



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**"PROPUESTAS DE ADICIONES Y REFORMAS A DIVERSAS
DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL Y CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS
CIVILES, AMBOS DEL DISTRITO FEDERAL, PARA MEJORAR LA
REGULACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA Y DERECHO DE
CONVIVENCIA DE LOS MENORES SUJETOS A PATRIA POTESTAD"**

TESIS

PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO

**SUSTENTADA POR:
ANA KARLA RODRÍGUEZ LÓPEZ**

ASESOR: LIC. JORGE A. IBARRA RAMÍREZ

CIUDAD UNIVERSITARIA

Mayo

2008





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

A Dios por que esta siempre conmigo y me ha permitido conocer muchas cosas maravillosas de la vida.

A mi Alma Mater, Universidad Nacional Autónoma de México, por recibirme en las aulas desde la adolescencia, en las cuales me ha formado como estudiante de Derecho y como deportista. Me ha dado tantas cosas que espero un día regresarle un poco de lo mucho que he recibido.

A mi abuelita Chela, gracias porque tus palabras y exigencias me hacen ser cada día una mejor persona, por tu apoyo incondicional y tu gran amor, este trabajo es por ti y para tí.

A mis padres, Victoria y Carlos, gracias por la confianza y fe que han tenido en mí para la culminación de esta etapa, por apoyarme siempre en todos mis proyectos y escucharme. Los quiero mucho.

Gloria, Sol y Luz, mis queridas hermanas, gracias por que cada día me hacen sentir una hermana mayor orgullosa, con el deber de ser mejor. Las adoro.

A mi maestro, amigo y asesor Licenciado Jorge A. Ibarra Ramírez, quien con su apoyo me dio sabios consejos, por creer en mí, y acompañarme a alcanzar este objetivo, por exigirme siempre ser mejor y compartir entre muchas otras cosas sus conocimientos.

A la familia López Becerril, muchas gracias por que me hacen sentir que pase lo que pase juntos tenemos una gran familia que se apoya en todo momento.

A la familia Ibarra Fernández, Evita, Pame, Gaby y Jair, no tengo palabras para decirles lo mucho que los quiero, que agradezco su hospitalidad en los días de trabajo y por compartir tanto tiempo y experiencias tanto en la cancha como en la vida diaria.

A todos y cada uno de mis maestros, por enseñarme lo maravilloso que es el Derecho.

Gabriel, gracias por darme esa estabilidad, amor y apoyo para la culminación de este trabajo eres mi ángel.

Ser, ken, Ev, Glor, Lau, Karlita, Lor, por sus ejemplos en la vida y en la cancha, se que tenemos un equipo para toda la vida. Los quiero mucho.

Carlos Enrique, porque tu participación era importante en la culminación de este trabajo.

Juan Rogelio, por compartir conmigo esta etapa y por crecer juntos como abogados.

"PROPUESTAS DE ADICIONES Y REFORMAS A DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CODIGO CIVIL Y CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, AMBOS DEL DISTRITO FEDERAL, PARA MEJORAR LA REGULACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA Y DERECHO DE CONVIVENCIA DE LOS MENORES SUJETOS A PATRIA POTESTAD"

ÍNDICE

	Página
INTRODUCCIÓN.....	I

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTOS Y ASPECTOS JURÍDICOS RESPECTO AL MENOR

1.1. Concepto de niño niña.....	1
1.2. Concepto de infancia.....	2
1.3. Concepto de adolescencia.....	3
1.4. Concepto de menor de edad.....	3
1.5. Personalidad jurídica.....	5
1.6. Capacidad jurídica.....	6
1.6.1. Capacidad de goce y capacidad de ejercicio.....	7
1.7. La protección de los derechos del menor.....	8
1.7.1. En la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño.....	10
1.7.2. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	12
1.7.3. En la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.....	15
1.7.4. En la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal.....	20
1.7.5. En el Código Civil para el Distrito Federal.....	22

CAPÍTULO SEGUNDO

DE LA FILIACIÓN Y LA PATRIA POTESTAD

2.1. Conceptos de filiación, maternidad y paternidad, la relación paterno filial.....	25
2.2. Diversas especies de filiación que regula el Código Civil para el Distrito Federal.....	26
2.2.1. Hijos nacidos dentro del matrimonio.....	28
2.2.2. Hijos nacidos fuera del matrimonio.....	29
2.2.3. Hijos adoptivos.....	30
2.3. Diversos conceptos de patria potestad.....	32
2.4. Origen o fuente real de la patria potestad.....	34
2.5. Objeto de la patria potestad.....	39
2.6. Sujetos activos y pasivos que intervienen en la patria potestad.....	41
2.7. Características de la patria potestad.....	42
2.7.1. De orden público.....	43
2.7.2. Irrenunciable.....	44
2.7.3. Intransferible.....	45
2.7.4. Imprescriptible.....	45

2.7.5. Temporal.....	46
2.7.6. Excusable.....	46
2.8. Personas que ejercen la patria potestad	46
2.9. Personas sujetas a la patria potestad.....	47
2.10. Efectos jurídicos de la patria potestad en el Código Civil.....	47
2.10.1. Deberes y derechos de las personas que ejercen la patria potestad en relación a las personas sujetas a esta.....	47
2.10.1.1. Deber y derecho de respeto y de relacionarse de manera armónica.....	48
2.10.1.2. Deber y derecho de guarda y custodia.....	48
2.10.1.3. Deber y derecho de convivencia con el menor por parte del ascendiente que no tenga la guarda y custodia, en caso de separación de quienes ejercen la patria potestad.....	49
2.10.1.4. Deber de custodia compartida.....	50
2.10.1.5. Causas por las que podrá limitarse o suspenderse el derecho de convivencia del ascendiente que no tenga la guarda y custodia del menor hijo.....	51
2.10.1.6. Deber y derecho de corrección.....	52
2.10.1.7. Deber y derecho de asistencia de alimentos.....	52
2.10.1.8. Deber de ejemplaridad.....	53
2.10.1.9. Deber de representación legal.....	54
2.10.1.10. Deber de administración y derecho de usufructo.....	55
2.10.1.11. Deber de responsabilidad civil.....	56
2.10.2. Derechos y deberes de las personas que están sujetas a la patria potestad en relación a las personas que la ejercen.....	56
2.10.2.1. Derecho y deber de respeto y de relacionarse de manera armónica.....	57
2.10.2.2. Derecho de convivencia con el otro ascendiente que no tenga la guarda y custodia, en caso de separación de quienes ejercen la misma.....	57
2.10.2.3. Derecho de domicilio legal.....	58
2.10.2.4. Derecho y deber de dar alimentos.....	58
2.11 Pérdida de la patria potestad.....	59
2.12. Suspensión de la patria potestad.....	61
2.13. Limitación de la patria potestad.....	62
2.14. Terminación o extinción de la patria potestad.....	63
2.15. Excusa del ejercicio de la patria potestad.....	64
2.16. Función que se atribuye moderadamente a la patria potestad.....	65

CAPÍTULO TERCERO

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

3.1. Concepto de guarda y custodia compartida.....	66
3.2. Tratado Internacional y Derecho Comparado sobre la Guarda y Custodia Compartida.....	67
3.2.1. La guarda y custodia compartida en la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño del 20 de Noviembre de 1989 en vigor el 2 de Septiembre de 1990.....	67

3.2.2. La declaración sobre igualdad parental en Francia, de Julio de 1999.....	75
3.2.3. La guarda y custodia en la Legislación Española.....	81
3.2.3.1. Código Civil Español.....	81
3.2.3.2. La Ley de Divorcio española y la Ley del Matrimonio Civil de 1981 y la reforma 15/2005 de 8 de Julio.....	82
3.2.4. La guarda y custodia compartida en Canadá y Estados Unidos...	84
3.3. El síndrome de alineación parental.....	90
3.4. Diferentes posturas que motivaron las reformas y adiciones de 2004 y 2007 a la Legislación Civil para el Distrito Federal en materia de custodia compartida y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad.....	95
3.4.1. Postura de los padres de familia.....	96
3.4.2. Postura feminista.....	97
3.4.3. Postura a favor del interés superior de los menores.....	99
3.5. Exposición de motivos de las reformas y adiciones a la Legislación Civil para el Distrito Federal, del 06 de Septiembre de 2004, en materia de guarda y custodia compartida y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad.....	101
3.6. Exposición de motivos de las reformas y adiciones a la Legislación Civil para el Distrito Federal, del 02 de Febrero de 2007, en materia de guarda y custodia compartida y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad.....	106
3.7. Reformas y adiciones a la Legislación Civil para el Distrito Federal, del 06 de septiembre de 2004, en materia de guarda y custodia compartida y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad.....	110
3.8. Reformas y adiciones a la Legislación Civil para el Distrito Federal, del 02 de Febrero de 2007, en materia de guarda y custodia compartida y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad.....	115
3.9. Facultad del Juez familiar para otorgar la guarda y custodia compartida, así como el derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad.....	122
3.9.1. La guarda y custodia compartida en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.....	124
3.9.2. La custodia compartida otorgada en el divorcio voluntario judicial.	127
3.9.3. La custodia compartida otorgada como medida provisional en el divorcio necesario	128
3.9.4. La custodia compartida otorgada en caso de separación de de quienes ejercen la patria potestad.....	129
3.10. La importancia de la psicología en el Derecho Familiar y en el otorgamiento de la guarda y custodia compartida.....	129
3.11. La importancia del trabajador social en el Derecho Familiar y en el otorgamiento de la guarda y custodia compartida.....	133

CAPÍTULO CUARTO

PROPUESTAS DE ADICIONES Y REFORMAS A DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEGISLACIÓN CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL, PARA MEJORAR LA REGULACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA Y DERECHO DE CONVIVENCIA DE LOS MENORES SUJETOS A PATRIA POTESTAD.

4.1.	Aspectos básicos que a juicio de la sustentante y en interés superior del menor, deberá tomar en cuenta el juez familiar para otorgar, limitar, suspender, perder, o cambiar la custodia compartida y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad, en caso de separación de quienes ejercen la misma.....	136
4.1.1.	Fundamento jurídico para la adscripción de psicólogos y trabajadores sociales en los juzgados familiares.....	138
4.1.2.	Estudio psicológico que deberán realizar al solicitante así como al menor, los profesionistas adscritos al juzgado o los que acrediten tener título y experiencia mínima de dos años en la materia, de la Secretaria de Salud, del Sistema de Desarrollo Integral de la Familia, del Tribunal Superior de Justicia o Procuraduría General de Justicia, ambos del Distrito Federal, para desempeñarse como auxiliares del juez correspondiente, esto con el objeto de establecer su salud mental y que es persona apta para ejercer la custodia compartida y derecho de convivencia, así como para detectar la existencia o no de alineación parental o manipulación.....	140
4.1.3.	Estudio socio-económico que deberán realizar al solicitante trabajadores sociales adscritos al juzgado que acrediten tener título y experiencia mínima de dos años en la materia, de la Secretaria de Salud, del Sistema de Desarrollo Integral de la Familia, del Tribunal Superior de Justicia o Procuraduría General de Justicia, ambos del Distrito Federal, o en su caso estudiantes con carta de pasante en trabajo social, que se encuentren prestando su servicio social en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, y que estén registrados con tal carácter en los respectivos Juzgados Familiares, para desempeñarse como auxiliares del juez correspondiente, esto con el objeto de establecer tanto su entorno social, y si el mismo se encuentra en igual o diferente ciudad en donde reside el menor sujeto a patria potestad, para determinar si tal entorno es el adecuado para el sano desarrollo del referido menor, como para demostrar que tiene los medios bastantes para proveer a la satisfacción de las necesidades básicas del referido menor, y que como consecuencia no ha dejado de cumplir con éste su obligación alimentaría, desde que viven separados.....	143
4.1.4.	Que se tome en cuenta la opinión del menor sujeto a patria potestad, en caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia siempre y cuando sea mayor de 12 años.....	145

4.2.	Visitas al domicilio del menor realizadas por el prestador de servicio social que está como auxiliar en el juzgado con el objeto de verificar que se estén cumpliendo las medidas provisionales dictadas por el juez y en su caso la resolución dictada en la sentencia definitiva, en los juicios que arrojen información que los haga considerar como de vigilancia.....	146
4.3.	Propuestas de adiciones y reformas al Código Civil para el Distrito Federal.....	146
4.3.1.	Reforma al último párrafo del Artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal.....	147
4.3.2.	Adición del párrafo segundo al artículo 283 Bis del Código Civil para el Distrito Federal.....	148
4.3.3.	Adición de un párrafo Tercero al artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal.....	149
4.3.4.	Adición del artículo 411 Bis del Código Civil para el Distrito Federal.....	151
4.3.5.	Reforma al artículo 416 Bis del Código Civil para el Distrito Federal.....	151
4.3.6.	Adición de un párrafo segundo, recorriéndose el subsecuente y reforma a este último párrafo del artículo 417 del Código Civil para el Distrito Federal.....	152
4.3.7.	Reforma al párrafo primero del artículo 417 Bis del Código Civil para el Distrito Federal.....	153
4.4.	Propuestas de adiciones y reformas al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.....	154
4.4.1.	Propuesta de adición de un párrafo cuarto al artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.....	155
4.4.2.	Propuesta de reforma al párrafo segundo y cuarto del Artículo 941 Bis del Código de Procedimientos para el Distrito Federal..	156
4.4.3.	Propuesta de reforma al párrafo Tercero y quinto del Artículo 941Ter. del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.....	157
4.4.4.	Adición artículo 941 Quáter del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.....	159
4.4.5.	Reforma artículo 945 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.....	160
4.5.	Propuesta de adición al artículo 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.....	161
	CONCLUSIONES.....	163
	BIBLIOGRAFÍA.....	167

INTRODUCCIÓN

La ciencia del derecho en la actualidad, se ha visto en la necesidad de estudiar figuras jurídicas que antes no parecían tener tanta importancia, así dentro del derecho de familia encontramos a la patria potestad, de la que derivan derechos y obligaciones para quienes la ejercen, entre los cuales esta inmersa la guarda y custodia, que debido a la situación que impera en la actualidad, esta cobra gran importancia debido a que ambas son una consecuencia lógica de la relación filial.

Las leyes de la materia establecen que el menor debe vivir y crecer dentro de un sano desarrollo, mismo que tiene varios aspectos entre los que están el, social, psicológico, físico, cultural, educacional y moral entre otros, para garantizar con ellos su integral formación.

En el Distrito Federal en los últimos años, cada vez encontramos más parejas que se separan, situación que desgraciadamente conlleva a disputas entre los progenitores, sin embargo son los hijos quienes resultan más afectados en este conflicto de intereses, ya que son tomados como “botín de guerra” o como el medio para presionar al otro para obtener sus propios beneficios, en consecuencia los niños y las niñas tienen una protección inadecuada, lo que los convierte en seres vulnerables y en algunas situaciones en desventaja social.

El derecho debe ser constante y requiere de actualización para responder a las necesidades y situaciones que se presentan en la sociedad respecto a fortalecer y proteger la esfera jurídica de los menores, por lo que ante esta situación La Asamblea Legislativa del Distrito Federal ha reformado y adicionado en fechas diversas, disposiciones legales, tanto en el Código Civil como en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal sobre el particular.

Así en septiembre el 6 de Septiembre del 2004 y en el 2 de Febrero de 2007, en el lapso de 3 años se han reformado los artículos referentes a la patria potestad, en lo referente a la guarda y custodia, creando así la figura de la guarda y custodia compartida, y el de alineación parental, el primer caso

para que el menor tenga convivencia con ambos progenitores, y en el segundo para que el menor no sea manipulado en contra de su progenitor (a) sin embargo hay que mencionar que estas reformas y adiciones resultan ser insuficientes para cumplir con el objetivo de procurar el interés superior del menor, resaltando que en el caso de la alineación parental, la misma se suprime del Código Civil en las reformas del 2 de febrero de 2007.

El interés superior del menor, no es más que las condiciones óptimas para su sano desarrollo, el Estado, las autoridades, instituciones, legisladores, sociedad, padres de familia y demás familia de los menores están obligados a proporcionar en la manera posible esas condiciones que marcarán la diferencia entre un buen desarrollo y crecimiento, con miras a un mejor estado en la complejidad de necesidades del menor, considerado por la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Por los motivos anteriores, en este trabajo de tesis intitulado “Propuestas de adiciones y reformas a diversas disposiciones del código civil y código de procedimientos civiles, ambos del Distrito Federal, para mejorar la regulación de la custodia compartida y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad”, se estudiará a una de las figuras más protegidas por el Derecho Civil, es decir, la patria potestad de donde se deriva la guarda y custodia compartida. Para ello esta investigación se ha dividido en cuatro capítulos: Capítulo Primero “Conceptos y aspectos jurídicos respecto al Menor”; Capítulo Segundo “De la Filiación y la Patria Potestad; Capítulo Tercero “La Guarda y Custodia Compartida”; Capítulo Cuarto “Propuestas De Adiciones y Reformas a diversas Disposiciones de la Legislación Civil del Distrito Federal, para mejorar la regulación de la Custodia Compartida y Derecho de Convivencia de Los menores sujetos a Patria Potestad”.

En el primero de ellos, se establecen los conceptos generales en relación al menor, y la manera en que el menor es protegido en las diferentes leyes aplicables en el país y en el Distrito Federal.

El segundo capítulo, se establecen los conceptos relacionados con la institución de la patria potestad, como la filiación, desarrollándose la concepción de ambas, su objeto, las instituciones afines, sus características y

las formas en que se ejercen cada una, en especial los derechos y deberes que entraña la patria potestad, no sólo para el detentador sino para el menor mismo.

En el tercer capítulo, se realiza un estudio detallado de la guarda y custodia compartida como una obligación derivada de la institución de la patria potestad, partiendo del derecho comparado; así también se analizan figuras nuevas en el derecho familiar como lo es el síndrome de alineación parental, esto partiendo de las reformas y adiciones a la legislación civil para el Distrito Federal en materia de guarda y custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad el 6 de septiembre de 2004 y el 2 de Febrero de 2007, concluyendo este capítulo con la importancia que tiene la participación de ciencias como la psicología y el trabajo social en el derecho familiar particularmente en el otorgamiento de la guarda y custodia compartida.

En el capítulo cuarto, se señalan con claridad las omisiones y deficiencias que al respecto se hallan en la Legislación Civil en el Distrito Federal y se proponen soluciones congruentes con el marco legal y sobre todo en el interés superior del menor, para que el juzgador tenga los elementos suficientes para otorgar la guarda y custodia compartida o las convivencias del menor procurando siempre su bienestar; así como vigilar que se cumplan las disposiciones que el juez determine una vez otorgada la guarda y custodia del menor, siendo esta compartida o no.

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTOS Y ASPECTOS JURÍDICOS RESPECTO AL MENOR

1.1 Concepto de niño-niña.

La voz niño, niña, se define como “aquel que está en la niñez”.¹ Jurídicamente se estableció por primera vez la definición de niño o niña, en la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, entendiéndose como tal, a “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.²

Al respecto, es de señalar que los conceptos de minoría o mayoría de edad se encuentran relacionados con el de capacidad jurídica.

Desde el punto de vista sociológico, un niño es “toda persona inmadura, propiamente comprende la vida humana desde el nacimiento hasta la adolescencia”.³

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece una definición sobre niño o niña, concretándose únicamente a dotar del estatus de ciudadanía, a los hombres y mujeres que han cumplido dieciocho años de edad. También se ha dispuesto dicho requisito para la determinación de la minoría o mayoría de edad, en los ordenamientos civiles y penales de algunas entidades federativas.

La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en su artículo 2 define a las niñas y a los niños de la siguiente forma: “Para los efectos de esta ley, son niñas y niños las personas de hasta

¹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*. 21ª ed., Madrid, [s.e.], 1992 p. 1072.

² *Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño*, artículo primero, Organización de las Naciones Unidas, (consulta en Internet <http://www.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>). México, 20/10/2007.

³ Azuara Pérez, Leandro. *Sociología*. 10ª.ed., México, Porrúa, 1990, p.206.

12 años incompletos, y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos”.⁴

La niñez es definida por la Real Academia Española, como el “período de la vida humana, que se extiende desde el nacimiento a la pubertad”.⁵

Según el Diccionario de las Ciencias de la Educación, niñez es el “periodo del desarrollo humano que abarca desde el nacimiento hasta la pubertad. Este término, generalmente designa sólo los aspectos biológicos de esta fase, mientras que infancia, se utiliza para referirse tanto a los aspectos fisiológicos como psicológicos de esta edad”.⁶

Por lo tanto podemos concluir que la niñez es el periodo comprendido entre el nacimiento y los 18 años de edad, durante el periodo de vida del ser humano; a quien se le conoce como niño o niña dependiendo de su género.

Es necesario aclarar que para efectos del presente estudio también se considerará incluido el concepto de “niña”, dentro del término “niño”.

1.2 Concepto de infancia.

A la infancia se le define como “el periodo de la vida humana desde que se nace, hasta la pubertad”.⁷

Por su parte, el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual define a la infancia como “El periodo inicial de la vida, comprendido desde el nacimiento hasta los 7 años, en que se adquiere más o menos realmente el llamado “uso de razón”.⁸

⁴ *Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes*, texto vigente, nueva Ley 29/05/2000, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000. (consulta en Internet <http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/185.pdf>), México, 20/10/2007.

⁵ *Diccionario de la Lengua Española*. op. cit. p.118

⁶ *Diccionario de las ciencias de la educación*, vol. II, I-Z, México, Publicaciones Santillana para profesores, 1983, p. 1021.

⁷ *Diccionario de la Lengua Española*. op.cit. p. 861.

⁸ *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, tomo IV, 20ª ed., Buenos Aires, Heliasta, 1986, p. 103

Se puede concluir que los conceptos niñez e infancia son homólogos ya que ambos comprenden el periodo de vida del ser humano desde su nacimiento hasta los 12 años de vida.

1.3 Concepto de adolescencia.

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual nos define “De acuerdo a la etimología latina del verbo *adoleceré*, que significa crecer, el periodo de la vida humana en que se produce el mayor crecimiento y suele completarse la evolución corporal e iniciarse la plenitud del juicio”.⁹

La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en su artículo segundo establece que son adolescentes, las personas “que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos”.¹⁰

De estas definiciones se desprende que la adolescencia forma parte de la niñez y es la etapa de la vida del ser humano que sigue de la infancia; además de que comprende el desarrollo humano en su aspecto sexual psicológico e intelectual que servirá para formar un ser humano que se pueda desenvolver en la sociedad.

1.4 Concepto de menor de edad.

El concepto de menor de edad va íntimamente relacionado con el de adolescente o incapaz para poder contraer derechos y obligaciones.

Según la Enciclopedia lustrada de la Lengua Castellana, menor de edad es “el hijo de familia o pupilo que no ha llegado a la mayoría de edad.”¹¹

En el Diccionario Jurídico Mexicano encontramos que menor del latín “*minor natus*” referido al menor de edad, al joven de pocos años, al pupilo no necesariamente huérfano, sino digno de protección, pues esta última voz

⁹ Ibidem, p. 173.

¹⁰ Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, op. cit. [s.p.]

¹¹ Enciclopedia ilustrada de la lengua castellana. 20ª ed., España, Espasa, 2000, p. 417.

proviene a su vez de “popas” que significa niño y que se confunde con la amplia aceptación romana del hijo de familia sujeto a patria potestad o tutela.

Desde el punto de vista biológico se llama menor a la persona que por efecto del desarrollo gradual de su organismo no ha alcanzado una madurez plena, y desde el punto de vista jurídico es la persona que por la carencia de plenitud biológica, que por lo general comprende desde el momento del nacimiento viable hasta cumplir la mayoría de edad, la ley le restringe su capacidad dando lugar al establecimiento de jurisdicciones especiales que lo salvaguardan.¹²

Por otra parte el artículo 34 constitucional, concede la ciudadanía a los jóvenes varones y mujeres que tengan la calidad de mexicanos y que reúnan, además, los siguientes requisitos:

- I. Haber cumplido 18 años, y
- II. Tener un modo honesto de vivir.

A su vez el Código Civil para el Distrito Federal, en sus artículos 24, 646 y 647 tomados de la publicación del Código Civil de la editorial Sista¹³, dicen respectivamente lo siguiente:

Artículo 24.- El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.

Artículo 646.- La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos

Artículo 647.- El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes

Por lo tanto, se puede colegir, que en nuestro derecho el menor de edad es aquel que tiene capacidad de goce pero no dispone libremente de su persona y de sus bienes, salvo excepciones.

La capacidad de goce puede existir sin que quien la tiene, posea la capacidad de ejercicio.

La capacidad de goce como ya sabemos se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte, en tanto que la capacidad de ejercicio, se adquiere a la edad de dieciocho años.

¹² Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo III, México, Porrúa -UNAM, 2005 p. 2503.

¹³ *Código civil para el Distrito Federal*, México, Sista, 2007.

El mayor de edad a diferencia del menor de edad tiene capacidad de ejercicio en tanto no le afecten alguna de las causas que le impidan gozar de ella, las que se mencionan en la fracción segunda del artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, que enuncia los motivos por los cuales una persona mayor de edad puede discernir y decidir por sí misma.

Además el artículo 23 el Código Civil para el Distrito Federal, señala que, la minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

De acuerdo con lo anterior entendemos por menor al ser humano cuya edad se encuentra comprendida desde su nacimiento hasta adquirir la mayoría de edad que establece la ley.

