Igualdad conyugal y custodia compartida en la legislación española*. Congreso Internacional Derecho de Familia. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Mesa II. Matrimonio, divorcio y medios alternativos de solución de conflictos. Disco 2. 22 de noviembre de 2005.

- ✓ Montes de Oca Colín, Margarita. Ponencia: *Efectos y Consecuencias de la Alineación Parental*. Foro: "Perspectiva del Derecho Familiar en la Población del Siglo XXI" Custodia Compartida. Sede; Auditorio Benito Juárez. Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Ciudad de México, 3 y 4 de septiembre de 2007.

- ✓ Investigador: Peña del Toro, Adriana. Canal 11. Programa Diálogos en Confianza. Tema: *Custodia Compartida*. Fecha de realización: 26 de mayo de 2005.