1.5 Personalidad jurídica.

Miguel Soberano Mainero argumenta que “en Derecho, la palabra personalidad tiene varias acepciones que se utiliza para indicar la cualidad de la persona en virtud de la cual se le considera centro de imputación de normas jurídicas o sujeto de derechos y obligaciones”¹⁴, a su vez este nos explica que “la personalidad es la cualidad por la cual la persona (física o moral) puede ser considerada como imputable de normas jurídicas o un sujeto de derechos y obligaciones, puede ser considerado como el conjunto de elementos que le permiten a una persona representar a otra (persona moral)”.¹⁵

Jorge Alberto Domínguez Martínez, menciona que la personalidad jurídica es la aptitud reconocida por la ley para ser sujeto de derechos y deberes”, es decir, es la “idoneidad para ser persona para el Derecho”.¹⁶

¹⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, op. cit., tomo IV, p. 2851

¹⁵ Idem.

¹⁶ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Derecho Civil*, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez, 10ª ed., México, Porrúa, 2006. p. 132.

Rolando Tamayo y Salmorán dice que el "... concepto de personalidad como el de capacidad, es propio de la dogmática moderna y funciona como sinónimo de capacidad jurídica"... "Goza de personalidad o capacidad jurídica quien tiene derechos, facultades, obligaciones y responsabilidades jurídicas".¹⁷

Por su parte el Doctor Lorenzo A. Gardella nos dice "Llamamos "personas", en Derecho, a aquellos entes a quienes asignamos facultades y deberes jurídicos, es decir, aquellos que poseen aptitud para desempeñarse como protagonistas en el campo de la juridicidad. Estas personas en el derecho pueden ser "físicas" o "morales": lo primero cuando el recurso técnico de la personalidad jurídica reconoce como sustrato la persona humana individual; lo segundo cuando aquel mecanismo técnico se corresponde con una realidad también humana pero de otra índole...".¹⁸

Rojina Villegas en su compendio de Derecho Civil nos dice que "las personas físicas o seres humanos, tienen los siguientes atributos: Capacidad, Estado Civil, Patrimonio, Nombre, Domicilio y Nacionalidad. Estos atributos son constantes y necesarios en toda persona física".¹⁹

Así en una sociedad los sujetos jurídicos tienen dos manifestaciones: como personas físicas y como personas jurídicas, colectivas o morales, por lo que sus relaciones interpersonales deben encontrarse reguladas por la norma jurídica, siendo necesario que sean reconocidos como persona (sujeto jurídico) y tener personalidad jurídica, para ejercer derechos y contraer obligaciones.

1.6 Capacidad jurídica.

Etimológicamente la palabra capacidad deriva del latín *capacitas*, aptitud o suficiencia para alguna cosa, por su parte Samuel Antonio González Ruiz afirma que jurídicamente se entiende como la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o como la facultad o posibilidad de que

¹⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, op. cit., tomo IV p. 2847.

¹⁸ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Editores Bibliográfica Argentina, 1964. p. 238

¹⁹ Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, Tomo I, Introducción y Personas, México, Porrúa, 2005, p. 423.

esta persona pueda ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma.²⁰

La capacidad es un atributo indispensable para que el derecho otorgue efectos jurídicos a los actos realizados por la persona, a quien también se le han atribuido otros elementos, tales como el estado civil, el patrimonio, el nombre, el domicilio y la nacionalidad.

Tamayo y Salmorán ha definido a la capacidad jurídica como “la aptitud de tener o ejercitar derechos y facultades o ser sujeto de obligaciones y responsabilidades jurídicas; en este sentido persona (física) es un ente considerado como investido de derechos y facultades (o con la aptitud de adquirirlos)... Estos atributos jurídicos (no empíricos) distinguen claramente a la persona jurídica (física) del ser humano”.²¹

El Doctor Luís María Bofia Boggero se refiere a que la capacidad jurídica va junto con la capacidad para celebrar actos jurídicos lo cual es la aptitud jurídica de hacerlo, lo que equivale a la aptitud de adquirir derechos y contraer obligaciones.²²

La capacidad es un atributo indispensable para que el Derecho otorgue efectos jurídicos a los actos realizados por la persona.

Hans Kelsen considera al respecto, que debe entenderse por capacidad la aptitud de un individuo para que de sus actos se deriven consecuencias de derecho.²³ Así la capacidad se estudia de dos aspectos diferentes: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

1.6.1 Capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

Rojina Villegas nos dice que “La capacidad es el atributo más importante de las personas. Todo sujeto de derecho, por serlo debe tener capacidad

²⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, op. cit., tomo I, p. 467

²¹ Ibidem, tomo IV, p. 2850.

²² *Enciclopedia Jurídica Omeba*, op.cit. p. 562

²³ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, 2ª ed., trad. Eduardo García Maynes, México, UNAM, 1979 (extraído del Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, 10ª Edición. Editorial. Porrúa. México, 2005, p.467)

jurídica; ésta puede ser parcial o total. Es la capacidad de goce el atributo esencial e imprescindible de toda persona, ya que la capacidad de ejercicio que se refiere a las personas físicas, puede faltar en ellas y, sin embargo, existir la personalidad”.²⁴

En nuestra legislación civil se habla de dos tipos de capacidad jurídica: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio; con la primera, se reconoce que las personas son titulares de derechos y obligaciones, o deberes; y con la segunda, se reconoce que las personas pueden celebrar actos jurídicos y ejercer sus derechos.

Las normas civiles han establecido que las niñas y niños no pueden comprender todavía el significado de ciertos actos jurídicos, en virtud de su condición de inmadurez, por lo que se restringe esta capacidad jurídica, es decir, poseen la capacidad de goce para ser titulares de derechos, pero no tienen la capacidad de ejercicio para ejercitar algunos de ellos, ni defenderlos judicialmente y no pueden disponer libremente de su persona, ni de sus bienes, salvo que sea a través de un representante.

El Código Civil para el Distrito Federal, establece que la capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, así también en la fracción I de su artículo 450 determina expresamente que los menores de edad tienen incapacidad natural y legal, misma que a decir del jurista Rogel Vide, implica que “la capacidad del menor” se restringe en mayor o menor medida, estableciéndose – en su bien y por razón de protección oficial que se le dispensa- una situación de dependencia jurídica del mismo respecto de otras personas (padre, madre, curadores)”.²⁵

1.7 La protección de los derechos del menor.

En materia de protección al menor en el ámbito internacional y nacional, se conformó en relación al referido ámbito internacional, el Sistema Internacional de Protección a los Derechos Humanos, a partir de la creación de

²⁴Rojina Villegas, Rafael. op.cit., tomo I, p. 431.

²⁵ Rogel Vide, Carlos. *Derecho de la Persona*, Barcelona, J.M. Bosch, 1988, p.44.

la Organización de las Naciones Unidas, del que se derivó la aprobación de diversos instrumentos internacionales declarativos o convencionales, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General de la ONU del 10 de Diciembre de 1948) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 16 de Diciembre de 1966) el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 16 de Diciembre de 1966) la Declaración de los Derechos del Niño (20 de Noviembre 1959) y la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño (ONU 20 de Noviembre de 1989, entrada en vigor 2 de septiembre 1990) integrada esta última, con disposiciones relativas a los otros instrumentos y con los derechos complementarios o específicos de la niñez y que fomenta un cambio en la visión generalizada sobre la “incapacidad natural”, poniendo énfasis ahora sí, en la excepcionalidad de la restricción de la capacidad jurídica de los niños y las niñas, considerándoles como “sujetos de derecho”, titulares de las garantías y derechos humanos reconocidos a favor de toda persona.

En consecuencia, aquellos derechos que sean susceptibles de una realización de la conducta permitida o no prohibida y que no requiera expresamente de la representación alguna, podrán ser ejercidos directamente por la niña o niño titular de esos derechos.

En cuanto al ámbito nacional, se creó la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000), cuya aplicación atenderá al respeto del principio de protección al menor, así como el de las garantías y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la que en su artículo 4 establece: *“De conformidad con el principio de interés superior de la infancia, las normas aplicables a niñas, niños y adolescentes, se entenderán dirigidas a procurarles, primordialmente, los cuidados y la asistencia que requieren para lograr un crecimiento y un desarrollo plenos dentro de un ambiente de bienestar familiar y social. Atendiendo a estos principios, el ejercicio de los derechos de los adultos no podrá, en ningún momento, ni en ninguna circunstancia, condicionar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes.*

La aplicación de esta ley atenderá al respeto de este principio, así como al de las garantías y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”²⁶

1.7.1 En la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño

Nuestro país es firmante de la Convención Sobre los Derechos del Niño, adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América en 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 y ratificada por nuestra nación el 21 de septiembre del mismo año.

La Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño es de suma importancia dentro del marco de los derechos humanos, puesto que en ella se definen los derechos reconocidos previamente por la comunidad internacional, a toda persona, así como aquellos principios de la niñez, frente a la sociedad, a la familia y al Estado.

La Convención contiene principios rectores, los cuales son directrices o disposiciones generales que orientan las acciones relacionadas con la aplicación e interpretación de la misma y a los cuales genéricamente podemos denominar como “No Discriminación”, “Interés Superior del Niño”, “Efectividad de los derechos” y “Corresponsabilidad entre el Estado, Familia y Sociedad”.

El preámbulo que es la introducción al documento, en sus párrafos primero, segundo, tercero y séptimo, la vincula con los principios, ideales y objetivos señalados en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, como son el reconocimiento de la dignidad y valor de la persona humana, de sus derechos fundamentales sin discriminación alguna y la promoción, en consecuencia del progreso social y de la elevación del nivel de vida, así como de la educación en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

Los párrafos cuarto, octavo y décimo, mencionan los instrumentos que componen los antecedentes significativos de la Convención, tales como: La Declaración Universal de Derechos Humanos, La Declaración de Ginebra de

²⁶ *Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes*, op. cit. [s.p.]

1924 Sobre los Derechos del Niño, La Declaración de los Derechos del Niño de 1959, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, La Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores conocidas como Reglas de Beijing y La Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, así como los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.²⁷

Los párrafos quinto y sexto del mencionado preámbulo, hacen un reconocimiento expreso a la responsabilidad e importancia que recae en la familia y la comunidad, sobre el armonioso desarrollo del niño así como la protección y asistencia que éste requiere para asumir sus responsabilidades, reafirmando en su párrafo noveno, la necesidad de proporcionar a los niños, protección, cuidado y asistencia especiales en razón de su vulnerabilidad, acordada en la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959.

Finalmente se reconoce la existencia de niños que viven condiciones excepcionalmente difíciles en todos los países del mundo y ante ello, se toma en cuenta la importancia de las tradiciones y valores culturales de cada pueblo para la protección y desarrollo de sus niños. No obstante, se considera también la trascendencia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de la infancia a nivel mundial.

Los artículos 2, 3, 4 y 5 de la convención contienen principios, que son directrices o disposiciones generales que orientan las acciones relacionadas con la aplicación o interpretación de la misma y a los cuales, genéricamente podemos denominar como “No Discriminación”, “Interés Superior del Niño”, “Efectividad de los Derechos” y “Corresponsabilidad entre el Estado, Familia y Sociedad”.

²⁷ *Convención Internacional de los Derechos del Niño* ratificada por México en 1990. op.cit. [s.p.]

Cabe mencionar que la Convención quedo abierta a firma de los Estados el 26 de enero de 1990, día en que firmaron 61 países. Entró en vigor el día 2 de septiembre de 1990, un mes después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación y siete meses después de haber sido abierto a firma de los Estados. En la actualidad, solamente dos países no han ratificado: Estados Unidos y Somalia.

1.7.2 En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como Ley Suprema de la Unión, ha sido modificada para dar eficacia a los derechos humanos y en el caso concreto, a los derechos de la Infancia. Los siguientes son los artículos de la Constitución directamente vinculados a la protección de la infancia.

El artículo 1º constitucional dispone que sólo en los casos y condiciones que la propia Constitución establece, podrán restringirse o limitarse las garantías individuales en ella establecidas y prohíbe cualquier tipo discriminación, motivada por el origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, 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.

Los artículos 8 y 9 de la Constitución garantizan, respectivamente, los derechos de petición y de reunión y asociación, pero restringen su ejercicio en materia política, sólo para los ciudadanos mexicanos, es decir, para los mayores de 18 años, de conformidad con el artículo 34 de la propia norma suprema.

El artículo 17 constitucional, que garantiza el acceso a la justicia, está sujeto a los plazos y términos que fijen las leyes y en el caso concreto, el artículo 23 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

Artículo 23.- La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

Los artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que se han modificado con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño son los siguientes:

El artículo 3º constitucional sufrió una reforma publicada el 28 de enero de 1992, con la que se dejó de exigir a los particulares dedicados a la educación, que esta sea laica, y que se mantengan ajenos a cualquier doctrina religiosa. Con fecha 5 de marzo de 1993, se estableció por primera vez, que todo individuo tiene derecho a recibir educación y que el Estado impartiría educación preescolar, primaria y secundaria y que a su vez, promovería y atendería todos los tipos y modalidades educativas, apoyaría la investigación científica y tecnológica y alentaría el fortalecimiento y difusión de la cultura. Así mismo, estableció la obligatoriedad de la educación primaria y secundaria, disposición que se reprodujo en la fracción primera del artículo 31 constitucional, como obligación a cargo de los responsables de los menores de edad.

El 12 de diciembre de 2002, se publicó una nueva reforma al artículo 3º Constitucional en la que se estableció que la educación preescolar, conjuntamente con la primaria y la secundaria, conforman la educación básica obligatoria y se ordenó en los artículos transitorios del decreto de reformas, la adecuación a dicha disposición en la Ley General de Educación, así como los procesos de unificación estructural, curricular y laboral de los tres niveles constitucionales obligatorios en un solo nivel de educación básica integrada.

Por su parte el artículo 4º constitucional se reformó mediante el decreto publicado en 28 de enero de 1992, a efecto de reconocer la composición pluricultural de la nación mexicana, sustentada originalmente en pueblos indígenas y de establecer que la ley protegerá y promoverá el desarrollo de las lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la

jurisdicción del Estado; todos esos factores debían considerarse en la enseñanza en escuelas rurales.

Posteriormente, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 2001, se derogó el párrafo mencionado, a efecto de desarrollar el tema de los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el artículo 2º Constitucional, en el que se establece la definición de Pueblos Indígenas, los Derechos que se les reconocen y las obligaciones a cargo de las autoridades para garantizar su vigencia, dentro de las cuales, son de resaltar en materia educativa: la de garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, en los que se favorezca la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización y la conclusión de la educación básica; la de establecer un sistema de becas para estudiantes indígenas en todos los niveles; la de desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, en materia sanitaria destacan: la de asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud y aprovechar la medicina tradicional; la de apoyar la nutrición mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil y para los hijos de indígenas migrantes, la de apoyarlos con programas especiales de educación y nutrición.

En 1999 se adicionó un párrafo al artículo 4 constitucional, por el que se reconoció el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar de los mexicanos.

El 7 de Abril de 2000, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo que se comenta, por la que se adicionaron tres párrafos, para quedar como sigue en lo referente al tema que nos ocupa:

“...Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral”.²⁸

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.

²⁸ *Recuento histórico de la LVII Legislatura: Las reformas constitucionales.* (consulta en Internet <http://www.cddhcu.gob.mx/cronica57/contenido/cont15/proces1.htm>), México, 10/09/2007

El estado otorgará facilidades a los particulares para que se coadyuve al cumplimiento de los derechos de la niñez”,²⁹

Con relación a esta reforma cabe mencionar que adolece de la definición de la edad límite para considerar la aplicación de los derechos de la infancia.

Esta omisión tiene implicaciones importantes, principalmente en materia penal, ya que algunas legislaciones penales estatales, por ejemplo, determinan los 16 años como la edad a partir de la cual se considera imputables a las personas, lo que significa que los menores de 18 años y mayores de 16 están sujetos a los mismo procedimientos e instituciones de reclusión para los adultos.

Por lo que hace al artículo 21 constitucional, éste se reformó mediante decreto publicado el 21 de septiembre de 2000, a efecto de determinar las garantías que en todo proceso penal deben tener tanto el inculpado como el ofendido o la víctima, dentro de las que sobresalen el derecho de no estar obligado a carearse con el inculpado, en caso de delitos de violación o secuestro, cuando la víctima sea menor de edad situación que debe reglamentarse en los Códigos procesales correspondientes.

El artículo 30 constitucional que determina quiénes tienen la nacionalidad mexicana se modificó mediante decreto publicado en el diario Oficial de la Federación el 30 de marzo de 1997, con el fin de establecer claramente que son mexicanos, aquellos nacidos en el extranjero, hijos de padres mexicanos, de padre mexicano, o de madre mexicana, ya sea que ambos o sólo uno de ellos, sea mexicano por nacimiento o por naturalización.

1.7.3 En la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Una vez modificado el artículo 4 constitucional en materia de infancia, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión remitió a la colegisladora, la minuta con el proyecto de Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, misma que fue estudiada dictaminada y aprobada por la

²⁹ Ídem

Cámara de Senadores y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000, con carácter de orden público, interés social y de observancia en toda la República Mexicana.³⁰

La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes se compone de cinco títulos que desarrollan los temas enunciados a continuación:

1. El título primero establece las disposiciones generales y las obligaciones a cargo de los ascendientes, tutores y custodios de los niños.

2. El segundo título desarrolla los siguientes derechos:

- De prioridad;
- A la vida;
- A la no discriminación;
- A vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo psicofísico;
- A ser protegido en su integridad, en su libertad y contra el maltrato y el abuso sexual;
- A la identidad;
- A vivir en familia;
- A la salud;
- A la educación;
- Al descanso y al juego;
- A participar;
- A la libertad del pensamiento, a tener una cultura propia;
- De las niñas, niños, y adolescentes con discapacidad.

3. El tercer título establece disposiciones sobre los medios de comunicación masiva.

³⁰ La Comisión de Justicia de la LVII Legislatura de la Cámara de Diputados. *Minuta del 27 de abril de 2000* (consulta en Internet www.asambleadf.gob.mx), México, 10/08/2007.

4. El cuarto título desarrolla el derecho al debido proceso en caso de infracción a la Ley Penal.

5. Finalmente, el título quinto regula la procuración de la defensa y protección de los derechos reconocidos, de las sanciones en contra del incumplimiento a la ley y del recurso administrativo aplicable en contra de dichas sanciones.

El texto de la Ley aprobada y vigente señala como objeto, el de garantizar a las niñas, niños y adolescentes, la tutela y respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

El contenido de la ley reproduce los principios y derechos enunciados en la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño aunque con limitaciones ya que de hecho, el principio del Interés Superior de la Infancia, esta limitado al ámbito legislativo, mientras que en la aludida Convención, se ordena considerar el interés superior de la infancia, en las determinaciones judiciales, administrativas o legislativas que se tomen en torno a casos específicos o generales y no solo en actos legislativos.

Un mecanismo efectivo para facilitar la coordinación política en los distintos niveles de gobierno y la aplicación de esta Ley, es el programa Nacional para la Atención de los Derechos de la Infancia y Adolescencia, cuya elaboración esta a cargo del gobierno federal, por disposición del artículo 7º de la ley multicitada. Dicho programa debe involucrar la participación de las entidades federativas y municipios, así como del sector privado y social, para instrumentar políticas y estrategias que contribuyan al cumplimiento de la ley, lo cual es positivo, porque con ello se trazan las principales metas y objetivos a seguir en las políticas públicas para la infancia, que orientarán los programas especiales a cargo de las dependencias gubernamentales, las cuales deberán coordinar sus actividades con las entidades federativas a efecto de llevar a cabo su ejecución.

También es acertado el tratamiento que la ley otorga al tema de la concurrencia, no sólo entre las autoridades, sino con la familia y la sociedad en general.

En principio, el mismo artículo 7º, establece que a los órganos o instancias de gobierno, en el ámbito de sus atribuciones, les corresponde asegurar la protección y el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, así como la toma de medidas necesarias para su bienestar, en consideración con los derechos y deberes de sus madres, padres y demás ascendientes, tutores, custodios y otras personas que sean responsables de su cuidado. Así mismo dice que es deber y obligación de la comunidad a la que pertenecen y en general de todos los integrantes de la sociedad, el respeto y el auxilio en el ejercicio de sus derechos, y precisamente como medida para hacer efectiva esta disposición es que ordena la adopción del Programa Nacional para la Atención de los Derechos de la Infancia y Adolescencia, antes mencionado.

En esa misma línea, la ley dedica el capítulo II del primer título, a regular las obligaciones de ascendientes, tutores y custodios, mismas que clasifica en dos vertientes:

a) La de procurar una vida digna a los sujetos activos de la relación, es decir, garantizarles el otorgamiento de alimentos, la satisfacción del pleno y armónico desarrollo de su personalidad en el seno de la familia, la escuela, la sociedad e instituciones, aun cuando el padre y la madre no vivan en el mismo lugar, ya que ambos tienen autoridad y consideraciones iguales por disposición legal, y

b) La de proteger a los niños en contra de toda forma de maltrato, perjuicio, daño, agresión, abuso, trata y explotación. En este supuesto, la ley prohíbe que los responsables del cuidado de los niños, atenten contra su integridad, en el ejercicio de la patria potestad o la custodia.

Como se puede advertir de la referida ley, para lograr el cumplimiento de esas obligaciones se establece que se deben prever los procedimientos y la asistencia jurídica necesaria, así como para que las autoridades en los distintos ámbitos de gobierno puedan intervenir con los medios legales pertinentes para evitar que se generen violaciones a los derechos de los niños, especialmente para impedir que éstos salgan del país sin el consentimiento correspondiente.

Igualmente dispone que los familiares, vecinos, médicos, maestros, trabajadores sociales, servidores públicos o cualquier persona, que tenga conocimiento de casos de maltrato, deberá avisarlo a las autoridades competentes.

Por otra parte en cuanto a la concurrencia, cabe mencionar que para el desempeño de las facultades conferidas a los responsables de los niños, la ley también impone a las autoridades la obligación de promover acciones conducentes para proporcionarles la asistencia adecuada.

El tema de la separación familiar se encuentra íntimamente relacionado con el de la autoridad competente para declarar esa determinación legal, ya que será un juez quien declare o ratifique legalmente el desmembramiento, previa garantía de audiencia que otorgue a los involucrados, lo cual me parece positivo, en razón de que tradicionalmente el Ministerio Público es quien determinaba dicha medida sin intervención de un juez, ni siquiera para la ratificación de la misma, lo cual es totalmente violatorio de las garantías de audiencia y legalidad.

Finalmente considero que el título quinto de dicha Ley se encarga de regular los mecanismos de protección de los derechos los cuales me parecen ineficaces, dado que en el capítulo primero de dicho título, denominado “de la procuración de la defensa y protección de los derechos de las niñas, niños, y adolescentes” en lugar de ordenar el establecimiento de una institución federal y la promoción de la creación de organismos locales, la ley cambia el objeto de una disposición de tal naturaleza, al manifestar que las instituciones que se establezcan contarán con personal capacitado y serán instancias especializadas con funciones de autoridad para la efectiva procuración del respeto de los derechos. A dichas instituciones les asigna facultades de vigilancia, representación de las niñas, niños y adolescentes, conciliación, asesoría, fiscalización, promoción de la participación social en la defensa y protección de los derechos de la infancia, así como la investigación, definición e instrumentación de políticas y mecanismos que garanticen la protección de los derechos y de aplicación de sanciones.

En la actualidad la institución que lleva a cabo las acciones de procuración y defensa de los derechos de la infancia, por lo menos respecto al Registro Civil y cobro de alimentos es el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia y no queda claro si dicho organismo será sustituido por el que se señala en la ley o si se trata de una nueva institución.

1.7.4 En la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal.

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

Esta Ley fue publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el día 31 de enero del año 2000, siendo Jefe de Gobierno, Rosario Robles Berlanga, esta Ley se anticipa a la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que es de carácter federal.

Este es el marco en el que la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal se sitúa, a partir de los derechos reconocidos en la Constitución Mexicana y en la propia Convención sobre los Derechos de las Niñas y los Niños, reconocer los derechos complementarios, delimitar las responsabilidades de cada individuo en sociedad a favor de la infancia, a través de la función protectora o tutelar y determinar los lineamientos precisos para la implementación de políticas y el desarrollo de sus respectivas funciones y acciones de gobierno por los diferentes organismos administrativos, para favorecer a las niñas y niños que tienen derecho a los servicios y beneficios de la política social, grupos de atención prioritaria, a los que están en riesgo de ser privados de sus derechos y a quienes por acción u omisión ya se encuentran privados de ellos.

“La Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal” contiene cuatro vertientes:

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

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

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

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

Todo lo anterior tiene una relación directa con las personas que detentan la guarda y custodia del menor, sean sus progenitores o no, y tienen como

obligación hacer cumplir tales derechos en beneficio de los menores que tienen a su cuidado.

1.7.5 En el Código Civil para el Distrito Federal.

Los distintos derechos tutelados en la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño los podemos encontrar en el Código Civil para el Distrito Federal en los artículos siguientes.

- Derecho a la vida.- el artículo 22 nos establece que el individuo entra bajo la protección de la ley, desde el momento en que es concebido. Por su parte el artículo 337 establece que para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno vive veinticuatro horas o es presentado vivo al registro civil.
- Derecho a la identidad.- Este derecho es protegido por el Código Civil, por ser este el que regula las disposiciones generales relativas al Registro Civil y que establece que en las actas de nacimiento, se debe asentar oficialmente tanto el nombre, como la nacionalidad del registrado y dispone en el artículo 55 la obligación de declarar el nacimiento del niño. Artículos, 58, 59, 60 y 62.
- Derecho a crecer dentro de un ambiente familiar.- En cuanto al derecho que tienen los niños y niñas a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos se encuentran protegido dentro de las disposiciones del Código Civil relativas al registro civil, filiación y reconocimiento. El reconocimiento lo realizan los progenitores de manera conjunta o separada y en el supuesto de que los progenitores no vivan juntos se debe determinar quien de ellos mantendrá la custodia del reconocido.
- Derecho a gozar de un nivel de vida adecuado para su desarrollo.- como se vera en líneas posteriores, las disposiciones relativas a las obligaciones derivadas de la filiación, la patria potestad y la tutela, para con el desarrollo adecuado de los niños han sido modificadas en el Código Civil, en el sentido de prevenir y sancionar las conductas de

violencia familiar, se eliminó la distinción entre los hijos nacidos dentro del matrimonio y los que no lo son.

- Derecho a la educación.- Este derecho lo encontramos en el artículo 308, que en su fracción segunda señala, que respecto de los menores los alimentos comprenden los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias, derecho que el Código Civil contempla en las disposiciones relativas a las obligaciones derivadas de la filiación, la patria potestad y la guarda y custodia.
- Derecho a la salud.- Encontramos que también dentro del artículo 308 que especifica el contenido de los alimentos, en la fracción primera se encuentra, además de la comida, el vestido, y la habitación; la atención médica, la hospitalaria y en su caso los gastos de embarazo y parto.
- Derecho a la seguridad social.- Dentro de este derecho, se encuentra inmerso el derecho a la salud que se observa con anterioridad y lo encontramos también en las disposiciones relativas al testamento cuando se da el caso del testamento inoficioso, el cual es aquel que queda sin efectos parcial o totalmente por no haber dejado lo necesario para la subsistencia de los descendientes menores de 18 años o los que estén impedidos para trabajar artículo 1368 en su fracción I, y el legado con fundamento en el artículo 1359 y que fija sus reglas en el artículo 311.
- Derechos de prevención y protección contra el maltrato al interior de la familia.- Así mediante diversas reformas se otorgan los mecanismos jurídicos para la prevención y sanción que tenemos en el título Sexto del Libro Primero del Código Civil, en el que se declara el derecho que tienen los integrantes de la familia a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física, psicoemocional, económica, y sexual y al efecto contarán con asistencia y protección de las instituciones públicas. Así mismo, se obliga a los integrantes de la familia a evitar conductas que generen violencia familiar, definiendo está en el artículo 323 Quáter. Ahora bien las conductas de violencia familiar traen como consecuencia

la limitación en el ejercicio de la patria potestad, conforme al artículo 444 Bis y como causal de divorcio, como se analizara en el capítulo siguiente.

- Protección en caso de separación familiar.- Se protege el derecho de convivencia entre ascendientes y descendientes cuando no habitan en el mismo domicilio artículo 416 Bis. Igualmente se contempla la figura de la custodia compartida en donde ambos padres comparten la guarda y custodia del menor.
- Protección en caso de adopción.- El adoptado se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos; es decir una vez declarada formalmente, el adoptado y el adoptante adquieren todos los derechos derivados de la filiación, sucesión, alimentos, patria potestad entre otros y se considera irrevocable.
- Protección a niños y niñas abandonados.- El juez debe cuidar provisionalmente de la persona y bienes del niño no sujeto a patria potestad, hasta que se nombre un tutor.

CAPÍTULO SEGUNDO

DE LA FILIACIÓN Y LA PATRIA PÓTESTAD.

2.1 Conceptos de filiación, maternidad y paternidad, la relación paterno filial.

Biológicamente todos los individuos son hijos de una madre y un padre pero su filiación se determina según sean las circunstancias de unión de los mismos.

Rojina Villegas distingue dos connotaciones del término filiación:

En sentido amplio, como su connotación natural lo indica, la filiación “comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; comprendiendo a todas las personas que descienden unas de las otras”.¹ De esta manera puede hablarse de la filiación en línea ascendente a los padres, abuelos, Bisabuelos, etc.

En un sentido estricto, como ha sido tomada por el Derecho, esta relación se reduce a la que existe entre el progenitor y el hijo, surgiendo de ella un conjunto de derechos y obligaciones que se crean entre aquellos, constituyéndose así un estado jurídico, es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre y el hijo.

Por tanto la filiación puede definirse “como la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra”.² Este hecho crea el parentesco de primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados.

La relación de filiación toma también los nombres de paternidad y maternidad, cuando se considera respectivamente desde el ángulo del padre o la madre.

¹ Rojina Villegas, Rafael, op. cit. tomo II, p. 629.

² Planiol, Marcel y Georges, Ripert. *Tratado Elemental de Derecho Civil*, 2ª ed., trad. José M. Cajica JR, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991 tomo II, p. 110 y 111. Cit. Por Rojina Villegas.

La maternidad según el Diccionario del Instituto de Investigaciones Jurídicas, proviene de materno, estado o calidad de madre. La maternidad tiene diversos efectos jurídicos: en relación a la filiación, al ejercicio de la patria potestad, a los alimentos, a las sucesiones, etc. Por lo que se refiere a la filiación, ésta resulta con respecto a la madre por el sólo hecho del nacimiento, una vez establecida ésta, el hijo tiene derecho a llevar el apellido de la madre.

El término paternidad, nos dice el diccionario antes citado, “proviene del latín *paternitasati*, condición de padre. Al igual que a la maternidad, el derecho le da diversos efectos jurídicos: en relación a la filiación, a los alimentos, a la patria potestad, etc.”³

Es del hecho biológico de la procreación de donde se derivan la serie de deberes, obligaciones, facultades y derechos entre el padre y el hijo; de ahí la importancia de su denominación.

La relación paterno-filial se caracteriza principalmente por los deberes de protección y asistencia que tienen los padres para con los hijos, necesitando como elemento auxiliar un principio de autoridad en los padres, que recibe tradicionalmente el nombre de patria potestad.

2.2 Diversas especies de filiación que regula el Código Civil para el Distrito Federal.

El artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal, nos define la filiación como:

Artículo 338. La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.

A su vez el artículo 338 Bis, sobre la misma menciona: *La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.*

³Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, op. cit., tomo II, p. 1700 (cit. por Galindo Garfías Ignacio)

Al respecto, es importante resaltar de la filiación:

Artículo 340.- La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento.

Artículo 341.- A falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen; pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión. Si faltare registro o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba.

Artículo 343.- Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre, de la madre y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo, si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

I. Que el hijo haya usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y su madre, con la anuencia de éstos.

II. Que el padre o la madre lo hayan tratado como hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; y

III. Que el presunto padre o madre tenga la edad exigida por el artículo 361.

La posesión de estado de hijo de matrimonio se prueba mediante los tres elementos antes citados.

De lo expuesto anteriormente se concluye que nuestra legislación provee de todos los medios posibles para preservar la institución de la familia, salvaguardando la individualidad del ser humano para los casos en que por capricho, la mujer quiera imputar al hombre, el hijo que él no ha procreado.

2.2.1 Hijos nacidos dentro del matrimonio.

El artículo 324 del Código Civil, prescribe los casos en que se considera a un hijo nacido dentro de un matrimonio y consecuentemente se da la filiación matrimonial; así puede decirse que este artículo contempla la regla general para establecer la situación de los hijos nacidos dentro del matrimonio, considerando como tales los que nazcan dentro del matrimonio y los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, aunque acepta

la prueba en contrario de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer .

Artículo 324.- Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

El citado artículo conforme al artículo 325 acepta la prueba en contrario:

Artículo 325.- Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer.

Los plazos legales a que hemos hecho referencia, se fijan en razón de los datos que la naturaleza nos marca. La gestación de un ser humano tarda 270 días, en la mayoría de los casos, plazo que puede acortarse o largarse por variado número de circunstancias, todas ellas consideradas biológicamente normales. Sin embargo, el tiempo mínimo de gestación para que el producto nazca vivo y viable, no puede ser inferior a 180 días, ni superior a 300 días.

Por otra parte el artículo 326 menciona aquellos casos en los cuales el cónyuge varón no puede impugnar su paternidad:

Artículo 326.- El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.

En este aspecto se niega validez a la declaración de la madre que alega que el hijo no lo es de su esposo, con lo cual se procura la protección de la familia, haciendo legítimos a todos los hijos de la esposa sobre los cuales el marido no haya contradicho la paternidad.

2.2.2 Hijos nacidos fuera del matrimonio.

“Cuando nace un hijo de mujer no casada, no existen bases jurídicas para atribuirle la paternidad a determinado varón, como si ocurre en el caso de la mujer casada, a cuyo marido atribuye la ley la certeza de la paternidad”⁴.

Nuestro Derecho admite el estado de filiación nacida fuera del matrimonio, sólo cuando se da un reconocimiento voluntario o se declara judicialmente la paternidad o la maternidad. En estos casos se produce un estado de filiación natural desde el momento en que la ley crea, entre padre e hijo, una serie de derechos y deberes, que como en el estado de filiación legítima, tiende a la actuación de la misión propia de la familia.⁵

A contrario sensu de la filiación matrimonial, la situación jurídica de los hijos de filiación extramatrimonial o natural se establece cuando sus progenitores no se encuentran ligados entre sí por el vínculo del matrimonio.

Es importante hacer notar que el Código Civil para el Distrito Federal, borra por completo la distinción que marcó la Ley Sobre Relaciones Familiares respecto de los hijos adulterinos, incestuosos, sacrílegos y naturales, comprendiendo en esta última categoría a todos los anteriores; de tal manera que desde un sentido estricto de la filiación (relación) no existe diferencia alguna, “puesto que la filiación alude a la procedencia biológica de una persona y esto es puramente un fenómeno de la naturaleza”⁶, de ahí que la filiación extramatrimonial reciba el nombre de filiación natural, ya que entre el hijo y sus progenitores, no existe ningún vínculo legal que los una entre sí para probar dicha filiación, hasta en tanto no sea reconocida por el progenitor expresamente o declarada por el órgano judicial.

Los hijos de filiación extramatrimonial o natural se establecen cuando sus progenitores no se encuentran ligados entre sí por el vínculo del matrimonio.

⁴ Montero Duhal, Sara. *Derecho de Familia*, México, Porrúa, 1992, p. 238.

⁵ Antonio Cicu. *La filiación*, trad. Faustino Giménez Teijeiro Arnau y José Santacruz Teijeiro, México, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, p. 20 y 23 (cit. por Rojina Villegas Rafael).

⁶ Galindo Garffías, Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso*, Parte General, Personas, Familia, 24^a ed., México, Porrúa, 2005, p. 654.

De tal manera que la filiación respecto de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta:

Artículo 360.- La filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que la así lo declare.

El reconocimiento voluntario es la manifestación espontánea de la voluntad de uno o ambos progenitores, de considerar como hijo al habido fuera de matrimonio.

2.2.3 Hijos adoptivos.

Nuestro derecho, tratando de imitar a la naturaleza, crea la figura de la adopción para hacer nacer una relación de parentesco entre dos personas, en la cual, una es el padre o la madre (adoptante) y el otro el hijo (adoptado) Es por lo tanto un parentesco, llamado parentesco civil, en razón de que tiene como fuente a la norma jurídica.

Es pues la adopción la “relación jurídica de filiación creada por el Derecho, entre dos personas que no son ni biológicamente, ni por afinidad, progenitor (padre o madre) e hijo”.⁷

Por lo tanto, el surgimiento de esta figura está dirigida principalmente a la protección de la persona y bienes del adoptado, así como a crear una familia en donde, por diversas circunstancias, no ha surgido.

La naturaleza jurídica de la adopción se entiende como un acto jurídico, es decir, requiere forzosamente de la expresión de voluntad de los sujetos que van a recibir sus consecuencias.

La adopción es un acto jurídico plurilateral de carácter mixto, en virtud de que intervienen tanto particulares, como representantes del Estado; es un acto jurídico en el que confluyen la voluntad del adoptante, la de los representantes legales del adoptado, en ciertos casos también la voluntad del adoptado (en nuestro derecho cuando el menor de edad es mayor de catorce años) y la

⁷ Montero Duhalt, Sara, op. cit., p. 320

voluntad de la autoridad judicial Juez de lo Familiar del Distrito Federal que decreta la adopción.

Es así como surge la denominación de hijos adoptivos, los cuales por creación de la ley, tienen un padre o una madre y en algunos casos ambos, y les son atribuidos los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de los hijos de filiación legítima.

Para crear la relación de parentesco por medio de la adopción, el Código Civil sustantivo para nuestra ciudad nos señala ciertos requisitos que deben cumplirse y que clasificaremos de la siguiente manera:

- Que la adopción sea benéfica para la persona que trata de adoptarse, atendiendo al interés superior de la misma (Artículo 390 frac. II).
- Nadie puede ser adoptado por más de una persona salvo que los adoptantes sean marido y mujer (Artículos 391 y 392).
- Para que la adopción tenga lugar deben consentir en ella; El que ejerza la patria potestad sobre la persona que se vaya a adoptar, el tutor, de quien lo haya acogido como hijo y el Ministerio Público.
- El consentimiento del menor que se vaya adoptar si tiene más de doce años.
- La autorización judicial.

Los efectos de la adopción se encuentran contenidos en el artículo 410-A,C, y D, que menciona:

Artículo 410-A.- El adoptado en adopción plena se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos del matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo.

La adopción plena extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con la familia de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio. En el supuesto de que el adoptante esté casado o tenga una relación de concubinato con alguno de los progenitores del adoptado, no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resulten de la filiación consanguínea. La adopción es irrevocable.

Artículo 410-C.- El Registro Civil se abstendrá de proporcionar información sobre los antecedentes de la familia de origen del adoptado, excepto en los casos siguientes y contando con autorización judicial:

I. Para efectos de impedimento para contraer matrimonio, y

II. Cuando el adoptado desee conocer sus antecedentes familiares, siempre y cuando sea mayor de edad, si fuere menor de edad se requerirá el consentimiento de los adoptantes.

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

2.3 Diversos conceptos de patria potestad.

La patria potestad ha sido motivo de análisis para diversos estudiosos del derecho, por eso aquí se presentan distintos conceptos.

Etimológicamente esta expresión deriva del latín *patrius*, a, *um*: padre y *potestas*, potestad, poder. Significó el poder del padre sobre la organización familiar donde ésta se sustentaba sobre ese poder, que era ejercitado no sólo sobre sus descendientes, sino sobre todo el grupo.

Sara Montero Duhalt define a la patria potestad como “una 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”.⁸

Nora Lloverás señala que la patria potestad “es la regulación jurídica de los deberes y derechos que se reconocen a los padres sobre la persona y bienes de sus hijos menores en una sociedad determinada”.⁹

El autor Ignacio Galindo Garffías, nos da el siguiente concepto: “es 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 hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de quienes han quedado establecida legalmente la

⁸ Montero Duhalt, Sara, op. cit., p. 339.

⁹ Lloverás, Nora. *Patria Potestad*, Buenos Aires, Ediciones Desalma, 1986, p. 147

filiación (consanguínea o civil)” Señala que “para lograr esta finalidad tuitiva que debe ser cumplida a la vez por el padre y por la madre, la patria potestad comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que éstos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere”.¹⁰

Para Rafael de Pina la patria potestad “Es el conjunto de facultades, que suponen también deberes conferidos a quienes la ejercen con relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlos en la medida necesaria”.¹¹

Marcel Planiol define a la patria potestad diciendo que es “el conjunto de derechos y poderes 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 de padres”, agrega que no debe perderse de vista que estos derechos y poderes, “únicamente se conceden a los padres, como consecuencia de los pesados deberes que tienen que cumplir; sólo existe la patria potestad porque hay obligaciones numerosas a cargo del padre y de la madre, las cuales se resumen en una sola fase, la educación del hijo”¹².

Eduardo A Zannoni, al abordar lo relativo a la patria potestad sostiene: “que la unión intersexual y la procreación constituyen los dos hechos biológicos básicos que presuponen las relaciones jurídicas familiares. La unión intersexual monogámica institucionalizada es la fuente de las relaciones matrimoniales, la procreación determina la filiación. A su vez la filiación importa el establecimiento de un complejo de relaciones entre padres e hijos, que en el ámbito de la familia satisfacen requerimientos de asistencia, protección y representación jurídica de éstos, mientras sean menores de edad y no hayan emancipado”.¹³

¹⁰ Galindo Garfías, Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso*, op. cit., p. 689.

¹¹ De Pina, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, Introducción, Personas, Familia, 13ª ed., México, Porrúa, 2000, vol I, p 373.

¹² Planiol, Marcel y Geors Ripert, op. cit., tomo II, p. 251.

¹³ Zannoni, Eduardo A. *Derecho de Familia*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, 1989, tomo II, p. 641.

Sergio García Ramírez señala que el derecho contemporáneo tutela la existencia y ampara el desarrollo de la familia con una protección creciente y notoria solicitud hacia los niños y niñas. Así la patria potestad se transforma en una función social en la cual está directamente interesado el estado y que atiende, con mayor énfasis el interés superior de los niños y niñas.¹⁴

Las definiciones descritas precedentemente, se advierte que en las mismas respectivamente se habla de los derechos y deberes que ejercen los padres o uno de ellos, y se señala también como una institución de asistencia y protección que tiene una naturaleza especial y un fin determinado; lo anterior debido a que el fundamento de la patria potestad está en la naturaleza humana que confiere a los padres la misión específica de asistir y formar a sus hijos, independientemente que el estado la acepte y regule, la patria potestad está en la naturaleza propia de las relaciones paterno-filiales.

Normalmente al hablar de la patria potestad se comprende todas las relaciones paterno- filiales, por lo que al investigar su naturaleza jurídica se incorpora la totalidad de la relación jurídica que corresponde a los progenitores y a los abuelos en su suplencia de aquéllos.

La figura de la patria potestad, persiste en la mayor parte de las legislaciones como una tradición, ya que solo significó el poder del padre, donde “patria” ya no es exclusiva del padre, sino compartida por igual con la madre o ejercida por los otros ascendientes, tampoco es “potestad” que es el poder, ya que no se otorga poder, sino se manifiesta una serie de facultades de quien la ejerce en razón directa de los deberes que deben cumplirse con respecto a los descendientes.

2.4 Origen o fuente real de la patria potestad.

Los antecedentes más remotos se tienen en Roma donde existió la patria potestad y sus efectos eran Terribles, durante mucho tiempo el paterfamilias pudo matar, mutilar, arrojar de su casa a los descendientes.

¹⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, op. cit., tomo IV, p.

En la antigua Roma la familia estaba organizada bajo un régimen patriarcal monogámico, ya que solamente uno de ellos ejercía la autoridad, forma que fue ejemplo para otros pueblos de la antigüedad, como los hebreos, los persas y los galos.

Entre los pueblos antiguos, la patria potestad tenía un sentido absoluto y despótico, nacido de la especial configuración política y religiosa de aquella época, pues había que tomar en cuenta que desde el punto de vista político al no existir el estado con las características y finalidades que más tarde aparecen, cada familia constituye en estado propio y lógicamente, el jefe de ese grupo debía asumir en su persona los atributos fundamentales del poder.

La organización patriarcal tenía bases tanto religiosas como económicas, el jefe de familia representaba al sacerdote de culto doméstico y magistrado para resolver los conflictos entre los miembros que integraban la familia, como consecuencia de esto, asumía el carácter de juez y legislador simultáneamente sobre el grupo de parientes que estaban sujetos a su potestad, esto lo hacía desenvolviéndose en forma autónoma. Para lograr la unidad, la duración y la estabilidad, el paterfamilias estaba investido de un conjunto de poderes en el ejercicio de esa autoridad, que es la patria potestad.

Se observa un exceso, en cuanto al derecho, del padre hacia sus hijos; hasta de matarlos o venderlos, no tenía límites este poder, era amplio hacia todos los descendientes de estos.

El origen de la patria potestad es un proceso paulatino y continuado de la autoridad paternal, el representante de toda la familia, el sacerdote único, el continuador de los ascendientes y raíz de los descendientes era el padre, la patria potestad era el reflejo del poder del padre que ejercía en todos los ámbitos de las relaciones familiares.

Para ejercer sus funciones de autoridad suprema, dentro de los diversos miembros de su domus, el paterfamilias se hallaba investido de un poder que se imponía de la siguiente manera:

Por medio de la *manus* poseía un vasto poder sobre su propia esposa y de las nueras casadas "*cum manus*".

Respecto de sus hijos, nietos e hijos adoptivos, ese poder era la “*patria potestad*”.

En cuanto a los esclavos que también formaban parte del grupo familiar, la autoridad del jefe de la familia era ejercida por medio del “*mancipum*”.

De esta forma se convertía en señor de los esclavos, patrón de los clientes.

Esa potestad se extendía durante la vida de los sujetos pasivos, no teniendo límite de edad, ni de consideración al matrimonio, manteniéndose hasta la muerte del paterfamilias.

Por ser el paterfamilias la única persona verdaderamente dentro de la familia de la antigua Roma, tenía plena capacidad de goce y ejercicio y una plena capacidad procesal, dependiendo de él y participando de la vida jurídica a través de él todos los demás miembros del *domus*.

En las relaciones personales, el paterfamilias tenía derecho de castigar a los *filius* familias, además poseía el derecho de vida y muerte sobre los descendientes, podía venderlos, abandonarlos, exponerlos y a través de *jus Noxae dandi* podía entregarlos a un extraño para con esto, librarse de toda responsabilidad por los delitos que ellos cometieran.

El hijo de familia no podía tener ninguna propiedad y todos los bienes que por cualquier razón obtuviera se integraban a la fortuna del patrimonio único del paterfamilias.

Gómez de la Serna al respecto nos señala “la mujer aún cuando se ha casado, el paterfamilias en realidad no desaparecía, simplemente cambia de tutor; una vez que la mujer había pasado a formar parte de alguna *domus* distinta a la original, el nuevo paterfamilias, en este caso su marido o su suegro, poseía el mismo poder sobre ella que sobre sus hijos., a través de este convenio *In manum* la esposa entraba en la nueva familia *loco filiae*, es decir ocupaba el lugar que le correspondía a una hija. Tiempo después cuando la *manus* quedó en desuso el marido continuaba teniendo el poder en el matrimonio romano, cabe hacer mención que estos hechos que regían a la

sociedad romana fue la base para la elaboración de las fuentes de la patria potestad.¹⁵

Esta situación fue reformada posteriormente por el pretor haciendo uso de las *actiones adictitiae qualitatis*, según nos comenta el romanista Gómez de la Serna dadas a favor de los Terceros que contrataban con los hijos de familia y con los esclavos.

La *iustae nuptiae* en el derecho romano era considerada como la fuente principal ya que de ella se deriva la base de la familia, era una forma de matrimonio que en ninguna forma tenía la importancia jurídica del matrimonio actual; era una unión duradera y monogámica de un hombre con una mujer, este presumía que el hijo en cuestión fruto del matrimonio en el cual nació.

Aunque fuera concebido antes del mismo y se limita en forma por demás drástica la facultad del padre para combatir esa presunción. Los hijos que nacían del *iustae nuptiae*, y de los cuales el padre no había logrado comprobar la imposibilidad de que no tuvo contacto carnal, caían en forma automática dentro de la patria potestad y podían reclamar alimentos de los padres y este a su vez tiene el deber de darlos.

La adopción era conocida como un acto solemne a través del cual un ciudadano romano quedaba bajo la potestad de otro ciudadano romano, previo acuerdo de los paterfamilias involucrados y quedaban establecidas entre ellos las mismas relaciones civiles que se hubieran dado si el *filiusfamilias* naciera de la procreación.

La adrogación permitía que un paterfamilias adquiriera la patria potestad sobre otro paterfamilias, es decir el adrogado cae bajo la potestad del adrogante.

La Ley Julia De Adulteriis, quitó al marido el derecho de vida y muerte sobre la mujer. Se privó al padre del derecho de entregar como prenda a los hijos.

La jurisdicción doméstica quedó reducida a un derecho de corrección.

¹⁵ Gómez de la Serna, Pedro. *Curso histórico exegético del Derecho Romano*, 3ª ed., Madrid, 1863, tomo I, p. 66.

Se prohibió la venta de los hijos, salvo en los casos de extrema necesidad.

En las compilaciones de Justiniano la patria potestad sufre una transformación, con ella se siente una notable pérdida de los derechos del paterfamilias.

Basados en las relaciones personales que el paterfamilias ejercía; el derecho de vida y muerte se transforma en una facultad de corrección y de denuncia ante el magistrado, el resto son suprimidos y en gran medida restringidos. En lo que respecta al patrimonio se modifica debido a la creación de Peculios.

En el Siglo II de nuestra era, fue cuando este derecho se convirtió en una corrección moderada, toda vez que para el caso de que el padre quisiera darle muerte a su hijo por alguna causa que así lo ameritaba, tenía que hacer la acusación delante de magistrado, que era la única autoridad facultada para hacerlo.

Posteriormente, en el derecho moderno se reglamentó el ejercicio de la patria potestad como función social, a efectos de que más que un conjunto de derechos, se ponga una serie de obligaciones y responsabilidades en beneficio a los sujetos a ellas, toda vez que también la sociedad y el estado tiene interés en la adecuada formación de menores.

La influencia estatal hace un debilitamiento del poder paterno, y la vida familiar, que es uno de los ámbitos más íntimos y privados del humano, recibe la influencia y la intervención estatal, otorgando licitud a las relaciones entre los sujetos, imponiendo normas imperativas o prohibitivas, donde ahora es una de las instituciones más reguladas por el orden jurídico.

Actualmente este derecho no es exclusivo del padre, sino es a su vez compartido por igual con la madre, ya no es un poder absoluto, pues trae consigo derechos y obligaciones para aquél que la ejerce, es decir, hay una relación jurídica bilateral.

La patria potestad es más que un poder, una función, pues en el transcurso de los tiempos ha evolucionado, perdiendo el carácter acusadamente autoritario que tuvo en el derecho romano y en el germánico,

hasta convertirse en una institución destinada a la defensa de la persona y bienes del menor, a la que no es extraña la intervención del estado.

La patria potestad es una Institución necesaria que da cohesión al grupo familiar. En las antiguas legislaciones surgía legalmente solo dentro de la familia legítima, no se establecía respecto de los hijos naturales.

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

2.5 Objeto de la patria potestad.

En la actualidad la patria potestad tiene una función protectora y formativa del hijo; en la que los progenitores o en su caso ascendientes, tienen el deber de que sus descendientes tengan un sano desarrollo físico, así como emocional y educativo, dado que es un derecho relativo, concebido y dispuesto en interés del hijo y no de los progenitores.

Por lo tanto la patria potestad es una institución encaminada a proteger a la infancia, tanto a los hijos nacidos dentro del matrimonio, como los nacidos fuera de éste así como los adoptivos, ya que en los tres casos, tienen derecho a una educación en todos sus aspectos.

Se debe tomar en cuenta la necesidad que tienen los menores de protección a su persona y a sus bienes, y tomando en consideración los vínculos consanguíneos que crea la familia, los que por su propia naturaleza ofrecen mayores garantías de cumplimiento de los fines de la patria potestad.

También la autoridad interviene como órgano de control para el ejercicio de ese derecho, para enderezar la dirección impresa al mismo, impedir el mal

uso de ese derecho, reprimiéndolas y si es posible, prevenir el abuso, mantenimiento a la patria potestad en su papel y en su espíritu.

De aquí que por patria potestad debemos entender el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidas 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 período.

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

Es evidente que el funcionamiento de la patria potestad está en la naturaleza humana que confiere a los padres la misión específica de asistir y formar a sus hijos.

Con relación a su naturaleza jurídica podemos encontrar las siguientes opiniones:

Galindo Garfías nos señala que la patria potestad “es una institución establecida por el derecho, con la finalidad de asistencia y protección de los menores no emancipados, cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de nacidos de matrimonio, de hijos nacidos fuera de matrimonio o de hijos adoptivos”.¹⁶

Quiero señalar que la patria potestad es una institución necesaria para la cohesión del grupo familiar que comprende tanto a la familia legítima como a la ilegítima.

Así podemos concluir que antiguamente la patria potestad implicaba el derecho de vida o de muerte que el “*pater*” tenía sobre las personas sujetas a él, visión que poco a poco, fue cambiando para dirigir su atención a la niñez, estableciendo no sólo derechos para quien ejerce la patria potestad, sino también deberes, pues los primeros sólo existen en función de estos últimos y

¹⁶Galindo Garfías, Ignacio, op. cit., p. 689.

para facilitar su cumplimiento, así se convierte de un poder en una verdadera función social.

De esta manera la ley ha querido que este deber de proteger y cuidar a los hijos, no dependa de la existencia del vínculo matrimonial, sino de la procreación o de la adopción que impone a cargo de los padres la ineludible obligación de criarlos y educarlos correctamente.

2.6 Sujetos activos y pasivos que intervienen en la patria potestad.

Para precisar quienes son los sujetos que intervienen en la patria potestad es necesario señalar que esta figura tiene como esencia o contenido fundamental, de orden natural, el hecho trascendente de la procreación ya que de ésta se deducen todas las consecuencias de orden jurídico y ético. Del mismo orden natural, se deduce quién es la persona o personas que tiene el deber de ejercer la Patria potestad sobre sus descendientes.

Estas facultades y deberes de carácter asistencial que nacen entre los parientes colaterales, como hermanos, tíos, sobrinos, etc., tienen hacia los ascendientes y descendientes un aspecto de potestades y sujeciones establecidas para la protección de los hijos. Es así que como ya se puede ver que la patria potestad encuentra su fundamento tanto en la filiación como en la paternidad, siendo ésta la relación biológica del padre y la madre respecto del hijo.

Así la filiación es entendida como un vínculo jurídico que bien puede ser de naturaleza biológica, en cuyo caso la ley reconoce la relación consanguínea entre ascendientes y descendientes en todos los grados o derivada de un acto jurídico como es el caso de la adopción.

No se puede dejar de mencionar la existencia de la reproducción asistida y la que se obtiene con la declaratoria judicial, es decir, mediante sentencia firme que determine favorablemente el reconocimiento de la paternidad.

Sujetos Activos: Son quienes deben desempeñar el cargo de la patria potestad, que son los padres conjuntamente o solamente la madre o sólo el

padre; los abuelos tanto paternos como maternos, unos u otros o uno sólo de cada pareja.

En el Derecho Romano, como ya se menciono, el ejercicio de la patria potestad estaba confiado exclusivamente al paterfamilias, cargo que correspondía al más viejo de los ascendientes varones en línea recta. Y así se ha ido extendiendo de encargarse la patria potestad a ambos progenitores.

Sujetos Pasivos: Son aquellos sobre quienes se cumple o desempeña el cargo de la patria potestad. Lo son únicamente los hijos o nietos menores de edad, nunca sobre los mayores de edad, ni tampoco sobre aquellos que no tienen padres o abuelos.

2.7 Características de la patria potestad.

Galindo Garfías en su obra Primer Curso de Derecho Civil, menciona que la patria potestad en sus principios era absoluta y vitalicia, es decir, intransferible, imprescriptible y de carácter permanente. Sin embargo, no era irrenunciable, dado que el paterfamilias "...tenía derecho de castigar a los *filius* familias poseía el derecho de vida y muerte sobre ellos, podía vender a los hijos, exponerlos y a través del *ius noxae* podía entregarlos a un extraño para librarse de toda responsabilidad por los delitos cometidos por ellos. Podía exponerlos o desampararlos".¹⁷

Ahora la patria potestad pondera la protección de aquél que por su minoría de edad se encuentra incapacitado jurídicamente y desprotegido físicamente, es decir, actualmente se norma la función protectora de los padres con respecto a sus menores hijos originada de la relación paterno-filial.

La patria potestad va a atender a un deber de cuidado y protección que interesa al estado, de ahí que deba su carácter de orden público y que garantice su función protectora a través de otros elementos tales como la irrenunciabilidad, imprescriptibilidad, intrasferibilidad, temporalidad, además de ser excusable.

¹⁷ Galindo Garfías, Ignacio, op. cit., p.691.

Desde los Códigos de 1870,1884,1928 hasta la actual codificación, con una pequeña variante en la Ley Sobre Relaciones Familiares, se ha establecido como requisito para la persona sobre la que se ejerce la patria potestad: ser menor de edad, no estar emancipado y contar con al menos un ascendiente con derecho a ejercer sobre él la misma .

El actual Código determina cómo se cumplirá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio y cuando los mismos son habidos fuera de él.

El hijo nacido fuera de matrimonio, es aquel que nace cuando su madre no estaba unida en matrimonio. Para esto se toma en cuenta el momento de la concepción que la ley determina a través de presunciones, dentro del término mínimo y máximo del embarazo.

2.7.1 De orden público.

Martínez Morales en su libro Derecho Administrativo, define el Orden Público como: “el conjunto de normas con trascendencia jurídica, absolutamente obligatorias e irrenunciables, que tienen por finalidad mantener determinada eficacia del derecho”¹⁸. En el mismo sentido el Orden Público se encuentra inmerso en el derecho, sin hacer distinción en público o privado, ya que se presenta en las relaciones de los particulares entre si, en este caso el Orden Público se ve en el derecho privado, en aspectos de familia.

Güitrón Fuentevilla al respecto comenta en relación a que las disposiciones referidas a la familia son de orden publico que: “Esto significa que no se pueden sujetar a la voluntad de sus miembros y mucho menos que pueda ser materia de negociación. La voluntad de los particulares no puede eximir o imponer derechos, deberes u obligaciones, que no estén sancionados por la ley”.¹⁹

Como hemos visto la patria potestad tiene un origen natural derivado de la procreación, es decir, la constante protección de los progenitores en relación

¹⁸ Martínez Morales, Rafael I. *Derecho Administrativo Tercer y Cuarto Cursos*, 3ª ed., México, Ed. Oxford, 2000, p. 172.

¹⁹ Güitrón Fuentevilla, Julián y Roig Canal, Susana. *Nuevo Derecho Familiar*. México, Porrúa, 2003 p. 69.

con los hijos, lo cual marcó la necesidad de su reconocimiento legislativo al ser considerado su ejercicio una función social con aras de proteger, organizar y desarrollar integralmente a los sujetos partícipes de ella.

El artículo 138Ter del Código Civil, establece que las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basadas en el respeto a su dignidad.

El orden público vinculado con la jurisdicción y la autoridad, permite la imposición de una sanción o una situación jurídica determinada, que se contrapone a lo privado, a lo individual, a lo personal.

No olvidando mencionar que la Convención sobre los Derechos del Niño, señala a los tribunales judiciales a velar por el interés superior del mismo, como se verá más adelante.

2.7.2 Irrenunciable.

La patria potestad tiene un aspecto de obligatoriedad, ya que constituye una función jurídica y de potestad; las potestades son poderes jurídicos que se atribuyen a una persona, no para que ésta realice a través de ellos sus propios intereses, sino el interés de otra u otras personas, ya que de renunciarse a esa potestad, ello se haría indudablemente contra el orden público y en perjuicio de terceros, que son los hijos, y porque el artículo 6 del Código Civil para el Distrito Federal establece que sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, y cuando la renuencia no perjudique derechos de terceros.

El Maestro Castán Vázquez cita a Josserand, quien sostiene “La patria potestad constituye una de las bases de la familia y es parte integrante del estado de las personas, por lo que podría ser ampliada, no reducida, por la

voluntad de los interesados y, sobre todo, no puede ser objeto de una abdicación por parte del padre.²⁰

La patria potestad es irrenunciable de acuerdo al artículo 348 del Código Civil, toda vez que es una función social de orden público que constituye una de las bases de la familia, por lo que no puede ser tirado al azar por voluntad de los padres.

2.7.3 Intransferible.

La patria potestad es de carácter familiar por lo tanto es de carácter personalísimo, no pueden por ello ser objeto de comercio, no pueden transferirse por ningún título oneroso, ni gratuito, solamente existe una forma de transmisión que es la derivada de la figura de la adopción.

Algunos autores afirman que la patria potestad puede ser transmisible excepcionalmente, es decir, puede ser atribuida a otro la titularidad activa de la patria potestad.

Ignacio Galindo Garfías, afirma: "...solo puede trasmitirse como consecuencia de que el juez de lo familiar haya aprobado a la adopción como medida protectora del interés del adoptado..."²¹

2.7.4 Imprescriptible.

La patria potestad no se adquiere, ni se extingue por el transcurso del tiempo, quien está obligado a desempeñarla y quien no lo hace, no pierde por ello su obligación, ni su derecho para entrar a su ejercicio, como así lo señala el maestro De La Mata Pizaña cuando dice sobre la misma que: "Es

²⁰ Castán Vázquez, José María. *La Patria Potestad*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1960, p. 37.

²¹ Galindo Garfías, Ignacio, op. cit., p. 697.

imprescriptible, en tanto que no ejercer la patria potestad por un tiempo no hace Terminar los derechos y obligaciones que derivan de ésta”.²²

2.7.5 Temporal.

Dura tanto como la minoridad de los hijos, no se extiende más allá de la mayoría de edad, pudiendo cesar antes por emancipación.

El artículo 641 del Código Civil establece:

Artículo 641.- El matrimonio del menor de dieciocho años produce la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad.

2.7.6 Excusable.

La patria potestad no es renunciable, pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse, por las causas establecidas por el artículo 448 del Código Civil que dice:

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

I. Cuando tengan sesenta años cumplidos;

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

De la Mata Pinzaña al respecto comenta: “La diferencia entre excusa y renuncia es que la primera debe de estar fundada en una causa previa establecida en la ley, mientras la segunda es una cuestión potestativa basada en una causa posterior a que se ha ejercido el cargo.”²³

²² De la Mata Pizaña, Felipe de la y Garzón Jiménez, Roberto. *Derecho Familiar*, México, Porrúa, 2006, p. 262.

²³ Mata Pinzaña, Felipe de la y Garzón Jiménez, Roberto, op. cit., p. 262.

2.8 Personas que ejercen la patria potestad.

Corresponde al los padres, y cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguna de ellas corresponderá su ejercicio al otro; a falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en el ordenamiento sustantivo civil ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez.

2.9 Personas sujetas a la patria potestad.

En el Código Civil para el Distrito Federal, la patria potestad es una institución que nace de la relación paterno filial; con las finalidades de asistencia y protección de los menores, ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos; ya que no depende del vínculo matrimonial, sino de la procreación o de la adopción que impone a cargo de los padres la ineludible obligación de criarlos y educarlos convenientemente.

2.10 Efectos jurídicos de la patria potestad en el Código Civil

La patria potestad nace de la filiación, por tanto existe en la relación entre los progenitores con los hijos, ya sean estos nacidos dentro del matrimonio, como nacidos fuera de matrimonio o hijos adoptados.

Incumbe a los progenitores el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de los derechos inherentes al ejercicio de la patria potestad, por otra parte también incumben los derechos y deberes de quienes se encuentran sujetos a la misma

2.10.1 Deberes y derechos de las personas que ejercen la patria potestad, en relación a las personas sujetas a esta.

La patria potestad como institución de Derecho Civil, está constituida por un conjunto de deberes y facultades que tienen los que ejercen la misma con respecto a la persona, bienes y representación legal de quienes se encuentran sujetos a ella, menores de edad no emancipados, por lo que tiene una función protectora sobre estos, los cuales se detallaran a continuación.

2.10.1.1 Deber y derecho de respeto y de relacionarse de manera armónica

El respeto a la persona es uno de los deberes familiares y se da como recíproco y complementario entre los miembros de la familia, colocándolos en un plano de igualdad.

Al efecto el artículo 411 del Código Civil establece:

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

Quienes detentan la patria potestad tienen la responsabilidad de relacionarse de manera armónica con sus hijos menores de edad, independientemente de que vivan o no bajo el mismo techo.

2.10.1.2 Deber y derecho de guarda y custodia.

Otro de los deberes es la guarda y custodia, la Licenciada Alicia Pérez Duarte, citando a Mayrant Albert, la señala 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”.²⁴

²⁴ Pérez Duarte, Alicia, *Derecho de Familia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 229.

Debido a lo anterior, es que el Código Civil establece como obligación al hijo que este sujeto a la patria potestad, que no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ello o decreto de la autoridad competente, esto se observa en el artículo 421 del Código Civil.

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

A su vez el artículo 416 señala que en caso de separación de quienes ejerzan la patria potestad ambos deberán continuar con el cumplimiento con sus obligaciones y deberán convenir los términos de su ejercicio particularmente en lo relativo a la guardia y custodia de los menores, y en caso de desacuerdo el juez de lo familiar resolverá lo conducente, basado en el interés superior del menor quien quedara bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro esta obligado a colaborar en su alimentación y crianza.

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.

2.10.1.3 Deber y derecho de convivencia con el menor por parte del ascendiente que no tenga la guarda y custodia, en caso de separación de quienes ejercen la patria potestad.

La parte final del párrafo segundo del artículo 416 del Código Civil faculta al progenitor que no tenga la custodia del menor para ejercer su derecho de convivencia con su hijo conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.

Así mismo el artículo 417 establece que en caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia en la controversia o en el incidente respectivo, deberá oírse a los menores independientemente de su

edad siendo asistido este por el asistente de menores que designe el DIF para que el juez resuelva en base al interés superior del menor, lo que a derecho corresponda.

2.10.1.4 Derecho de custodia compartida.

En relación a la custodia compartida el artículo 282 en sus fracciones quinta y sexta nos indica de qué manera se aplica la custodia compartida:

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 designen los cónyuges, pudiendo éstos compartir la guarda y custodia mediante convenio.

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

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

VII a IX...

X. Las demás que considere necesarias.

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

El artículo 283 en su párrafo segundo prevé la posibilidad de la existencia de una guarda y custodia compartida de los menores para el caso de que los cónyuges decidan disolver su vínculo. Esta figura será explicada con mayor profundidad en capítulos subsecuentes.

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

I...

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

III a VI...

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.

2.10.1.5 Causas por las que podrá limitarse o suspenderse el derecho de convivencia del ascendiente que no tenga la guarda y custodia del menor hijo.

Las únicas causas para limitar o suspender el derecho de convivencia antes descrito, son el incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza o peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos, y solo por mandato judicial, esto de acuerdo a lo indicado en el párrafo tercero del artículo 16 Bis del Código Civil.

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 convivir con ambos progenitores.

Y en la fracción tercera las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, misma que solo será limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores.

2.10.1.6 Deber y derecho de corrección.

Los que ejercen la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia tienen la facultad de corregirlos conforme a lo dispuesto en la parte inicial del artículo 423 del Código Civil, esta disposición les da alternativa a las personas que la ejercen de recurrir a las autoridades para que estas, al convertirse en auxiliares en la consecución de este objetivo impongan correctivos o formulen amonestaciones.

La facultad de corregir no implica infligir al menor actos que atenten contra su integridad física, psíquica o ambas, así los menores pueden ser

reprendidos sin que en ningún caso puedan incurrir en los supuestos definidos en algún tipo penal.

De la facultad u obligación de corregirlos y vigilar a los hijos se desprende la responsabilidad en que incurren las personas que ejercen sobre ellos la patria potestad, por los daños y perjuicios causados por los menores que están bajo su poder y que habiten con ellos, si son daños que se han causado por falta de una adecuada vigilancia de quienes ejercen la patria potestad sobre la persona del hijo que se encuentra bajo su custodia, aun cuando el hecho dañoso haya ocurrido fuera de su presencia.

2.10.1.7 Deber y derecho de asistencia de alimentos.

Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez, definen el derecho de alimentos como: “La relación jurídica de interés público que existe entre un acreedor alimentario y un deudor alimentario, donde el segundo se obliga a darle al primero todo lo necesario para su subsistencia en términos de la ley “.²⁵

Nuestro Código Civil impone a los ascendientes que la ejercen el deber de suministrar alimentos a los descendientes respecto de los que ejercen la patria potestad. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grados, de acuerdo a lo señalado por el artículo 3º del Código Civil.

La obligación alimentaría que en principio es propia de los padres, tiene su fuente en el parentesco y comprende todo lo que sea necesario para su subsistencia como es la comida, el vestido, la habitación, la atención médica y hospitalaria, gastos para su educación, etc. Es, así una obligación recíproca, en el sentido de que el que los da está facultado para después exigirlos. La forma normal de cumplir con esta obligación alimentaría respecto a sus descendientes es mantener al hijo en el seno de la familia, en el hogar.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió jurisprudencia en el sentido de que los hijos mayores de edad pueden continuar disfrutando de una

²⁵ Mata Pizaña, Felipe de la y Garzón Jiménez, Roberto, op. cit., p. 53.

pensión alimenticia, ya que su necesidad no se encuentra satisfecha de manera automática por la circunstancia de haber cumplido dieciocho años.²⁶

En cuanto al deber de educación que tienen los que ejercen la patria potestad es importante señalar que:

Los sujetos activos respecto del derecho de educación comprende a los progenitores así como al estado, así el derecho de los padres a educar a sus hijos se relaciona con el derecho elemental que toda persona tiene a educarse y la libertad de enseñanza que se despende del Artículo 3º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo texto señala:

Artículo 3.- Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado- Federación, Estados y Municipios- impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación primaria y la secundaria son obligatorias. La educación que imparta el estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia...

Igualmente el artículo 31 Constitucional establece: Son obligaciones de los mexicanos: “hacer que sus hijos o pupilo concurran a las escuelas públicas o privadas para obtener la educación primaria y secundaria, y reciban la militar, en los términos que establezca la Ley...

En cuanto al Código Civil para el Distrito Federal, el artículo 422 menciona con respecto al derecho de las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad el cual incumbe la obligación de educarlos convenientemente (art. 422 C.C.). En consecuencia educar no implica la preparación de los menores para subsistir, si no también propiciar la convivencia social en un ambiente ético, moral y espiritual apropiados, lo que les permitirá desenvolverse adecuadamente como ciudadanos en un momento dado como padres de familia ideales.

2.10.1.8 Deber de ejemplaridad.

²⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Alimentos Hijos Mayores de Edad. Obligación de Proporcionarlos. Séptima Época Instancia: Tercera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo IV, Parte SCJN, Tesis: 38, P.25.

El concepto ejemplaridad de acuerdo al diccionario de la lengua española significa “calidad de ejemplar”, a su vez “ejemplar” significa que sirve de ejemplo.

En el derecho familiar denota llevar a cabo una conducta digna y decorosa que sirva de buen ejemplo, pues atendiendo al contenido de la parte final del artículo 423 del Código Civil que establece:

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

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

2.10.1.9 Deber de representación legal.

La representación es el acto jurídico por el cual una persona dotada de poder, obra a nombre y por cuenta de otra. El poder es una facultad atribuida a una persona (representante) para obrar en nombre y por cuenta de otra (representado). El menor de edad es sujeto de derecho, es decir, cuenta con la facultad de goce, a pesar de esto, para su ejercicio necesita de aquellos nombrados por la ley como sus legítimos representantes, esto es, de los titulares en el ejercicio de la patria potestad.

Al respecto el artículo 23 del Código Civil dispone:

Artículo 23.- La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

En el tema de estudio los que ejercen la patria potestad son los legítimos representantes de los menores que están bajo ella, de acuerdo a lo establecido por el artículo 425 del Código Civil.

En el caso de la patria potestad, la representación fenece hasta la Terminación de la misma, ya sea por:

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.

Tratándose de la representación en juicio el artículo 427 del citado ordenamiento indica:

Artículo 427.- La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para Terminarlo si no es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

2.10.1.10 Deber de administración y derecho de usufructo.

Los efectos de la patria potestad no recaen exclusivamente sobre las personas de los hijos, sino que también éstas se extienden a los bienes que los mismos poseen o puedan adquirir y que mientras no alcancen su mayoría de edad, no pueden disponer libremente de su persona ni de sus bienes.

Las personas que ejercen la patria potestad tienen la obligación tanto de dar cuenta de su administración como de entregar a sus hijos luego que estos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen, como lo disponen los artículos 439 y 442 del Código Civil.

Las personas que ejercen la patria potestad tienen la facultad de administrar los bienes del menor, los cuales son de dos clases; los bienes que adquiere por su trabajo y los bienes que adquiere por cualquier otro título.

En cuanto a los primeros estos son propiedad integra del menor, y los que adquiere por cualquier otro título como herencia, legados o donaciones, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra

mitad del usufructo corresponde a la persona que ejerce la patria potestad, lo anterior conforme a lo establecido por los artículos 428 y 430 del Código Civil.

La idea fundamental que persigue las facultades de administración en materia de patria potestad, es la de conservación de los bienes. Por ello las personas que ejercen la patria potestad, no pueden enajenar ni gravar en manera alguna los bienes inmuebles y los muebles preciosos que corresponden al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o evidente beneficio, y con la previa autorización del Juez de lo Familiar ante quien deberá probarse dichas circunstancias. Otorgada esa autorización, el Juez de lo Familiar que conceda la licencia, deberá cuidar que el producto de la venta se dedique al objeto para el que se destinó y que el saldo se invierta en la adquisición de su inmueble o se imponga con segura hipoteca a favor del menor como lo disponen los artículos 436 y 437 del Código Civil.

Una vez que los hijos lleguen a la mayoría de edad o se emancipen, la persona que ejerce la patria potestad, le debe de entregar todos los bienes y frutos que le pertenecen.

2.10.1.11 Deber de responsabilidad civil.

Quienes ejercen la patria potestad pueden incurrir en responsabilidad respecto de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo esta y que habiten con ellos, como lo señala el artículo 1919:

Artículo 1919.- Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos.

2.10.2 Derechos y deberes de las personas que están sujetas a la patria potestad en relación a las personas que la ejercen.

Los menores sujetos a la patria potestad tienen con respecto de quienes ejercen la misma sobre ellos, deberes y derechos los cuales se detallarán a continuación.

2.10.2.1 Derecho y deber de respeto y de relacionarse de manera armónica.

El deber de respeto a los padres y demás ascendientes así como de relacionarse de manera armónica cualquiera que sea su estado, edad y condición, no se debe extinguir al terminar la patria potestad de quienes se encuentran sujetos, lo que se infiere del artículo 411 del Código Civil, que a la letra dice:

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

Quienes detentan la patria potestad tienen la responsabilidad de relacionarse de manera armónica con sus hijos menores de edad, independientemente de que vivan o no bajo el mismo techo.

2.10.2.2 Derecho de convivencia con el otro ascendiente que no tenga la guarda y custodia, en caso de separación de quienes ejerzan la patria potestad.

El artículo 416 establece que tratándose de separación de quienes ejercen la patria potestad:

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.

En relación a la convivencia el artículo 416 Bis señala:

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 cualquier 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.

2.10.2.3 Derecho de domicilio legal.

El artículo 421 al respecto del domicilio legal nos menciona:

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

Este precepto tiene el objeto de velar por la seguridad e integridad corporal del hijo, brindar dirección en su educación, vigilar su conducta a través de la convivencia cotidiana bajo el mismo techo.

Se reputa domicilio legal del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto, así lo establece la fracción primera del artículo 31 del Código Civil:

Artículo 31. Se reputa domicilio legal: Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto...

De lo anterior podemos concluir que el domicilio legal será el lugar donde su progenitor fije su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

2.10.2.4 Derecho y deber de dar alimentos.

La obligación alimentaria que en principio es propia de los padres, tiene su fuente en el parentesco. Es, así una obligación recíproca, en el sentido de que el que los da está facultado para después exigirlos. La forma normal de

cumplir con esta obligación alimentaria respecto a sus descendientes es mantener al hijo en el seno de la familia, en el hogar.

Los alimentos incluyen todo lo relativo a la manutención, atención médica y hospitalaria, y tratándose de los menores comprende también los gastos relativos a educación primaria y secundaria, así como el proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales. En cuanto a la educación se puede decir que es únicamente un derecho para el menor y un deber para el que ejerce la patria potestad, como se menciono en incisos anteriores.

2.11 Pérdida de la patria potestad.

La perdida de la patria potestad es la modalidad más grave a la que se encuentra sujeta esta institución, acorde con los severos motivos que la ley contempla para su procedencia. Tradicionalmente la pérdida de la patria potestad se consideró como la separación irreversible del progenitor en relación a la institución. Ello era una construcción jurisprudencial que respondía a la entidad de las causas que llevaban a la declaración respectiva.²⁷

Los supuestos de privación de la patria potestad obedecen a la consideración que el legislador ha realizado al interés superior del menor.

Así el artículo 444 establece que:

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.*
- 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;*

²⁷ D' Antonio, Daniel Hugo. *Derecho de Menores*, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 237 y 238.

V. *Por el abandono que el padre o la madre hicieron 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.*

La pérdida de la patria potestad, se presume en nuestra legislación, siempre por una causa grave imputable al que la ejerce, así la persona que resulta condenada en materia penal, por haber cometido delito grave dos o más veces, pierde su derecho de ejercer la potestad, el motivo de esto resulta bastante lógico, pues esta institución se ha creado con la finalidad de proteger al menor, darle un buen ejemplo, una educación apropiada, por ello la persona que delinque ya no cubre este supuesto ético jurídico.

En materia civil también se sanciona con la pérdida de la patria potestad de quien la ejerce, principalmente como consecuencia y efecto del divorcio. Así, la sentencia de divorcio debe de tener dentro de su contenido, una parte que se refiere a la situación que deberán tener los hijos.

En los diversos casos que señala ese artículo, los ascendientes que ejercen la patria potestad pierden los derechos inherentes a esta, pero no quedan librados de las obligaciones que les incumben, las cuales continuarán con todo vigor a favor de los hijos, es decir, deberán de proveer con lo necesario para la alimentación y educación de sus hijos.

Dentro del amplísimo campo de las actividades humanas, ya desde los comienzos de la historia, se distinguen de modo nítido las acciones dañosas, perjudiciales o peligrosas para la sociedad o los individuos que la componen, de aquellas otras que, en el sentido colectivo, son necesarias, beneficiosas o simplemente indiferentes. Algunas de las primeras, en concreto las que resultan insostenibles al grupo según la escala de valores establecidos por el grupo mismo, quedan terminantemente prohibidas, previniéndose las correlativas sanciones para quienes las realicen pudiendo evitarlo.

Todas las conductas delictivas son indudablemente antisociales y en la misma forma son un mal ejemplo de los menores, por lo que se considera que las conductas de aborto, incesto y lenocinio que son cometidas con la voluntad

consciente dirigida a la ejecución de un hecho dañoso, hechas por quien ejerce la patria potestad, deben ser una causa de pérdida de la misma.

Estas conductas afectan destructivamente las relaciones familiares y sociales, la valoración procura la protección de los que se encuentran bajo la patria potestad; y se valora para, evitar que se extienda el desorden causado, así como para buscar y en sus casos también castigar a los responsables de dicho desorden.

2.12 Suspensión de la patria potestad.

El Diccionario Práctico de la Lengua Española, refiere como suspender “privar a alguien por algún tiempo de su cargo, empleo, funciones, etc., generalmente como castigo...”.²⁸

En virtud de ser la patria potestad una institución temporal, que las relaciones paterno-filiales, por ser limitado el número de personas a quienes se confiere su ejercicio, y por la consecuencia que trae aparejada el incumplimiento de algunos de los deberes que de ella emanan, llega el momento en que ocurre su suspensión o bien la pérdida del derecho a ejercitarla, debiendo tomarse en cuenta que algunas veces la referida pérdida o suspensión del citado derecho a ejercitar la mencionada patria potestad lleva implícita su suspensión o extinción.

Para Rafael de Pina, la suspensión es: “una medida que tiene carácter temporal. Se suspende la patria potestad cuando por razón de alguna incapacidad no la puede seguir desempeñando quien la ejerce, o por haber sido la persona sentenciado a pena que lleve consigo la suspensión”.²⁹

Para Manuel F. Chávez Asensio citando a Eduardo A. Zannoni, refiere: “La suspensión es una medida preventiva que no implica, necesariamente, como en el caso de la pérdida, una sanción al padre o a la madre. Aquí se trata de evitar que el hijo carezca de una adecuada asistencia y representación

²⁸ *Diccionario Práctico de la Lengua Española*,. 2ª. Reimpresión, México, Larousse, 2003. p.782.

²⁹ De Pina, Rafael, op. cit., p. 381.

jurídica, por lo que procede en supuestos en que aún sin mediar conducta culposa o dolosa el padre o madre, no pueden éstos proveer a esa asistencia y representación”.³⁰

De acuerdo con el artículo 447 patria potestad se suspende:

- I. Por incapacidad declarada judicialmente.
- II. Por la ausencia declarada en forma.
- III. Cuando el consumo del alcohol, el habito de juego, el uso no Terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que este sea al menor.
- IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.
- V. Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso su vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consaguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado.
- VI. Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente”.³¹

2.13 Limitación de la patria potestad.

Con relación a la limitación a la patria potestad, el Código Civil en su artículo 444 Bis, señala:

Artículo 444 Bis.- La patria potestad podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación, tomando en cuenta lo que dispone este Código.

³⁰ Chávez Ascencio, Manuel F., *La Familia en el Derecho*, México, Porrúa, 1990, p. 326.

³¹ *Código Civil para el Distrito Federal*, op. cit.

2.14 Terminación o extinción de la patria potestad.

De acuerdo con el Diccionario Práctico de la Lengua Española, extinción se refiere a: “n.f. Acción y efecto de extinguir; extinción de un incendio. 2 cesación de una función o actividad; extinción de un contrato laboral. 3. Desaparición, supresión.”³²

Rafael de Pina en su Diccionario Jurídico señala como extinción:

“Desaparición de los efectos de una relación jurídica o de un derecho”.³³ Igualmente nos dice que la patria potestad: “se acaba cuando, sin acto culpable por parte de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella, señalando ciertos acontecimientos por los cuales deba concluir”.³⁴

Al efecto el artículo 443 establece lo siguiente:

La patria potestad se acaba:

- I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien caiga.
- II. Con emancipación derivada del matrimonio.
- III. Por la mayoría de 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 en el artículo 901 Bis del Código de Procedimientos Civiles.

Para Ignacio Galindo Garfías: “La extinción se presenta cuando ella se acaba de un modo absoluto”.³⁵

En el caso que cualquier progenitor muera, la ley señala los ascendientes que pueden entrar en sustitución.

³² *Diccionario Práctico de la Lengua Española*, op. cit., p. 355.

³³ De Pina, Rafael y otro, *Diccionario de Derecho*, México Porrúa 2000, p. 282.

³⁴ De Pina, Rafael. op. cit. p. 381

³⁵ Galindo Garfías, Ignacio, op. cit. p. 707.

Al respecto, a la no-existencia de parientes próximos al menor, coloca al mismo en una situación tal que lo libera de estar bajo la patria potestad de algún ascendiente, porque existe la certeza de que no posee ascendientes en el grado que señala la ley quien ejercerá tal facultad. En su sustitución entrará el tutor.

En cuanto al menor que contraiga nupcias, este quedará por este hecho liberado de la patria potestad de sus padres y demás ascendientes, desde luego sin extinguirse sus obligaciones de hijo.

Con relación a la mayoría de edad esta causa es más usual para terminar el ejercicio de la patria potestad debido a que la misma es exclusiva para la protección y custodia de los menores de edad.

2.15 Excusa del ejercicio de la patria potestad.

La patria potestad en cuanto a los deberes que la misma impone no puede excusarse por voluntad unilateral del titular en su ejercicio, pues solo la autoridad judicial esta facultada para aprobar la excusa propuesta; de otra manera, equivaldría a una renuncia, y es sabido que la misma de pleno derecho es improcedente.

En un principio la patria potestad es irrenunciable, sin embargo, hay excepciones a esta regla como las que consagra el artículo 448 del Código Civil que señala:

Artículo 448.- La patria potestad no es renunciable, pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse.

I. Cuando tengan sesenta años cumplidos.

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

2.16 Función que se atribuye moderadamente a la patria potestad.

La patria potestad considerándola como una institución propia de los ascendientes y en beneficio de sus descendientes, tiene como finalidad primordial, el criar y educar a los hijos, y en medida en que esto se realiza, se justificará la autoridad de los ascendientes sobre sus descendientes, así como la subordinación en que se encuentran estos respecto de aquellos.

Por lo tanto a la patria potestad se la atribuye la función protectora y formativa del hijo.

CAPÍTULO TERCERO

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

3.1 Concepto de guarda y custodia compartida.

Para Gerard Poussin y Anne Lamy, la custodia compartida es un régimen de custodia que ayuda a mantener vivo el doble vínculo de paternidad, puede ser solicitado por uno o por los dos progenitores y ya solicitada esta opción, es un convenio el que se encarga de establecer el régimen de vida que llevará el hijo con cada uno de sus progenitores.¹

Salberg, Beatriz en su libro "Los niños no se divorcian" se refiere a la custodia compartida como "La asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes; el respeto al derecho de los niños a continuar contando, afectiva y realmente con un padre y una madre, y el aprendizaje de modelos solidarios entre ex-esposos pero aún socios parentales".

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

Así custodia compartida se puede definir como un acuerdo mediante el cual, tras la separación de los progenitores que estén en matrimonio o concubinato, los hijos pasan una parte de su tiempo con uno y otra parte con el otro, de una forma más o menos equitativa, tomando en cuenta sus circunstancias personales, por lo que constituye un derecho que tienen los referidos hijos y progenitores a seguir teniendo una relación paterno filial y materno filial igualitaria y justa.

¹ Gerard Poussin, Anne Lamy, *Custodia Compartida. Como aprovechar sus ventajas y evitar tropiezos*, España, Espasa Calpe, 2004, p. 27.

En razón de lo anterior, la aludida custodia compartida permite a los padres compartir los derechos y obligaciones más importantes respecto a los hijos.

3.2 Tratado Internacional y Derecho Comparado sobre la Guarda y Custodia Compartida.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño es de suma importancia dentro del marco de los derechos humanos, puesto que en ella se definen los derechos reconocidos previamente por la comunidad internacional a toda persona, así como aquellos propios de la niñez, frente a la sociedad, a la familia y al estado, como quedo asentado en el punto 1.7.1. del Capítulo primero de este trabajo de investigación.

La Convención posee un doble valor: el jurídico, que permite la incorporación de algunos derechos del niño al Derecho Internacional vinculante y la consecuente revisión de la legislación nacional para asegurar su compatibilidad; y el moral o político, que permite legitimar las aspiraciones populares y sirve como marco de referencia para la evaluación del desempeño de los programas de todo gobierno, independientemente de consignas ideológicas. También afirma y codifica valores universales, se presta a esfuerzos de concientización y capacitación a nivel sectorial, local o inclusive popular, cuyo valor real muchas veces no depende de su vigencia formal.

Al respecto los tratados y convenciones más relevantes en relación con la guarda y custodia compartida son los siguientes:

3.2.1 La guarda y custodia compartida en la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989 en vigor el 2 de Septiembre de 1990.

Los artículos 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10,11,12, 14, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 24 27, 37, 40, de esta Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, contienen principios, que son directrices o disposiciones generales tendientes a orientar las acciones relacionadas con la aplicación o interpretación de dicha

convención, los que a continuación se detallan y a los que podemos denominar como: “No Discriminación”, “Interés Superior del Niño”, “Efectividad de los Derechos” y “Corresponsabilidad entre el Estado, Familia y Sociedad”.

1. No discriminación.

El artículo 2º de la Convención establece el respeto y el aseguramiento de la aplicación de los derechos en ella enunciados, a cargo de los estados parte, sin discriminación alguna derivada de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición. Es importante resaltar de este artículo que no solamente establece la prohibición de algún tipo de discriminación basada en las mencionadas características de los niños o niñas, sino también de sus padres o representantes legales.

A través de dicho artículo los estados parte se comprometieron a tomar todas las medidas apropiadas para garantizar la protección adecuada contra cualquier forma de discriminación hacia los niños, sus familiares o sus representantes.

2. Principio del interés superior del niño

El artículo 3º establece el principio del Interés Superior del Niño, mismo que además de ser una consideración primordial a tomar en las determinaciones judiciales, administrativas o legislativas, en las que esté involucrado un niño, sirve para resolver los conflictos de intereses entre este último y cualquier otra persona adulta.

Como ejemplos de la rectoría del principio que se analiza, en la interpretación o aplicación de la Convención, podemos citar otros artículos de ésta, que hacen patente la necesidad de velar por el interés superior del niño, tales como:

El artículo 9º, que establece que el niño no será separado de sus padres salvo cuando sea necesario en su interés superior; el artículo 18 que dispone que la protección fundamental en la crianza y el desarrollo del niño será su interés superior; el artículo 21 que indica que los estados parte cuidarán de que el interés superior del niño sea una consideración primordial

en materia de adopción; el artículo 37 que señala que en los casos de privación de la libertad de un niño, del que se alega que ha infringido las leyes, este deberá estar separado de los adultos, a no ser que ello se considere contrario a su interés superior, y finalmente, en ese mismo supuesto, el artículo 40 que ordena que la causa penal será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, en presencia de un asesor jurídico y de sus padres o representantes legales, a menos que ello se considere contrario a su interés superior.

El artículo 3º que se analiza, también establece el compromiso de los estados parte sobre el aseguramiento de la protección y cuidado necesarios para el bienestar de los niños, teniendo en cuenta los derechos y deberes de los padres o tutores y con ese fin tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Principio de la efectividad de los derechos

Conforme al artículo 4º del citado instrumento internacional, el ejercicio de los derechos consagrados en la comentada convención deberá hacerse efectivo mediante las medidas administrativas, legislativas y de otra índole que deberán ser adoptadas por los estados parte, por haberse comprometido a ello.

Es decir el establecimiento de mecanismos eficaces para su ejercicio es un derecho oponible al estado, por lo que podría concluirse que es un derecho que permite el ejercicio de otros derechos.

4. Principio de la corresponsabilidad entre el estado, la familia y la sociedad

El artículo 5 se refiere al papel de los responsables de los niños (madres, padres, tutores, representantes o familiares) en el ejercicio de sus derechos, que visto como principio rector, establece un marco general para los diversos artículos que regulan situaciones sobre la relación entre el Estado, la familia y el niño. El artículo en comento textualmente dispone lo siguiente:

“Los estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la

*evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.*²

De la transcripción anterior, se desprenden tres consideraciones fundamentales, que son:

1.- La reafirmación del rol natural de los padres en la crianza y educación de los niños.

2.- La confirmación de que son los niños mismos quienes ejercen sus derechos.

3.- La introducción al concepto de la evolución progresiva de la competencia del niño a ejercer sus derechos con creciente autonomía, que permite superar una aparente contradicción entre los dos primeros conceptos.

Por otra parte además del principio rector a lo largo del texto de la convención se establecen derechos y responsabilidades dirigidos a los niños, a las familias y al estado, en los que se parte de la idea de que el mejor ambiente para el desarrollo del niño, es el de la familia y que en consecuencia, ésta deberá ser respetada en su intimidad y apoyada en la labor de velar porque ese desarrollo sea adecuado, desde el punto de vista físico, mental, espiritual, moral y social. No obstante, si ese ambiente familiar es contrario al interés superior del niño, éste deberá ser separado de su familia como medida tendiente a su recuperación y reintegración social.

Ejemplos de esta relación entre el niño, la familia y el estado los podemos encontrar en diversas disposiciones contenidas en la mencionada Convención, los que se mencionan a continuación: El artículo 18 establece, que la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño radica en los padres o, en su defecto, en los tutores, cuya preocupación fundamental será, como ya se ha mencionado, su interés superior y quienes para el desempeño de esa función deberán recibir la asistencia apropiada por parte del estado.

En materia de nutrición, salud y atención sanitaria preventiva para los niños, también deberán ser orientados o capacitados de conformidad con lo

²Convención sobre los Derechos del Niño. (consulta en Internet http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm), México, 20/10/2007

establecido en el artículo 24. A su vez, los estados parte se comprometieron a adoptar las medidas apropiadas para ayudar a los responsables de los niños a que éstos tengan un nivel de vida adecuado para su desarrollo, según lo dispone el artículo 27.

Así mismo, la integridad de la familia está protegida por los artículos 10, 11 y 22, relativos a la reunificación familiar; a su vez el artículo 16, protege la intimidad de la familia, contra injerencias arbitrarias, mismo que encuentra un límite en los artículos 9, 19 y 20 los que establecen la protección del niño contra los maltratos, supuestos en los cuales, la injerencia por parte del estado no se considerará arbitraria siempre y cuando se realice en estricto apego a la legalidad, es decir, que la decisión sea tomada por autoridad competente a reserva de revisión judicial, estos tres últimos artículos también establecen que en caso de determinar la separación del niño y su familia, aquélla sea en consideración a su interés superior.

Con independencia del análisis posterior que se realizará sobre los derechos concretos proclamados por la Convención, cabe mencionar que algunos de ellos pueden ser ejercidos directamente por los niños o a través de sus representantes, en tanto que otros, deberán ser eficaces mediante acciones realizadas por el estado a efecto de proteger el desarrollo integral de los niños y niñas aún en contra de sus padres o responsables. Es decir, la relación entre la familia y el estado, se regula tendiendo al equilibrio entre el derecho del niño o niña y de la familia, a ser protegidos contra injerencias arbitrarias o ilegales.

5.- Derecho a crecer dentro del ambiente familiar.

El artículo 7 establece como derecho del niño, el reconocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, con lo cual, al igual que con otros artículos de la Convención, se refuerza la disposición relativa a que la familia es el lugar donde idealmente los niños pueden y deben crecer, siempre y cuando ello no contravenga su interés superior.

6.- Derecho a gozar de un nivel de vida adecuado para su desarrollo.

El derecho que los niños y niñas tienen de gozar de un nivel de vida adecuado para su desarrollo, se encuentra relacionado con el derecho de

crecer dentro del ambiente familiar, ya que la Convención a través de sus artículos 5, 18 y 27, reconoce que los padres y madres tienen responsabilidades comunes y que éstos o los tutores o los representantes de los niños y niñas, son los “responsables primordiales” de su crianza y de que tengan un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, así como de impartirles dirección y orientación conforme a la evolución de sus facultades respecto del ejercicio directo de sus derechos.

A su vez, se establece el compromiso de los estados parte, de prestar la asistencia apropiada a los responsables de los niños para el desempeño de sus funciones, así como de crear instituciones o instalaciones en los que se preste el servicio de guarda de los niños cuyos padres trabajen. También se comprometieron a proporcionar asistencia material y programas de apoyo, particularmente respecto a la nutrición, vestuario y vivienda, en los casos necesarios.

Cobra relevancia lo dispuesto en el cuarto párrafo del artículo 27, mismo que establece que los estados tomarán las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia a cargo de quienes tengan la responsabilidad financiera del niño, con independencia del lugar en que resida, ya que si el acreedor alimenticio tiene su domicilio en un estado diferente al del niño, deberán promover la adhesión a los convenios internacionales que resuelvan ese tipo de conflictos, con el objeto de hacer efectivo el derecho consagrado en dicho artículo.

También es necesario mencionar que no solamente se establecen obligaciones a cargo de la familia, misma que además deberá ser apoyada por el estado en los casos necesarios, sino que también se establece la obligación a cargo de éste, de respetar los derechos y deberes de los responsables de los niños, tales como los ya mencionados en los artículos 5, 18 y 27 o el de guiarlos en el ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de conformidad con lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 14, por ejemplo.

7.- Protección en caso de separación familiar.

Como se mencionó en el apartado anterior, el maltrato al interior de la familia puede llegar a ser causa de separación familiar; pero también puede actualizarse dicha situación aún y cuando no exista maltrato, como es el caso de divorcio o separación de los padres, en el que se debe determinar el lugar de residencia del niño o la niña. Al respecto, el artículo 9 de la Convención establece que se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en el procedimiento que se entable y de dar a conocer sus opiniones, situación reforzada por el segundo párrafo del artículo 12 que establece la obligación de dar oportunidad al niño involucrado en algún procedimiento judicial o administrativo que lo afecte de ser escuchado, sea directamente o por medio de un representante.

Igualmente, existe una separación, cuando el estado adopta alguna de las medidas sancionadoras, tales como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte, del padre, de la madre, de ambos o del niño y en ese supuesto, el estado deberá proporcionar la información básica sobre el ausente, a no ser que resulte perjudicial para el niño.

Ahora bien, en el caso de encontrarse el padre, o la madre, en un estado distinto al en que se encuentre el niño, toda solicitud hecha por cualquiera de ellos para entrar o salir, a efecto de tener una reunión de la familia, deberá ser atendida de manera positiva, salvo si existiesen restricciones legales 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. En íntima relación con este supuesto, los estados parte se comprometieron a tomar medidas pertinentes para evitar los traslados ilícitos o retenciones ilícitas de niños en el extranjero, para lo cual deberán promover la concertación de acuerdos internacionales a efecto de cumplir con dicha obligación.

En consideración a los supuestos en que el ambiente familiar de un niño es contrario a su interés superior, se acuerda el compromiso de adoptar medidas para su protección, misma que de conformidad con el artículo 19, deberán comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia

necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de maltratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Si se toma la determinación de separar al niño de su familia, ya sea temporal o permanentemente o si se presenta otro de los supuestos de separación familiar antes descritos tendrá derecho a la protección y asistencia especiales del estado, el cual deberá garantizar otros tipos de cuidado, como por ejemplo la colocación en hogares de guarda, la adopción o de ser necesario, su colocación en una institución adecuada para su protección y en cualquier caso, se deberá dar continuidad a su educación y respetar su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, según lo dispone el artículo 20.

8.- Protección en caso de adopción

De las medidas de protección mencionadas, la adopción es muy apropiada, en razón de que se estaría proveyendo al niño de un ambiente familiar, siempre y cuando los estados tomen las medidas pertinentes a efecto de evitar que con ella, en lugar de beneficiarlo, se afecte el interés superior del niño, razón por la cual, a través del artículo 20 se comprometieron a velar por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa, su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.

También reconocen que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen, siempre y cuando goce de salvaguardas y normas equivalentes a las existentes respecto de la

adopción en el país de origen y se garantice que la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella.

3.2.2 La declaración sobre igualdad parental en Francia de Julio de 1999.

La declaración fue creada en la conferencia internacional sobre la Igualdad parental, del 25 al 31 Julio 1999 en Langeac, Francia, misma a la que asistieron los delegados de las organizaciones de padres y madres de los países de Inglaterra, Irlanda, Alemania, Chile, Holanda, Argentina, España, Francia, los cuales tenían un acuerdo de que la “tuición” compartida (custodia compartida) representaba los mejores intereses de los niños, los padres y la sociedad en general.

En la referida conferencia se hizo promoción a la “tuición” compartida (custodia compartida), dentro de las familias casadas tanto como las familias separadas, argumentando que esta es una prioridad que debería estar apoyada por las instituciones gubernamentales.

Reportes hechos por los delegados a la aludida conferencia, de la situación en cada país, permitieron la formación del Comité Internacional Sobre la “tuición” compartida (custodia compartida) con el objeto de identificar las “mejores practicas” en la promoción de la misma, lo que permite que se hagan recomendaciones a las autoridades del estado a un nivel trasnacional.

En la Conferencia se acordó la firma de un documento que precisa los principios de la “tuición” compartida (custodia compartida) la cual se llamó Declaración de Langeac.

“La Declaración de Langeac”³ contiene los siguientes principios:

1. Los padres y madres deben tener igual estatus en la vida de los hijos, y por consiguiente deben tener iguales derechos e iguales responsabilidades.
2. Cuando los padres no pueden ponerse de acuerdo, los niños deben pasar igual periodo tiempo con cada padre.

³ Declaración de Langeac, Francia, 1999, (consulta en Internet <http://www.geocities.com/papahijo2000/langeac.html>), México, 2/11/2007

3. La Paternidad sólo debe ser basada en la relación de padre-hijo y no en la relación entre los padres. Los niños tienen el derecho de conocer a ambos padres y “viceversa”.

1. Los intereses del niño.

a) Los intereses del niño no pueden ser vistos como predefinidos y como una entidad separada de los padres y la familia o como algo para ser definido por las autoridades públicas o profesionales. Los padres actuarán como el medio para interpretar los intereses de sus niños, excepto en casos extremos de abuso individual o incapacidad Parental.

b) Si es necesario las autoridades públicas y terceras partes pueden y deben apoyar proactivamente a las familias y los miembros de la familia, cuando ellos necesitan ayuda. Sin embargo, en ningún caso, excepto que si el abuso es severo podrán tener el derecho para intervenir cuando los padres no lo desean.

c) El niño tiene el derecho de vincularse y comunicarse con sus padres en cualquier situación.

d) La paternidad biológica debe ser establecida al nacimiento por vía de la comprobación del test de ADN. Para cualquier prueba de ADN, toda la evidencia material y los archivos deben destruirse inmediatamente una vez determinada la paternidad (o no-paternidad).

2. Los contratos electivos entre los padres.

a) Los padres podrán firmar contratos legalmente válidos en los que puedan variar sus derechos individuales respecto a los hijos, por ejemplo: en una familia cualquiera, los padres pueden acordar compartir no igual en tiempo y dinero si ese es el deseo de ambos, o incorporar cláusulas que involucren el mantenimiento de uno de los cónyuges. Las oficinas gubernamentales relacionadas con esta área se encargarán de celebrar contratos y fórmulas apropiadas para simplificar las alternativas involucradas en el costo de tales procedimientos.

b) Los padres tendrán acceso a consejería y a las fórmulas de avenimiento que deseen para cada caso, sea vía mediación o intervención

judicial, expresadas en instrumentos válidos que permitan la formalización de métodos tales como la división del tiempo de residencia, etc.

3. El respeto para la libertad individual de acción de cada padre

a) No se modificará, excepto cuando no se alcance los requerimientos mínimos de cooperación Parental.

b) La distancia geográfica: cuando uno o ambos padres deseen cambiarse a alguna parte que signifique problemas potenciales de contacto respecto al otro padre, el significado de la ruptura para los niños, y los costos de transporte pueden requerir de autoridades externas para tomar decisiones que afecten la cantidad de tiempo que pasen los niños con cada padre. Esto es porque la libre decisión de los adultos respecto a dónde vivir puede estar en conflicto con los compromisos necesarios de la residencia Parental. Las decisiones al respecto deben tomar en cuenta todos los factores, por ejemplo la necesidad de un trabajo que obligue al desplazamiento geográfico, y la necesidad de respetar las decisiones y opciones de los adultos. No deben hacerse asunciones basadas en el dogma de la residencia estable.

4. Los padres adoptivos, la familia extendida y otros elementos significativos.

Los niños tienen derecho de vínculo y de comunicación tanto sobre los miembros de la familia nuclear como de la familia extendida y viceversa. El “padre residente” tiene el derecho de la decisión final respecto a varios eventos sociales, excepto los que respecta a la familia extensa, padres biológicos y adoptivos. El niño tiene el derecho a saber de sus padres naturales, de recibir y enviar comunicados, con prueba que esto ha llegado.

5. El contexto político-legal.

a) El contexto político-legal en que se deciden los temas de familia y problemas de género deben ser claros y justos para ambos sexos, sin ninguna discriminación positiva o negativa. Las relaciones entre hombres, mujeres y niños se tratarán de modo de evitar la competencia y polaridad entre ellos. No

debe haber presunción que las necesidades de un grupo atropellen los intereses de otros.

b) El interés superior del niño será definido por ambos padres en forma conjunta. En el caso de separación, estos serán definidos por cada padre en su tiempo residencial con el niño. Sólo en el caso donde un abuso contra el niño ha sido comprobado, pueden otras partes o cuerpos públicos adquirir el derecho de tomar decisiones paternales en este aspecto. En todos los otros casos, su poder de decisión debe limitarse a la habilidad para ofrecer ayuda y apoyar a las familias en necesidad.

6. La igualdad en el trabajo:

a) Los padres de ambos sexos, tendrán iguales derechos a las licencias por nacimiento y enfermedad de sus hijos en sus respectivos trabajos.

b) Las estructuras de trabajo deberán plantearse de modo que ambos padres puedan participar lo más que posible en la vida de sus hijos.

c) Esto indiscutiblemente requiere la reestructuración del empleo de manera que se refleje en horarios de trabajo similares a los horarios escolares primarios y secundarios. Esta propuesta se hace, por supuesto, sobre la base de la tendencia global de disminuir las horas de trabajo para permitir el acceso mayoritario de los ciudadanos al empleo, y con el objetivo de enriquecer los vínculos emocionales y funcionales entre las generaciones.

7. La mediación, la discreción judicial y la participación de los profesionales y las Terceras partes.

a) La mediación de profesionales como terceras partes serán deseables cuando el interés superior del niño así lo requiera. La residencia no dependerá de la opinión de profesionales sobre la cooperación o no-cooperación Parental.

b) Ciertas decisiones requieren de consenso. Deben establecerse estructuras legales para habilitar esto, a través de terceras partes o directamente. Ejemplos de tales decisiones: vacunaciones (cuidados médicos), opción de escolaridad, calendarios de la residencia, etc.

c) Sólo en el caso que los padres no puedan llegar a un acuerdo mutuo, la intervención de mediadores en el primer caso y de la corte como un recurso final se hará necesario.

d) En casos donde los padres simplemente no logren alcanzar un acuerdo, directamente o a través de la mediación, los jueces tomarán las decisiones por ellos. Esto no implicará que las autoridades tengan el derecho para decidir respecto al tiempo que los niños permanezcan con cada uno de los padres, sino con el modo en que se distribuya el tiempo entre ellos, bajo la regla del 50% para ambos padres.

e) La justicia no debe solamente administrarse sino ser justa también. Los procedimientos de tribunales deben ser evitados tanto como sea posible. En los casos en que estos procedimientos sean necesarios se deberá resguardar el derecho a la protección de la identidad de las partes involucradas, sin perjuicio de que los registros de los procedimientos y los fundamentos de las decisiones deben ser de disponibilidad pública. En virtud de lograr un registro adecuado, se deberán preservar electrónicamente o estenográficamente los informes de todos los procedimientos llevados a cabo.

f) La mediación debe estar disponible antes, durante y después de la separación o divorcio. La mediación debe ser independiente de las Cortes Judiciales. Debe ser siempre un servicio público libre, optativo y neutral en cuanto a género. Las cortes deben respetar los acuerdos e intervención de la mediación.

8. Las finanzas.

a) Si los padres son financieramente capaces, cada padre será financieramente responsable de la mitad los costos de los cuidados del niño. Este costo puede ser predeterminado sobre la base de los costos mínimos de manutención y cuidados del niño, de los que serán los responsables los padres en primera instancia, y el estado u otros cuerpos responsables cuando los padres no cumplan o no puedan cumplir sus obligaciones.

b) Cualquier otro acuerdo o contrato entre los padres respecto al mantenimiento financiero y otros problemas del cuidado del niño pueden realizarse por acuerdo mutuo entre ambos padres. Es decir, ambos padres

pueden firmar contratos legalmente válidos que varíen sus derechos básicos, por ejemplo, mutuamente dando derechos a más o menos dinero o al tiempo residencial a uno o el otro padre.

9. El abuso del niño.

I) La crueldad; II) La negligencia; III) La violencia; IV) El abuso sexual deben tratarse bajo las leyes penales pertinentes, y no bajo las leyes de residencia y la igualdad parental. La presunción de inocencia hasta probarse la culpabilidad debe aplicarse en todos los casos excepto aquellos de la letra b.

a) La evaluación de abuso del niño debe ser hecha sin prejuicio. Los cuatro tipos de abuso no tendrán orden de prioridad en decisiones judiciales. A menos que las imputaciones sean de tal gravedad que afecten la seguridad inmediata del niño, ninguna decisión debe tomarse para suspender la residencia con cualquier padre.

b) Donde existan las imputaciones y la residencia se haya suspendido, debe tener lugar una inmediata investigación provisoria para evaluar peligros de residencia, con un máximo de duración de dos semanas y luego, si la imputación es falsa se restituirá el contacto según el principio de 50/50 u otro acuerdo de doble residencia instaurado. La separación no debe usarse como una oportunidad de revisar los derechos de residencia de uno de los padres.

c) Las denuncias falsas y perjurio deben castigarse severamente bajo el Código criminal.

d) Como la Inculcación Maliciosa (Alienación Parental) significa daños y perjuicios a la relación hijo-padre (madre), y es perjudicial al interés superior del niño, debe considerarse una forma de abuso al niño. También las acciones realizadas por las autoridades judiciales que dañen las relaciones del niño con sus padres también deben ser consideradas como una forma de abuso del niño y deben cursarse las penalidades correspondientes.

10. Casos que no involucran paternidad igualitaria.

La igualdad parental no se dirige directamente a casos donde uno o ambos padres se niegan o no pueden asumir sus responsabilidades paternales respecto de sus niños, para cuidarlos y mantenerlos. Sólo se dirige a aquellos

casos donde ambos padres quieren y pueden ser responsables de sus niños. Dentro de la igualdad parental se reconoce que obligar a los padres a cuidar a su(s) hijo(s) cuando ellos declaran no desearlo es desaconsejado.

Esta Declaración fue firmada por las Organizaciones de Padres y Madres, el viernes 30 de julio de 1999, en LANGEAC, Francia y sienta las bases de la custodia compartida, las cuales fueron retomadas para llevar a cabo reformas en España, que posteriormente sentaron las bases de las reformas en materia de guarda y custodia en nuestro país.

3.2.3 La guarda y custodia en la Legislación Española.

Es importante que en este trabajo se tome en cuenta la importancia que ha tenido el derecho español en nuestro país ya sus principios se infiltraron en nuestra legislación civil, incluso, hoy día nuestros legisladores retoman figuras del derecho español para incorporarlas al derecho mexicano, por consiguiente, sin tocar aspectos de antecedentes y remitiéndonos a la legislación vigente incorporo en este trabajo las leyes españolas que se dedican a regular la patria potestad y la guarda y custodia en el derecho español.

3.2.3.1 Código Civil Español

Las reformas al Código Civil Español en 1981, introdujeron modificaciones a la regulación de la patria potestad, sustituyendo también el enunciado del título VII del libro I del Código, cambiando patria potestad por el de las relaciones paterno-filiales.

En el Código Civil en comento en el título VII del libro I, artículos 154 al 171, referentes a la institución de la patria potestad, se encuentran sustentados los criterios esenciales al interés del menor y a su sano desarrollo, así como preservar y mantener las relaciones paterno-filiales.

El artículo 154 párrafo primero del Código Civil Español, establece que los sujetos sometidos a la patria potestad son "los hijos no emancipados que están bajo la potestad del padre y de la madre.

Debido a que la patria potestad no se trata de un poder exclusivo del padre, sino compartido con la madre, no se ejerce en interés del padre, sino en beneficio del hijo, al respecto el artículo 154, párrafo 2º, del Código Civil Español dice: " La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo a su personalidad", por otra parte, el artículo 154, párrafo último del mismo Código, menciona que: "Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten". Esta última disposición se refiere a la participación que se les da a los hijos como integrantes del órgano familiar en la toma de decisiones, debido a que la autoridad judicial participa en el desarrollo de la patria potestad, resolviendo los desacuerdos que surjan en los sujetos que la ejercen, como lo dispone el artículo 156 de dicho Código, teniendo las facultades para dictar medidas cautelares o disposiciones con el fin de asegurar y cubrir necesidades de los hijos, evitándoles cualquier perturbación, peligro o perjuicio.

A su vez el artículo 160 del multicitado Código, menciona que el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los que hubieren dado en adopción; así también, no podrá impedirse sin causa justa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el juez a petición del menor o del allegado, resolverá atendiendo las circunstancias.

Por otra parte el artículo 170 del Código Civil Español, expresa que el padre y la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Y se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento del hijo, por emancipación del menor, por la adopción de un extraño.⁴

⁴*Código Civil Español*, España, (consulta en Internet <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/INDEXCC.htm>), México, 20/10/2007

3.2.3.2 La Ley de Divorcio española y la Ley del Matrimonio Civil de 1981 y la reforma 15/2005 de 8 de Julio de 2005.

En Europa había pocos países en 1931, en los que no se hubiera aprobado una ley de divorcio, al respecto, España e Italia eran las dos principales excepciones en Europa, sin embargo, la ley del divorcio española fue aprobada en 1932, siendo una de las más progresistas de la época.

La ley de divorcio entró en vigor en 1932, pero quedó abolida en 1939 durante los años de gobierno de Franco y después de una Guerra Civil. Cuando la dictadura terminó en 1975, se aprobó una nueva ley de divorcio en 1981.

Así en esta investigación encontramos que en materia de guarda y custodia compartida, tras casi 25 años de vigencia de la Ley del Divorcio de 1981, surge para su modificación la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se reforma el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Uno de los puntos más polémicos de la reforma del Código Civil Español, y que supuso otra de las novedades en la normatividad, fue la regulación de la custodia compartida, ya que en la Ley de 1981 este tipo de custodia no estaba regulada, aunque era concedida a los padres que la solicitaban de mutuo acuerdo.

De esta manera la Ley 15/2005 regula la custodia compartida y permite que los niños vivan alternativamente con el padre o con la madre, aunque exige previamente un informe del Ministerio Fiscal, con carácter no vinculante, pero que el juez debe tener en cuenta.

En la exposición de motivos de la nueva Ley se resalta el objetivo primordial de extender la libertad de los ciudadanos, concibiéndose el derecho al divorcio como una extensión del propio derecho al matrimonio.

En relación a la custodia compartida, uno de los objetivos primordiales que marca esta nueva Ley es facilitar la custodia compartida de los hijos por ambos ex cónyuges. Así en la exposición de motivos se incide también en que

"la intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Sólo en estos casos deberá dictar una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas".⁵

Con respecto a la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, se contempla expresamente que los padres puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos o bien a ambos de forma compartida, así como que también el juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con ese contenido. En esta Ley se establece una amplia y densa serie de garantías para asegurar que la decisión judicial sobre la custodia compartida sea adoptada siempre en favor del interés del menor.

Se contempla que tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores, obteniendo como resultado que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que puede evitarse.

La reforma de separación y/o divorcio atañe a los siguientes artículos del Código Civil Español: artículo 81 (que adelanta a tres meses desde la celebración del matrimonio la posibilidad de interposición de la demanda); artículo 82 (que queda sin contenido); artículo 84.1 (que garantiza la nulidad de los efectos del procedimiento de separación en caso de reconciliación); artículo 86 (que regula la iniciativa unipersonal del procedimiento de divorcio); artículo 87 (que queda sin contenido); primer párrafo del artículo 90 y el 92 en su totalidad (referidos a la custodia compartida, en que se recalca la salvaguarda prioritaria del interés del menor); artículo 97 (alusivo al régimen económico, tras la separación o divorcio).

⁵ Ibidem

3.2.4 La guarda y custodia compartida en Canadá y Estados Unidos.

En Canadá, la guarda y custodia o también llamada visitas del menor son menos conflictivas para los progenitores, ya que estos pueden solicitar asistencia para determinar cual es la mejor opción para los niños, mediante servicios de mediación que son avalados por psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras u otros profesionales en salud mental, para facilitar un acuerdo entre los padres ya que si la mediación no ayuda, el mediador o asesor hará un reporte de asesoramiento.

Si los padres no tienen la capacidad de decidir sobre la custodia de los menores en la mediación, entonces, La Corte impone una resolución y se abre un juicio, en el que se toman en cuenta todo lo mejor para los intereses del niño, ya que este es un principio por el que se rigen tanto La Corte como los asesores canadienses.

Partiendo de la idea de que los padres pueden hacer tanto como no lastimen al niño, particularmente cuando los padres se separan, estos pueden acordar sobre el cuidado del niño sin dejar de tomar en cuenta lo mejor para su interés, cuando no están de acuerdo cualquiera que sea el sistema legal, este debe de llegar a un arreglo para solucionar el conflicto.

Una vez dentro del litigio un asesor asistirá a la corte reportando la dinámica de familia, algunos problemas clínicos, las necesidades del niño y la habilidad de cada padre para conocer las necesidades del menor, estas asesorías usualmente incluyen visitas al hogar del niño y a la oficina de cada padre.

Si los padres encaran un juicio en donde no llegan a un acuerdo, La Corte ordenará que se prepare uno.

Algunos jueces han expresado su inconformidad para automáticamente ordenar una repartición de la guarda y custodia del menor. En una decisión de la Suprema Corte de Canadá en 1993, la juez Claire L'Heureux-Dubé comentó que la pericial no es requerida en todos los casos para establecer cual es el mejor interés para un niño. De igual manera en 1994, una ley de la corte

divisional de Ontario estableció que la repartición podría limitarse para casos en donde se determinarán los resultados clínicos para determinarla.

En lo que se refiere a custodia, visitas, y custodia compartida, en cada matrimonio los padres tienen la custodia compartida de los niños, dividiendo esta responsabilidad en la separación tradicional, lo que significa dar a un padre la custodia y al otro las visitas la cual es considerada todavía como la ultima opción en la mayoría de los casos, ya que hoy día los padres, abogados, y La Corte han concebido un gran número de formas para compartir la guarda y custodia del menor.

Los Convenios de custodia y visitas tienen una variedad de nombres, tantas como las necesidades de los padres y los hijos.

Soluciones imaginativas son creadas por los padres que desean tener flexibilidad y al mismo tiempo mantener la estabilidad de sus hijos para después del divorcio. Incluso si los términos de custodia y visitas cambian, la efectiva comunicación y cooperación entre padres es la base para hacer un convenio de trabajo de custodia y visitas exitoso aun cuando los padres no tuvieran un matrimonio largo.

En lo referente a los convenios de custodia compartida y cuidados paternos, encontramos que: “Algunos padres están de acuerdo en celebrar convenios de custodia compartida, esto significa que ambos continúan compartiendo la toma de decisiones y el cuidado diario aunque ellos no continúen viviendo juntos bajo el mismo techo, físicamente los convenios varían. Algunos padres comparten el cuidado diario, los niños viven con ambos padres en diferentes momentos pero asistiendo a la misma escuela y viviendo en el mismo vecindario, o los niños pueden vivir con un padre entre semana y con el otro los fines de semana, algunas familias alternan semanas, meses o largos periodos de tiempo. “tiempos iguales” es otra forma de convenio de custodia compartida.”⁶

⁶ Silver Dranoff, Linda.. *Everyone's guide to the law. family law*, Canadá, Harper Collins Publishers, 2001, p. 255.

Esto significa usualmente que los padres comparten la toma de decisiones y los gastos del niño además de los mismos periodos de tiempo viviendo con cada uno. Para que esto funcione los padres generalmente necesitan vivir en el mismo vecindario para que así los niños puedan asistir a la escuela desde sus diferentes casas y tener los mismos amigos, además esto podría significar que el niño resida de manera primaria con un padre pero pase los fines de semana y algunas tardes con el otro y ambos padres tomen la mayoría de las decisiones.

Si los padres o progenitores pueden acordar sobre la custodia compartida, el juzgador puede acordar gustoso el convenio y darle el mismo peso legal que cualquier resolución de La Corte. Sin el acuerdo de ambos padres algunas cortes han aceptado de manera forzada el ordenar la custodia compartida, aun más si el convenio ha surtido efectos antes del juicio. En este caso el juez puede decidir que la pareja es competente para celebrar y operar el convenio de custodia compartida incluso si no están de acuerdo y ordenarlo.

Ocasionalmente La Corte tiene variadas formas de ordenes de custodia para dar a un padre solo la custodia cuando la custodia compartida no funcionó para la familia y el padre no ha sido cooperativo en los intereses del niño, ya que las cuestiones sobre el domicilio, los tiempos o cualquier otra forma de custodia compartida o cuidados paternos, se realizan buscando el interés superior de los niños. Las leyes locales en el estado de Yukon asumen la custodia compartida como la mejor solución incluso cuando las pruebas lo contradigan.⁷

En 1998, un comité del Senado Federal y el comité de la Cámara de los Comunes sobre la custodia y visita de los niños llamó al gobierno para remover el termino “custodia” y “visitas” en el juicio de divorcio e instó a los padres para tener el termino de “los cuidados paternos” como un termino no equivalente a la custodia compartida pero este cambio simbólico se intento para incorporar en todos y cada uno de los convenios el cuidado de los niños. El comité recomendó que los padres fueran requeridos para tener un plan escrito en donde se detallará la toma de decisiones y el cuidado físico.

⁷ Malcom C, Kronby. *Canadian Family Law*, Toronto, Ed. Stoddart, 2001, p. 57.

Si los padres pueden acordar al principio sobre la custodia compartida o el cuidado paterno, pero no respecto al convenio de los detalles del día a día, ellos podrán solicitar la ayuda de un profesional que servirá como mediador para ayudar a implementar los convenios al respecto.

Cualquier convenio que celebran los padres o la resolución de la corte incluyendo la custodia compartida podrán ser revisados después por los padres o una corte si esto concierne al interés superior de los niños.

Las cortes cuidan y consideran los deseos de los niños mayores de 12 años, a algunos jóvenes se les cuestionará en donde desean vivir, esos deseos serán dados por hecho a menos que La Corte determine otra cosa basado en el interés superior del niño, si uno de los padres trata de comprar el afecto del niño o manipularlo con la custodia en mente y La Corte ve o percibe esas tácticas incluso si el deseo del niño es vivir con ese padre, no necesariamente influenciará en la decisión de La Corte.

En Estados Unidos, la custodia compartida es la fórmula adoptada como presunción inicial en casi todas las legislaciones sobre divorcio de los distintos estados, mencionando que estos tienen la potestad de legislar sobre estos asuntos, por lo que hay una gran variedad de modalidades. Al respecto y como ejemplo citaré al estado de Maine y California.

El estado de Maine favorece la residencia conjunta en casa de ambos cónyuges. Los jueces que decidan lo contrario deberán esforzarse en demostrar porque en ese caso la custodia única favorece más a los niños que la custodia compartida, en este estado es de resaltarse lo siguiente:

- "El Parlamento declara que es política pública fomentar la resolución de los litigios entre los progenitores a través de la mediación, en aras del mejor interés del niño.

- El Parlamento considera y declara que es política pública de este estado garantizar a los hijos menores el contacto frecuente y continuo con ambos progenitores tras la separación o el divorcio de éstos.

- Al determinar los derechos y responsabilidades parentales, el tribunal no podrá conceder preferencia a uno de los progenitores respecto del otro debido al sexo de ese progenitor o a la edad o el sexo del hijo.

- Si uno de los progenitores o ambos solicitan la atención residencial primaria compartida (custodia compartida) y el tribunal no la concede, el tribunal deberá exponer en su decisión las razones por las que la atención residencial primaria compartida no coincide con el mejor interés del niño”.⁸

En California, se distingue entre custodia física y custodia legal. La segunda se refiere a la facultad de intervenir en las decisiones relativas a la salud, la educación y el bienestar del niño, por lo que esta facultad es conjunta para ambos progenitores.

Aparte de la custodia compartida o conjunta, esa política se plasma también en el denominado "principio del progenitor más generoso", según el cual se trata de que en los casos en que se haya de otorgar la custodia en exclusiva, será factor determinante para asignarla a uno u otro de los progenitores la capacidad respectiva que cada uno de ellos muestre para favorecer el contacto significativo y continuo del niño con el otro progenitor.

Custodia legal compartida es cuando tanto el padre como la madre tienen iguales derechos y responsabilidades acerca de las decisiones relativas al hijo/a, incluyendo su educación, los cuidados de salud y la formación religiosa. La corte puede designar sólo a la madre o al padre para que tenga potestad exclusiva para tomar algunas decisiones concretas, aunque ambos tengan iguales derechos y responsabilidades respecto a otras decisiones.

Custodia física compartida es cuando se comparte de manera que tanto el padre como la madre tienen un contacto frecuente y sustancial con el hijo/a. No significa necesariamente que el hijo/a pasa la mitad del tiempo con cada uno de ellos. El hijo/a pasa periodos de tiempo con cada uno de ellos, quienes comparten el derecho y la responsabilidad de criar a su hijo/a en sus casas. Tanto el padre como la madre disfrutan de más que simples privilegios de visitación.

Al menos uno de los padres del hijo tiene derecho a la custodia, a menos que haya pruebas claras y contundentes que ninguno de los dos está capacitado. Cuando ni el padre ni la madre están capacitados o han fallecido,

⁸ *Informe reencuentro, sobre la custodia compartida*. Estados Unidos. Asociación de padres de familia separados. (consulta en Internet http://es.geocities.com/apinpach/estados_unidos), México, 20/10/2007.

el juez puede dar la custodia a otra persona. En casos muy excepcionales puede dar la custodia a una agencia pública, si La Corte encuentra pruebas claras y convincentes de que estar bajo la custodia de la madre o del padre sería perjudicial para el hijo. Si uno de ellos ha muerto, está incapacitado o se niega a tener la custodia, o ha abandonado al hijo, el otro tiene normalmente derecho a la custodia del hijo. El juez intentará llegar a un acuerdo sobre la custodia que considere que es en beneficio del niño. El juez evaluará muchos factores para decidir que es lo mejor para su hijo. Algunos de estos factores pueden ser: El deseo del hijo, el consumo ilegal, habitual o continuado de sustancias controladas o de alcohol por uno o ambos padres, y la historia de abusos del padre que reclama la custodia.

En este sentido al momento de la audiencia ante La Corte serán tomados en cuenta sobre todo; los informes escritos de las agencias de seguridad, de cortes, de departamentos de libertad condicional, de la asistencia social, de centros médicos, de rehabilitación, etc.

Otro de los medios para decidir sobre la guarda y custodia en este estado es la mediación, que tiene lugar cuando una tercera persona, la cual es neutral, ayuda a los padres a lograr un acuerdo cabe mencionar que La Corte no concederá ninguna orden de custodia en la audiencia sin que los padres participen en una mediación en la que se intentara llegar a un acuerdo.

En algunos condados, el mediador le hará ciertas recomendaciones al juez de cómo debe ser la orden si los padres no logran un acuerdo. En otros condados, no se permite que el mediador le comunique nada al juez a menos que los padres hayan logrado un acuerdo. También, si alguno de los padres lo solicita, el mediador se reunirá con cada uno en sesiones separadas si hay reportes de abuso. En algunas ocasiones, también se permite ser acompañado a la mediación por una persona de apoyo (que no sea un abogado) si existen acusaciones de abuso.⁹

3.3 El síndrome de alineación parental.

⁹California Womans Law. 2007 (consulta en Internet http://www.womenslaw.org/CA/SP/CA_custodySP.htm#2), México 11/11/2007.

“El Síndrome de alineación parental es un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición”.¹⁰

El primer autor que definió el síndrome de alineación parental fue Richard Garder en 1985, y lo define como “un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del progenitor objetivo de esta campaña”.

La alienación parental es un proceso que consiste en programar un hijo para que odie a uno de sus padres sin que tenga justificación. Cuando el síndrome se presenta, el hijo da su propia contribución en la campaña de denigración del padre alienado.

No obstante considerarse un progreso, esta definición es incompleta. Alienar significa (según el diccionario de la RAE) trastornar mentalmente pero también, y esta es la definición que nos atañe, el acto de desposeer o privar de algo, en este caso, el derecho a tener padre y madre en igualdad de condiciones. También significa quitar pasar o transmitir a otro el dominio de una cosa.

El fenómeno que consiste en que un progenitor programe a sus hijos contra el otro progenitor, es una noción fácil de comprender. Sin embargo, históricamente, el proceso ha sido difícil de identificar.

Es importante que el examen de la relación antes de la separación sea hecho con mucha minuciosidad. Es corriente que el experto apuntado se

¹⁰ Aguilar Cuenca, José Manuel, *Síndrome de Alineación Parental*, 2ª ed., España, Almuzara, 2005, p. 21.

contente de la descripción que los hijos dan de la situación actual, sin buscar saber de que naturaleza era su relación antes de separarse.

Para que el progenitor alienado no merezca de ninguna manera de ser rechazado y odiado por comportamientos realmente despreciables, esta tarea se debe confiar a un profesional de la salud mental, que conoce o que ha estudiado este tipo de enfermedad. Este debe realizar una serie de estudios psicológicos a los padres y formular recomendaciones.

Es importante tener en cuenta que el hijo puede mostrar una reacción evidente de miedo de desagradar o de estar en desacuerdo con el progenitor alienador. El mensaje de este es claro, hay que elegirme "a mí". Si el hijo desobedece a esta directiva, especialmente expresando una aprobación hacia el progenitor ausente, el hijo puede ser reprendido. Es común que el progenitor alienador amenace al hijo con abandonarlo o con mandarlo a vivir con el otro progenitor. El hijo se pone en una situación de dependencia y está sometido regularmente a pruebas de lealtad ya que este procedimiento actúa sobre la emoción más fundamental del ser humano: el miedo a ser abandonado.

En estas circunstancias, el hijo desarrolla una asiduidad particular de no desagradar al progenitor alienador. Este puede hasta permitirse dar la impresión de ser sorprendido por la actitud de sus hijos, cuando manifiestan una oposición hacia el progenitor ausente.

Para sobrevivir, estos hijos aprenden a manipular. Se hacen expertos prematuros para descifrar el ambiente emocional, para decir nada más que una parte de la verdad y al fin y al cabo, para enredarse en las mentiras y exprimir emociones falsas.

Podemos identificar un niño alienado cuando el progenitor alienador confía a su hijo, con fuerza de detalles, sus sentimientos negativos y las malas experiencias vividas con el progenitor ausente. El hijo absorbe la negatividad del progenitor y llega a ser de alguna manera su terapeuta. Siente el deber de proteger al progenitor alienador.

El hijo alienado siente que debe elegir el campo del progenitor alienador, es él quien tiene el poder y el sobrevivir del hijo depende de él. No se atreve a acercarse al progenitor alienado. Solamente contará lo que no le gustaba

durante el derecho de visita, un detalle o un incidente aislado se toman de pretexto por el progenitor alienador, afirmando en el hijo la idea de que no le gusta estar con el otro progenitor.

Los hijos alienados tienen las mismas ilusiones que el progenitor alienador, en el procedimiento psiquiátrico, llamado "locura a dos", José Manuel Aguilar Cuenca nos señala que "existen diferentes grados de alineación parental; leve, moderada y severa, también encontrándose diferentes fases en el desarrollo de este síndrome".¹¹

Douglas Darnall, Ph. D. definió la alienación parental (AP), en lugar del Síndrome de Alineación Parental (SAP) como: "cualquier constelación de comportamientos, sean conscientes o inconscientes, que puedan provocar una perturbación en la relación del niño con su otro progenitor".¹²

Así mismo menciona que los propios niños pueden llegar a tener motivaciones que pueden hacer del SAP algo peor ya que su perspectiva hedonista por las gratificaciones inmediatas o su deseo de evitar lo incómodo, como las situaciones de ansiedad, los hace aliados vulnerables para situarse al lado del padre alienador. Los niños llegan a ser abogados del padre alienador, sus portavoces, contra su progenitor aborrecido. Llegan a ser los soldados mientras que el padre alienador es el General dirigiendo la acción en la retaguardia contra el padre víctima del SAP.

Los niños, frecuentemente, no tienen consciencia de cómo están siendo utilizados.

Es muy importante entender que si el niño está enfadado y rechaza las visitas con el otro padre a causa de antecedentes de abuso, el comportamiento infantil no es una manifestación del SAP. Esta es la razón por la cual la cuestión de las falsas denuncias es tan importante.

Considero que es importante esta distinción porque los padres (ambos, madre y padre) deben ser capaces de considerar honestamente su

¹¹ Aguilar Cuenca, José Manuel, op. cit., p. 47.

¹² Douglas Darnall, Ph. D. Original en inglés (consulta en Internet <http://www.parentalalienation.com/PASfound2.htm>) (Traducción autorizada de Julio Bronchal, Psicólogo Colegiado N°.PV-07798) Fuente de la Traducción en Internet: <http://ayudaafamiliasseparadas.>, México, 11/11/2007.

comportamiento, identificar los síntomas de la alienación y aprender estrategias para prevenirlo en lugar de preocuparse por si son el alienador o el alienado.

La alienación es un proceso recíproco donde ambos padres quedan atrapados en su dinámica.

Con el tiempo los niños llegan a estar de acuerdo con la propaganda del padre alienador, es entonces ya demasiado tarde para prevenir los severos efectos del daño provocado por la alienación.

Es importante tener en cuenta que la alienación no es cuestión de un "malo" el padre alienador contra un "bueno", el padre víctima de la alienación.

Los papeles cambian, puede que el mismo padre pueda ser víctima y alienador al mismo tiempo, dependiendo de cómo se comporte. No es infrecuente que un padre víctima se desquite con comportamientos alienantes contra el otro progenitor.

Llegado a este punto los padres habrían intercambiado los roles generando un círculo vicioso aunque los roles pueden llegar a ser confusos porque puede hacerse difícil distinguir entre el alienador y la víctima ya que por lo regular ambos padres se sienten víctimas.

Entender el SAP es de máxima importancia para el bienestar del niño y el propio bienestar psicológico de los padres. Los padres divorciados, los abuelos, jueces, mediadores, los abogados y los psicólogos precisan entender la dinámica de la alienación parental, reconocer los comportamientos sintomáticos y saber ejecutar tácticas para combatir la disfunción.

Considero oportuno proponer una definición de la alienación parental que se centre más en el comportamiento parental y menos en el papel del niño en la denigración del padre hecho víctima, puesto que el proceso de alienación puede comenzar antes de que el aborrecimiento del alienador se instale en las creencias del niño sobre el progenitor hecho víctima.

Esta definición es necesaria si los padres están dispuestos a reconocer los riesgos de caer inconscientemente en patrones alienantes si no ejercen una acción correctiva.

También quisiera agregar que la alineación parental también puede ser ocasionada por otros miembros de la familia como por ejemplo los abuelos, los tios y cualquier otro que tenga a su cuidado al menor por lo tanto ésta figura se presenta constantemente y debe ser regulada y considerada en la ley.

El concepto del síndrome de alineación parental fue retirado del Código Civil y yo considero que no debe dejarse de lado la importancia de este en la relación de los menores con sus padres, ya que en la mayoría de los casos cuando existen desaveniencias entre los progenitores es evidente la manipulación a los menores por parte de los padres, así es importante considerar los daños que produce esta manipulación en el menor y en su estabilidad emocional, no por el bienestar de los padres sino en favor de los menores, previniendolos de daños psicológicos producto de esa batalla entre los padres, por lo tanto se tendría que reconsiderar la pertinencia de este concepto en el Código Civil.

Considero importante resaltar que el Doctor Guitron Fuentevilla ya había considerado esta figura, aunque aun no propiamente llamada alineación parental, en la siguiente manera: “Al surgir conflicto entre padre y madre, ellos piensan que sus hijos son cosas y empiezan a tratarlos como tales para golpear al otro, como respuesta a las agresiones justificadas o no que la madre o el padre, según sea el caso, han recibido. En el mismo orden de ideas: El momento más drámatico para quienes no han pedido venir al mundo se da cuando hay que determinar su futuro. Es decir, se inicia el trauma para los hijos. La lesión moral y psicológica...”¹³

3.4 Diferentes posturas que motivaron las reformas y adiciones del 2004 y 2007 a la Legislación Civil para el Distrito Federal en materia de custodia compartida y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad.

En el presente punto se mencionaran las diferentes posturas que motivaron las reformas y adiciones descritas en los dos puntos que anteceden, siendo estas las que a continuación se detallan.

¹³ Güitrón Fuentevilla, Julián. *¿Qué es el derecho familiar?*. 5ª ed., México, Promociones Jurídicas y Culturales, 1993, p.49.

Por un lado encontramos madres y padres separados, divorciados o en proceso, que, por diferentes razones, han sido privados de convivir con sus hijos, un ejemplo de lo anterior son los padres miembros de asociación que busca cambiar esta situación y se juntan semanalmente para revisar los casos de cada uno con la participación de un abogado, un psicólogo y el apoyo solidario de todos, quienes comparten más o menos las mismas circunstancias

Y por el otro encontramos grupos como el del Instituto Nacional de las Mujeres, quienes se encargaron de motivar las reformas hechas el 2 de febrero 2007, argumentando que la legislación era desigual.

3.4.1 Postura de los Padres de Familia.

En enero del 2003, Alejandro Heredia creó la Asociación Mexicana de Padres de Familia Separados donde se reúnen hombres y mujeres que perdieron la custodia de sus hijos y luchan por recuperarla, exigiendo que la custodia sea compartida.

Esta asociación lo que pretende es que los padres divorciados puedan convivir libremente con sus hijos, inclinando su postura a los siguientes puntos que se ven reflejados en las reformas del 6 de septiembre de 2004.

1. Que todos los niños y niñas del Distrito Federal puedan convivir, de manera íntegra, sana y afectiva con ambos padres, a pesar de la separación o divorcio.

2. Tramitar los mismos derechos y obligaciones hacia ambos padres y evitar que los menores sean utilizados como un elemento de venganza de quien conserva la custodia hacia quien no la ejerce.

3. Permitir a los niños permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres. En caso de que algún ascendiente tuviese la custodia, el otro, después de los siete años, podrá demandarla para ambos padres.

4. Evitar que los hijos de parejas separadas, dentro y fuera del matrimonio, sean utilizados como rehenes en procesos de divorcio necesario u

otro tipo de separación como puede ser en el caso de concubinato, sobre todo para negociar el monto de la pensión alimenticia.

5. Aquel padre o madre que, al contar con la tutela legítima de un hijo, le impida al otro progenitor la convivencia con el infante. Si ésta ha sido decretada por un juez se le impondrá la pena de uno a cinco años de cárcel y una multa de 100 a 500 días de salario mínimo.

6. Sanciones hasta de 5 años de cárcel y multa de 500 días de salario mínimo al progenitor o un pariente del niño, hasta en cuarto grado, que retenga o sustraiga a un menor cuando no goce de la patria potestad. Además se impondrá de 5 a 15 años de prisión y una multa a quien, sin tener relación de parentesco con el infante, lo retenga.

7. Reducción de la edad maternal del menor, de doce a siete años. Es decir, a partir de su séptimo año de vida, el niño o niña gozará de una custodia compartida, independientemente de que sus padres estén separados o divorciados, en donde ambos tendrán los mismos derechos y obligaciones hacia sus hijos.¹⁴

Esta asociación se basa en investigaciones de diferentes países, que destacan "niveles de bienestar y adaptación más altos entre los niños que viven con el padre que con la madre" como las que sostienen que la custodia exclusiva incide en el aumento de las tasas de divorcio.

Igualmente en el Informe "Reencuentro", elaborado por asociaciones ibéricas, el cual insta a "superar viejos estereotipos y prejuicios sobre la coparentalidad plena" y define claramente su propuesta y por diversos estudios sobre efectos negativos de la ausencia paterna en el desarrollo del menor.

3.4.2 Postura Feminista

El tema de custodia compartida tiene de cabeza a los grupos feministas y de defensa de los derechos de los niños, que vieron primeramente en las

¹⁴ Asociación Mexicana de Padres de Familia Separados. Custodia Compartida.(consulta en Internet www.ampfsmexico.com), México, 20/09/2007.

reformas del 6 de septiembre de 2004, una regresión argumentando que la reforma deja en un estado de alta vulnerabilidad a los niños frente a padres agresores al respecto, dice Gerardo Sauri, director Ejecutivo de la Red por los Derechos de la Infancia. "Es Terrible que se establezca en un ordenamiento jurídico un concepto tan ambiguo y poco demostrable como la alienación".¹⁵

Por otra parte el Inmujeres (Instituto Nacional de las Mujeres) considera como retroceso las reformas del 6 de septiembre de 2004, sobre materia de guarda, custodia y derechos de convivencia de los menores sujetos a patria potestad. El nudo de la polémica es la ponderación de la familia sobre la violencia familiar.

"La legislación aprobada refleja percepciones de la infancia que creíamos superadas; pone los derechos de los padres por encima de los derechos de la infancia con un argumento de conciliación equivocado de que lo mejor que le puede ocurrir a un niño es tener mamá y papá, y en esa línea, desconoce la diversidad familiar y omite una realidad terrible: que vivimos en una sociedad machista, agresora, cuyos efectos se concentran en los niños."¹⁶

Estos grupos argumentan que las reformas se llevaron a cabo con ligereza.

En el informe de actividades de la Secretaría de Desarrollo Social del Gobierno del Distrito Federal, dentro del punto 3 de la promoción de la equidad social y de género, en el punto 3.3. denominado de Equidad de Género, nos menciona el trabajo realizado en este año por el Instituto de las Mujeres del Distrito Federal, el cual dentro de sus principales trabajos realizados en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en el 2006, encontramos lo siguiente:

"En la Asamblea Legislativa cabe subrayar la campaña conjunta que se llevó a cabo para revertir las reformas en materia de guarda y custodia compartida".¹⁷ De hecho estas reformas revierten todas y cada una de las reformas que se llevaron a cabo el 6 de septiembre de 2004, dejando

¹⁵ Instituto Nacional de las Mujeres (consulta en Internet <http://www.inmujeres.gob.mx>), México, 20/09/2007

¹⁶Pastrana Masiosare, Daniela. "*Una ley contra la infancia permite a padres abusadores convivir con sus hijos*". La jornada, México, 2005 p.

¹⁷ Provencio, Enrique. *Secretaría de Desarrollo Social, Sexto Informe de Actividades*, México, SEDESOL, 2006, p. 50.

solamente algunos conceptos como lo son el interés superior del menor y la custodia compartida, pero retirando otros que a mí parecer no debieron ser removidos como lo son la alineación parental, y la manipulación sin olvidar la edad de los menores respecto a la custodia de la madre.

Durante los últimos dos años, distintas dependencias gubernamentales, entre las que se encuentran el Instituto de las Mujeres y la Procuraduría General de Justicia, ambos del Distrito Federal, contando con la opinión de jueces del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, diputados y diputadas integrantes de la III Legislatura de esta Asamblea Legislativa, representantes de la sociedad civil y recientemente los diputados de las Comisiones de Administración y Procuración de Justicia y de Equidad y Género de esta IV Legislatura, trabajaron en el análisis y discusión de reformas necesarias en materia de guarda y custodia.

Como resultado de esos trabajos el 27 de Diciembre de 2006, se aprobó por unanimidad en las Comisiones Unidas el dictamen de reforma a distintas disposiciones contenidas en el Código Civil, en el Código de Procedimientos Civiles y en el nuevo Código Penal, todos para el Distrito Federal, por considerar que responde a requerimientos mínimos de equidad y sobre todo, a favor del interés superior de las y los menores.

3.4.3 Postura a favor del interés superior de los menores.

Esta postura es clara y tiene su fundamento en el artículo Tercero de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño la cual es explícita al respecto: “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.”¹⁸

En el campo del derecho mexicano, el artículo 4º de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, establece que:

¹⁸ Convención Internacional de los Derechos del Niño ratificada por México en 1990. op. cit.

Artículo 4º.- De conformidad con el principio del interés superior de la infancia, las normas aplicables a niñas, niños y adolescentes, se entenderán dirigidas a procurarles, primordialmente, los cuidados y la asistencia que requieren para lograr un crecimiento y un desarrollo plenos dentro de un ambiente de bienestar familiar y social. Atendiendo a este principio, el ejercicio de los derechos de los adultos no podrá, en ningún momento, ni en ninguna circunstancia, condicionar el ejercicio de los derechos de niñas y adolescentes.

La aplicación de esta ley atenderá al respeto de este principio, así como el de las garantías y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Como se observa el uso de este concepto ha sido subjetivo ya que tanto el grupo de padres de familia como los grupos feministas, se refugian tras el enunciado de “el interés superior del menor” el cual a mí ver es utilizado por el interés de cada grupo independientemente.

Como se puede ver no se tenía un concepto claro de lo que se entendía por interés superior del menor, al respecto Nuria González Martín en Memorias del seminario-taller: "Teoría y práctica de la adopción internacional" nos señala de manera clara lo que se expuso en relación al interés superior del menor: “No hay una regla general que pueda definir lo que es el interés superior del menor; no obstante, la práctica, en la búsqueda del bienestar del niño, maneja los siguientes criterios: 1) la integración familiar, 2) una familia funcional, 3) que el menor reciba buen trato, 4) una educación, y 5) el no desarraigo del menor de su lugar de origen.

Todos estos aspectos se podrían considerar como reglas generales; sin embargo, se debe tomar en cuenta otras más particulares, como pudieran ser: 1) la edad del menor; 2) las circunstancias económicas, físicas, sociológicas, religiosas, entre otras, situaciones estas que varían en cada uno de los menores susceptibles de adopción”.¹⁹

Así el 2 de Febrero de 2007, se llevan a cabo reformas en materia de patria potestad, se adiciona el artículo 416 Ter para definir en el Código Civil

¹⁹ González Martín, Nuria. Memorias del seminario-taller: "Teoría y práctica de la adopción internacional", México, Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005(consulta en Internet <http://www.bibliojuridica.org/estrev/>), México, 20/09/2007.

lo que se entiende por interés superior del menor, para quedar de la siguiente manera:

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

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

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

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

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

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

Así es como encontramos el concepto ya establecido en nuestro Código Civil.

3.5 Exposición de motivos de las reformas y adiciones a la legislación Civil para el Distrito Federal, del 06 de septiembre de 2004, en materia de guarda y custodia compartida y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad.

En la presente iniciativa de decreto, se propone crear la figura jurídica en materia familiar de la custodia compartida, para transmitir los mismos derechos y obligaciones hacia ambos progenitores y evitar con esto que los menores sean utilizados como un elemento de venganza de quien conserva la custodia hacia quien no la ejerce, convirtiendo al juez conciliador en el único que puede solucionar de acuerdo a su criterio la regulación de las convivencias, ya que en la legislación vigente no se encuentra regulado un régimen de visitas adecuado, que satisfaga una convivencia sana y afectiva entre ascendientes y descendientes.

“Proyecto de Reformas y Adiciones en Materia de Guarda y Custodia y Derecho de Convivencia de Los Menores Sujetos a Patria Potestad”. En La Legislación del Distrito Federal:

Exposición de motivos

La legislación del Distrito Federal, al igual que en el Derecho en general, requiere actualizarse permanentemente a fin de armonizarla con las necesidades sociales.

Un aspecto muy importante, que hasta ahora no ha sido adecuadamente regulado, lo constituye: la guarda y la custodia así como el derecho de convivencia, de los menores sujetos a la patria potestad.

Actualmente, las normas jurídicas no responden en forma adecuada a los diversos y complejos problemas que se presentan cuando ambos progenitores ejercen la patria potestad, pero uno solo de ellos tiene la guarda y custodia de los hijos o las hijas menores de edad.

Igual de complejas, son las situaciones que se presentan cuando cada uno de los progenitores tiene la guarda y custodia de uno o varios menores, esto es, que la madre la ejerce sobre uno o varios hijos y el padre sobre otro u otros diversos.

En tales supuestos, los niños y las niñas tienen una esfera de protección precaria. 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 sus derechos y deberes escolares.

Asimismo se propone otorgar facultades al Centro de Justicia Alternativa, con la finalidad de auxiliar en la administración de justicia, a fin de que se trate de dirimir las controversias en las que se vean involucrados los niños y las niñas en relación a su guarda y custodia y regulación de convivencias.

Así en esta iniciativa, el interés superior de los niños y las niñas constituye el principio rector para armonizar los legítimos derechos del padre y de la madre, mediante diversas adiciones y reformas a la legislación del Distrito

Federal, en los ámbitos penal y civil, en este último caso, en sus leyes sustantiva y adjetiva.

Las modificaciones propuestas, atendiendo al ordenamiento legal afectado, pueden agruparse en tres grandes núcleos, según correspondan al:

I. Código Penal para el Distrito Federal;

II. Código Civil para el Distrito Federal; y

III. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

I. CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Se propone adicionar al ordenamiento penal, con nuevos lineamientos, a que encuadren en el “Título IV. Capítulo Sexto” relativo a la “Retención y sustracción de menores o incapaces”, con el fin de sancionar las conductas que impidan la convivencia de los menores con el ascendiente y demás parientes que tengan reconocido su derecho de convivencia; así como, sancionar la omisión dolosa consistente en no reincorporar a los niños y a las niñas, al concluir la convivencia pactada u ordenada.

En tales supuestos, los delitos se perseguirán por querella.

II. CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Respecto del Código Civil para el Distrito Federal, las propuestas sobre la custodia y la guarda de los menores y el derecho de convivencia con los mismos, se extienden a cinco diversos artículos.

1. Se propone modificar la fracción V del artículo 282 del Código Civil, a fin de introducir la custodia compartida de los niños y las niñas, tanto cuando se constituya por convenio como por resolución del Juez de lo Familiar y tomando en cuenta, en su caso, la opinión del menor. Asimismo, se decreta que los menores de siete años de edad deberán quedar al cuidado de la madre, siempre y cuando no exista peligro aunque ésta carezca de recursos económicos.

2. Se modifica el párrafo segundo del artículo 293, relativo a las situaciones equiparables al parentesco consanguíneo, para establecer que éste vínculo surge entre el hijo producto de la reproducción asistida y “la persona

soltera o los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores”.

3. Se adiciona un segundo párrafo al artículo 411, a fin de establecer que, salvo el caso de la violencia familiar reconocida judicialmente, es deber de quien ejerza la patria potestad procurar en el menor el respeto y el acercamiento con el otro ascendiente que ejerza la patria potestad, evitando conductas en sentido contrario.

4. Para los casos de conductas reiteradas o graves encaminadas a evitar la convivencia con los menores: se adiciona un párrafo Tercero al artículo 417, con fundamento en el cual, el Juez de lo Familiar podrá dictar el cambio de la custodia; además, de aplicar las medidas de apremio previstas en las normas procesales.

5. Asimismo, se adicionan las fracciones V y VI al artículo 447, para establecer como nuevas causales de procedencia de la suspensión de la patria potestad, tanto el incumplimiento en el pago de las pensiones alimentarias a que tienen derecho los niños y las niñas, como realizar actos que tiendan a impedir la convivencia reconocida u ordenada por autoridad competente.

III. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL

En el ámbito procesal, esta iniciativa propone diversas modificaciones al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que implican: la adición de seis nuevos artículos y la reforma o adición parcial de otros cinco.

1. Se adiciona el artículo 46, estableciendo, que es obligatorio para las partes acudir asesoradas por licenciados en Derecho con cédula profesional, a las audiencias previas de conciliación y de excepciones procesales y de desahogo de pruebas y alegatos.

Permitiéndose que en los demás casos, puedan comparecer a las diligencias, con la asesoría de pasantes en Derecho que cuenten con la carta o autorización correspondiente. En tal caso, tendrán responsabilidad solidaria, quienes hayan otorgado la respectiva responsiva.

Por otra parte, se establecen medidas para reducir al mínimo la posibilidad de que una audiencia se difiera.

2. Se adiciona el artículo 73 Bis, que califica de grave las conductas que ocasionen el incumplimiento del derecho de convivencia con los menores, e igualmente grave el incumplimiento de la obligación alimentaria, para efectos de imponer medidas de apremio y para la actuación del Ministerio Público.

3. El artículo 114 se adiciona con un último párrafo para simplificar las notificaciones personales a las partes en los procedimientos familiares.

4. Asimismo, el artículo 123 se adiciona con un último párrafo para simplificar las notificaciones personales a las partes.

5. Se adiciona el artículo 205, para otorgar facultades al Centro de Justicia Alternativa, en la solución de conflictos familiares.

6. Se reforma el proemio y se adiciona una fracción IX al artículo 255, con la finalidad de extender a los incidentes los requisitos de la demanda principal y precisar las características de las notificaciones en el procedimiento incidental.

7. Tratándose de desacato o incumplimiento de sus determinaciones sobre entrega de personas, con fundamento en el segundo párrafo que se adiciona al artículo 526, el Juez de lo Familiar dará intervención al Ministerio Público a fin de que éste proceda a realizar lo conducente para lograr la aplicación de las sanciones penales que correspondan.

8. Se propone adicionar un nuevo artículo 687, aprovechando que el texto original se encuentra derogado, que precisa las resoluciones judiciales en que procede la apelación.

9. En el "Título decimotercero 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.

El artículo 941 Bis establece el procedimiento para resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus parientes.

Ordena que previamente a su resolución, el Juez de lo Familiar escuche separadamente al menor que ha cumplido tres años.

Señala que a falta o imposibilidad de los padres para tener la custodia, la misma puede otorgarse a los abuelos paternos o maternos.

Establece la posibilidad de que la convivencia, sea en forma equitativa hasta en diversas ocasiones a la semana y que los días feriados puedan significar convivencia alternadas.

10. El propuesto artículo 941 Ter señala las precauciones que deben tomarse cuando exista la posibilidad no confirmada de violencia familiar.

11. El nuevo artículo 941 Quáter faculta al Juez de lo Familiar para decretar el cambio de la guarda y custodia de los menores, cuando el ascendiente que la ejerce incumpla su deber de permitir la convivencia de los niños y las niñas con sus parientes tengan reconocido tal derecho.

12. Finalmente el adicionado artículo 941 Quintus señala que es causa de suspensión del derecho de convivencia, que su titular incumpla la obligación alimentaría a su cargo establecida a favor de los menores”.²⁰

3.6 Exposición de motivos de las reformas y adiciones a la Legislación Civil para el Distrito Federal, del 02 de febrero de 2007, en materia de guarda y custodia compartida y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad

En sesión ordinaria del 16 de noviembre del 2006 se presenta ante la Asamblea Legislativa del Distrito Federal la iniciativa de decreto por los que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que presenta la Diputada Leticia Quezada Contreras del grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, misma que fue aprobada en sesión ordinaria de 28 de Diciembre de 2006 y publicada el 2 de febrero de 2007 en la Gaceta oficial del Distrito Federal.

²⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Proyecto de reformas y adiciones en materia de guarda y custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad en la legislación del Distrito Federal. Exposición de motivos (consulta en Internet <http://www.scjn.gob.mx/reforma/Foro/archivos/1245.pdf>), México, 12/10/2006.

La exposición de motivos de las reformas antes citadas fue hecha por la Diputada Leticia Quezada Contreras, Presidente de la Comisión de Equidad y Género de la IV Legislatura y fue la siguiente:

“La suscrita, Presidenta de la Comisión de Equidad y Género de esta IV Legislatura a nombre de las y los diputados de las Comisiones Unidas de Equidad y Género y Administración y Procuración de Justicia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 122 Apartado C base primera fracción V inciso h) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 36, 42 fracción XII del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, 7, 10 fracción I, 89 de la Ley Orgánica de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y 87 del Reglamento para el Gobierno Interior de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, sometemos a consideración del pleno de esta honorable Asamblea Legislativa del Distrito Federal la siguiente iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman los artículos 282, 283, 287, 293, 411, 416, 417 y 444 y se adicionan los artículos 283 Bis, 414 Bis, 416 Bis, 416 Ter y 417 Bis del Código Civil para el Distrito Federal. Se reforman los artículos 114, 205, 941 Bis, 941 Ter y se derogan los artículos 73 Bis, 941 Quater, 941 Quintus y 941 Sextus del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y se reforman los artículos 173 y 284 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal conforme a lo siguiente:

Durante los últimos dos años distintas dependencias gubernamentales, entre las que se encuentran el Instituto de Mujeres y la Procuraduría General de Justicia, ambos del Distrito Federal, contando con la opinión de jueces del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, diputados y diputadas integrantes de la III Legislatura de esta Asamblea Legislativa, representantes de la sociedad civil y recientemente los diputados de las Comisiones de Administración y Procuración de Justicia y de Equidad y Género de esta IV Legislatura, trabajamos en el análisis y discusión de reformas necesarias en materia de guarda y custodia.

Como resultado de estos trabajos se aprobó por unanimidad en las Comisiones Unidas el dictamen de reforma a distintas disposiciones contenidas en el Código Civil, en el Código de Procedimientos Civiles y en el nuevo Código Penal todos para el Distrito Federal, por considerar que responde a

requerimientos mínimos de equidad y, sobre todo, a favor del interés superior de las y los menores.

Derivado de estas consideraciones, 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 hombres y mujeres, introduciendo la figura de la custodia compartida, cuando es de sobra conocido que la mayoría de las mujeres aún se encuentran en desventaja en diversos ámbitos de la vida social, personal y familiar.

Cuando es de sobra conocido que la mayoría de las mujeres aún se encuentran en desventaja en diversos ámbitos de la vida social, personal y familiar y para responder a la realidad actual de la convivencia diaria de las familias modernas procurando una vida libre de violencia, de tal manera que los menores sean tomados en cuenta y se les brinde la opción de desarrollar sus vidas en un ambiente de respeto e igualdad.

Se establece la convivencia en diversos momentos y distintos domicilios con los efectos que esto conlleva para el desarrollo y la educación del menor, atendiendo a la procuración del bienestar de los más vulnerables, es decir, de los niños y las niñas en la problemática de los divorcios o separaciones. De hecho, el dictamen que sometemos a consideración de esta honorable Asamblea Legislativa del Distrito Federal, IV Legislatura, tiene como eje central la supremacía de los derechos de las niñas y los niños.

Del contenido de las mismas se desprende el generar condiciones que les garantice la integridad física, sexual y psicológica al menor; cuando la madre o el padre ha dado muestras de violencia familiar anteponiendo el derecho superior de la infancia. 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.

Nunca será de menor importancia legislar en beneficio de los menores, ya que muchos de los y las presentes somos y seremos padres o madres, somos hijos o hijas, sin que ello signifique tener una calidad que nos permita

vulnerar o violar los derechos de las niñas y los niños; por el contrario, debemos trabajar a favor de crear un ambiente óptimo y certidumbre jurídica en el menor respecto a las obligaciones de la madre y el padre para que los derechos de aquel sean salvaguardados frente a un conflicto familiar que ellos nunca eligen, pero que sin lugar a dudas siempre son los que resienten los efectos de la separación y al mismo tiempo de las decisiones de los mayores, cuando se encuentre en riesgo prohibir su convivencia con los progenitores para su mayor protección.

En el ánimo de crear un marco jurídico funcional en materia de guarda y custodia de menores de edad en el cual estén garantizados sus derechos fundamentales respondiendo a requerimientos mínimos de equidad y atendiendo en todo momento el interés superior de la infancia, las reformas y adiciones que se someten a consideración de esta Asamblea Legislativa eliminan de la legislación del Distrito Federal ideas como la alineación parental, lo cual está vinculado a la posibilidad de que el juzgador escuche el testimonio del menor respecto a la situación de violencia que vive con sus progenitores, para garantizar que las medidas que se adopten para su guarda y custodia sean las idóneas para su mejor desarrollo, con ello se aumenta el número de medidas tendientes a salvaguardar los derechos de las y los menores respecto de las personas que ejerzan la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de los menores.

Es conveniente recordar que esta iniciativa no es reciente ni improvisada, pues ha estado los últimos dos años en el centro de la discusión en las sociedad, organizaciones, colectivos e incluso en esta Asamblea Legislativa, siendo un tema que se retoma y que ha cobrado vida hoy por presentar ante este pleno de esta honorable Asamblea el dictamen aprobado por unanimidad que ya se mencionó por las Comisiones Unidas.

Cabe señalar que a razón de darle a la sociedad un ordenamiento jurídico que garantice la protección de sus derechos, es imprescindible de conocer la primacía de proteger y de dotar a esta Ciudad de México y en especial a los niños y niñas que la habitan leyes cuya protección hacia ellos sea la prioridad.

Debo resaltar que en la discusión para la aprobación del dictamen se vertieron opiniones que nutrieron esta propuesta, pues se reconoció que la mujer madre de familia que generalmente procura el cuidado de sus hijos o hijas también se enfrenta a la búsqueda de una defensa legal en condiciones de inequidad, principalmente por recursos económicos que generalmente no son mayores a los del cónyuge, lo cual también la deja en desventaja en el juicio.

Conviene señalar que el presente dictamen de reforma y adiciones a los ordenamientos jurídicos locales antes citados, nos obliga como sociedad a tomar las medidas necesarias para asegurar los intereses de las y los niños; sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor le merece y el cuidado que le garantice plenamente el bienestar así como un nivel de vida adecuado en el que puedan crecer y desarrollar satisfactoriamente.

Asimismo se le debe proteger de toda forma de maltrato de que pueden ser objeto por parte de los padres, tutores, representantes legales u otras personas que tengan su custodia, como los citan diversos instrumentos de carácter internacional como lo es la Declaración Sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, adoptada el 3 de diciembre de 1986; la Declaración Mundial Sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño, adoptada el 30 de septiembre de 1990 en la Cumbre Mundial a favor de la Infancia; la Convención Sobre los Derechos del Niño.

Es imprescindible citar que ya en el Distrito Federal se han logrado avances en materia de protección de los derechos de las y los niños, ordenamientos como la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños para el Distrito Federal y la Ley de Atención y Prevención a la Violencia Familiar.

Sin embargo las presentes reformas adicionan a diversos Artículos del Código Civil, Código de Procedimientos Civiles y nuevo Código Penal, significan un esfuerzo más para seguir avanzando y ganarle terreno a la desigualdad, a la violencia familiar y a todas aquellas conductas que atenten contra el desarrollo armónico de la infancia.

Por lo anterior y por economía parlamentaria, solicito a usted se inserte en su totalidad al Diario de los Debates el presente dictamen...”²¹

3.7 Reformas y adiciones a la legislación Civil para el Distrito Federal, del 06 de septiembre de 2004, en materia de guarda y custodia compartida y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad.

El 30 de julio de 2004, La Asamblea Legislativa del Distrito Federal, aprobó modificaciones a los Códigos Penal, Civil y de Procedimientos Civiles que entraron en vigor el 6 de septiembre del 2004, para crear la figura de custodia compartida, en donde se contemplan modificaciones respecto a la guarda, custodia y derechos de convivencia de los menores sujetos a patria potestad.

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

Las reformas al Código Civil son las siguientes:

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.

²¹ Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Sesión ordinaria celebrada el día 28 de Diciembre de 2006 (consulta en Internet <http://www.asambleadf.gob.mx>), México, 20/11/2007.

VI a X. ...

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

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

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

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

Artículo 293. ...

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

Artículo 411. ...

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

Artículo 417. ...

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

Artículo 447.- La patria potestad se suspende:

I. a IV. ...

V. Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional 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.

Código de Procedimientos Civiles

Se reforman:

Los artículos 205, el primer párrafo del artículo 255; asimismo se adicionan un artículo 73 Bis, un último párrafo al artículo 114, un segundo párrafo al artículo 123, una fracción al artículo 255 y los artículos 941 Bis, 941Ter, 941 Quater, 941 Quintus, 941 Sextus; y se modifica la denominación del Capítulo Único del Título Decimosexto para quedar con el nombre de “Disposiciones Generales”, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

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

I. Arresto hasta por 36 horas.

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

Artículo 114. ...

I. a VII. ...

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

Artículo 123. ...

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

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

El mediador propondrá lo que mejor convenga al interés superior de los menores, a fin de que por convenio entre los progenitores, se resuelva lo relativo a su guarda y custodia, y al

derecho de convivencia que corresponda al ascendiente que no conserve la custodia. El cumplimiento del convenio podrá solicitarse ante el Juez de lo Familiar en la vía de apremio.

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

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

I a VIII...

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

Título Decimosexto

De las controversias del orden familiar capítulo único

Disposiciones Generales.

Artículo 941 Bis.- Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus parientes por 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.

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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 941Sextus.- 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.

Esta reforma y nueva figura jurídica, llamada custodia compartida, de lo que trata es que los padres se adapten de igual manera con los hijos. se aplica para todos los padres separados, independientemente del estado civil en que hayan vivido.

3.8 Reformas y adiciones a la legislación civil para el Distrito Federal, del 02 de febrero de 2007 en materia de guarda y custodia compartida y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad.

El 28 de Diciembre de 2006 en sesión ordinaria, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal se realizó el dictamen la iniciativa de decreto por el que se reforman los artículos 282, 283, 287, 293, 411, 416, 417 y 444 y se adicionan los artículos 283 Bis, 414 Bis, 416 Bis, 416 Ter y 417 Bis del Código Civil para el Distrito Federal, se reforman los artículos 114, 205, 941 Bis, 941 Ter y se derogan los artículos 73 Bis, 941 Quater, 941 Quintus y 941 Sextus del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y se reforman los artículos 173 y 284 del Código Penal para el Distrito Federal, que presentan las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia y de Equidad y Género el resultado de la votación es el siguiente: 57 votos a favor, cero votos en contra, cero abstenciones en consecuencia fue aprobado el dictamen antes descrito en todos sus términos. Así el 2 de febrero del 2007 fue publicado el decreto en comento en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

En lo cual la descripción literal de esta reforma por lo que refiere a la custodia compartida se reforma de la manera siguiente:

Código Civil para el Distrito Federal.

Se reforman:

Artículo 282...

I. a IV...

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

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

VI a IX ...

X...

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.

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 287.- En la sentencia que decreta el divorcio y tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de este Código, el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes y tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos.

Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos.

Artículo 293...

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

Artículo 411. ...

Quienes detentan la patria potestad tienen la responsabilidad de relacionarse de manera armónica con sus hijos menores de edad, independientemente de que vivan o no bajo el mismo techo.

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.

Artículo 417.- En caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, en la controversia o en el incidente respectivo deberá oírse a los menores.

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.

Artículo 444.- La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:

I. a II. ...

III. En los casos de violencia familiar en contra el menor;

IV. a VII. ...

Se adicionan:

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.

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

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

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

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

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

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

No se considerará incumplimiento de estas obligaciones el que cualquiera de los progenitores tenga jornadas laborales extensas.

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 cualquier 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.

Artículo 416Ter.- 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 niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

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

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

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

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

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

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 este, que asista al menor, solo para efecto de facilitar su comunicación libre y espontánea y dale protección psicoemocional en las sesiones donde este sea oído por el juez en privado sin la presencia de los progenitores.

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.

Del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

Se reforman:

Artículo 205.- El que intente demandar, denunciar, o querellarse contra su cónyuge o concubino, podrá solicitar por escrito al juez de lo familiar su separación del hogar común o acudir al Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

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.

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 del Delito del Distrito Federal.

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.

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.

Artículo 941 Bis.- Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus padres, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia de los menores misma que se efectuará dentro de los quince días siguientes.

En la sesión donde sean escuchados los menores deberán ser asistidos por el asistente de menores correspondiente, adscrito al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal, quien no requerirá comparecer para protestar el cargo. Para que tenga verificativo la audiencia respectiva el Juez de lo Familiar tomará en consideración la programación de audiencias que tenga la Institución.

Quien tenga a los menores bajo su cuidado, los presentará a la audiencia, para que sean escuchados por el Juez y el Ministerio Público adscrito.

El Juez de lo Familiar oyendo la opinión del Representante Social y valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, pudiendo incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, determinará a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad.

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

Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor.

Cuando cambie de domicilio el ascendiente que conserva la guarda y custodia, éste tiene la obligación de informar al Juez y a quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia.

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

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 o 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.

Se adiciona:

Artículo 114 ...

I a VI. ...

VII. Para el supuesto de que dicha diligencia se refiera a entrega de menor, la misma se practicará en el lugar en donde reside el requerido, y

VIII. En los demás casos que la Ley dispone.

Se derogan:

Artículo 73 Bis.-

Artículo 941 Quáter.-

Artículo 941 Quintus.-

Artículo 941 Sextus.-

3.9 Facultad del juez familiar para otorgar la guarda y custodia compartida, así como el derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad.

Para darle una introducción a este tema nos apoyaremos en lo que comenta el Doctor Julián Güitrón Fuentevilla en la introducción a su libro ¿Que es el derecho Familiar?, en relación al tema, nos comenta: “Decir Juez Familiar, es conciencia. Ser Juez Familiar es responsabilidad. Actuar como Juez Familiar, es la felicidad o desgracia de unos menores, o poder beneficiar a la familia, aun ante los más graves conflictos y de los intereses más encontrados”.²²

²² Güitrón Fuentevilla, Julián, op. cit., p.21.

En el momento en que se solicita el divorcio, el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, establece las siguientes atribuciones para el juez:

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

I a IV...

V.- Proponer a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio. En defecto de ese acuerdo; el juez de lo familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.

VI a X...

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 quién la origine. No será obstáculo para la preferencia materna en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

De tal manera, que en lo que se refiere al divorcio necesario, éste ha de tramitarse indispensablemente a través de la vía ordinaria y como mandato legal la guarda y custodia de los menores estará auspiciada al convenio de las partes o bien a la determinación del juez en base a la opinión de los menores e interés superior de los mismos.

Encontramos entonces, como el propio Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 282 fracción V, ya no hace una cierta sustitución hacia el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ya que las reformas de febrero de 2007, establecen que el Juez de lo Familiar resolverá conforme a lo establecido en el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.

Incluso, en la misma sentencia de divorcio el juez debe fijar la situación de los hijos, para la cual, el artículo 283 del Código Civil mencionado, otorga amplias facultades al juez, para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones de la patria potestad, a lo que es su pérdida, suspensión o limitación según sea el caso y en especial a la custodia y el cuidado de los hijos.

Estas son definitivamente circunstancias que el propio artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal establece, a fin de que se garantice una

debida guarda y custodia a los menores y éstos no tengan el riesgo de ser perjudicados por la separación de sus padres.

El artículo 283 Bis adicionado en las reformas de 2007, establece que en caso de que los padres hayan acordado la custodia compartida, 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.

Como mencionaremos en los puntos siguientes de este trabajo, el juez puede garantizar que se cumplan las obligaciones de crianza con las visitas de trabajadores sociales a los domicilios o el domicilio del menor, al efecto de preservar el interés superior del mismo.

Igualmente el artículo 287 del ordenamiento civil invocado, establece que en la sentencia que decreta el divorcio y tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de este Código, el juez de lo familiar fijará lo relativo a la división de bienes y tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos.

3.9.1 La guarda y custodia Compartida en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se hace referencia a la guarda y custodia compartida en el Título Décimo Sexto denominado “De las controversias del orden familiar”, que en el artículo 940 y 941 del referido Código adjetivo, se hace relevancia al expresar en el artículo 940, que todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquella la base de la integración de la sociedad y que además de todo la autoridad judicial tiene como encomienda salvaguardar los derechos y la integridad familiar, siendo una prerrogativa exclusiva el hecho de procurar que no se disuelvan las familias, tratando de conciliar a las partes en los casos de divorcio para que no lo hagan, ya que con la disolución devienen

muchas consecuencias que afectarán a los miembros de la familia, principalmente a los menores.

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

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

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

Así podemos observar la importancia de los asuntos familiares que son considerados de orden público, así el juez de lo familiar el juez va a tener que ver con asuntos que se refieren a la familia y como a guarda y custodia compartida tiene que ver con la familia su regulación en el Código de Procedimientos Civiles en específico el Título Décimo Sexto son ventiladas ante los juzgados de lo familiar en el Distrito Federal.

Aquí considero importante mencionar la suplencia de oficio que debe darse en los asuntos de orden familiar en virtud de la importancia que existe en determinadas situaciones que afectan a la familia. El juez debe atender en primera instancia las necesidades y soluciones posibles para que un núcleo familiar se conserve en el mejor estado posible.

Respecto de la guarda y custodia encontramos las siguientes facultades y obligaciones que tiene el juzgador dentro del procedimiento:

Artículo 941 Bis.- Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus padres, previamente se dará vista a la parte contraria y en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia de los menores misma que se efectuará dentro de los quince días siguientes.

En la sesión donde sean escuchados los menores deberán ser asistidos por el asistente de menores correspondiente, adscrito al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal, quien no requerirá comparecer para protestar el cargo. Para que tenga verificativo la audiencia respectiva el Juez de lo Familiar tomará en consideración la programación de audiencias que tenga la institución.

Quien tenga a los menores bajo su cuidado, los presentará a la audiencia, para que sean escuchados por el Juez y el Ministerio Público adscrito.

El Juez de lo Familiar oyendo la opinión del Representante Social y valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, pudiendo incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, determinará a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad.

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

Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor.

Cuando cambie de domicilio el ascendiente que conserva la guarda y custodia, éste tiene la obligación de informar al Juez y a quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia.

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

Del texto de los artículos antes transcritos, respecto a los mismos hago los comentarios siguientes:

A este artículo se le puede atribuir al procedimiento de guarda y custodia como juicio autónomo el cual no lo es ya que puede interponerse no solo como controversia sino dentro de un divorcio necesario que es materia de juicio ordinario civil, o una pérdida de la patria potestad o juicio de alimentos en donde puede demandarse como prestación la guarda y custodia, para ello el artículo 941 Bis y Ter reformados en febrero del 2007 son los principales en donde se fundamenta el procedimiento de una demanda de guarda y custodia.

Artículo 941Ter.- 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 psico-

emocional 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 o 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.

Los artículos anteriores son los que tienen relación principalmente, con todos los artículos del Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y la guarda y custodia del menor y las llamadas convivencias ahora en el Código Civil nombradas custodia compartida.

Quiero repetir que el juicio de guarda y custodia puede iniciarse de manera individual o bien puede encontrarse inserto a otras prestaciones ya sean de juicio ordinario civil o controversia de orden familiar y que la autonomía de este juicio recae en la necesidad de hacer valer los derechos y obligaciones que nacen con la filiación y el parentesco y es un derecho la posibilidad de demandar tal prestación de manera exclusiva en un juicio en donde la única prestación es la guarda y custodia compartida, lo cual era considerado anteriormente como convivencias ya que como hemos mencionado la guarda y custodia compartida se ejercerá a través de un convenio.

3.9.2 La custodia compartida otorgada en el divorcio voluntario judicial.

El divorcio voluntario o por mutuo consentimiento es aquel donde se disuelve el vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, es la disolución del vínculo matrimonial decretado por la autoridad administrativa Juez del Registro Civil (divorcio voluntario administrativo) o Juez de lo Familiar, (divorcio voluntario judicial), a solicitud de ambos cónyuges y cumpliendo los requisitos establecidos para tales efectos en los artículos 272, 273, y demás aplicables del Código Civil.

En relación a la guarda y custodia o custodia compartida de los hijos menores o incapaces los cónyuges pueden acordarla de conformidad en el convenio que fija el artículo 273 del Código Civil, esto durante el procedimiento y después de ejecutoriado el juicio, circunstancia anterior que deberá de efectuarse conforme a lo señalado en los artículos 675 y 676 del Código de Procedimientos Civiles, cuya transcripción del mencionado es la siguiente:

Artículo 675.- Hecha la solicitud, citará el tribunal a los cónyuges y al representante del Ministerio Público, a una junta que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días siguientes, en la que se identificarán plenamente ante el juez, y en la que éste, si asistiesen ambos, los exhortará para procurar su reconciliación.

Artículo 676.- Si en la misma junta, los cónyuges insistiesen en su propósito de divorciarse, y en el convenio que celebraron para el efecto, quedaren bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el juez, oyendo el parecer del representante del Ministerio Público sobre este punto, dictara sentencia, en la que quedará disuelto el vínculo matrimonial, y decidirá sobre el convenio presentado.

3.9.3 La custodia compartida otorgada como medida provisional en el Divorcio Necesario

Con respecto al divorcio necesario me permito dar la siguiente definición: “La disolución del vínculo matrimonial por sentencia jurisdiccional emanada a petición de un solo consorte y fundada en una causa grave”.²³

La medida provisional dictada en el divorcio necesario respecto a la custodia compartida se encuentra contemplada en el artículo 275 mismo que establece que mientras se decreta el divorcio, el juez autorizará la separación de los cónyuges, lo que quiere decir que ambas personas deberán vivir en sitios diferentes y también este mismo precepto legal le confiere la posibilidad al juez de dictar las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos y por supuesto la obligación de darles alimentos.

En relación a este tema el Doctor Güitrón Fuentevilla Julián en su libro Nuevo Derecho Familiar nos comenta: “En el divorcio necesario, hay contención, pleito, problema, diferencias entre los cónyuges, que sólo se

²³ De la Mata Pizaña, Felipe de la y Garzón Jiménez, Roberto, op. cit., p.176.

pueden resolver, si unos de ellos prueba la cusa 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”.²⁴

En el divorcio necesario tenemos que una pareja que ya no quiere o ya no puede seguir viviendo unida en virtud de que se ha presentado alguna de las causales de divorcio previstas por el Código Civil para el Distrito Federal y esto hace que la confianza y la posibilidad de vida entre los cónyuges, ya no tenga la viabilidad indispensable para ello, o bien las circunstancias han dado pauta para que uno de los cónyuges promueva el divorcio necesario.

En este juicio se pretende desvincular a los cónyuges y dejar sin efectos todas las obligaciones que nacen con el matrimonio. Una posibilidad dentro del divorcio, es establecer la situación que guardarán los menores de edad en el momento en que sobreviene la separación.

3.9.4 La custodia compartida otorgada en caso de separación de quienes ejercen la patria potestad.

Con base en el artículo 941 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, toda controversia de guarda y custodia puede también iniciarse en los casos de la separación de quienes ejercen la patria potestad estén casados o no, conforme a lo establecido por el título décimo sexto del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, denominado de las Controversias del orden familiar, resolviéndose en estas los derechos y obligaciones que nacen con la filiación y en el caso que nos ocupa sobre la guarda y custodia sobre los menores o incapaces.

²⁴ Güitrón Fuentesvilla, Julián y Roig Canal, Susana, op. cit., p. 150.

La Ley procesal establece en su artículo 941-Bis que los parientes del menor hasta el cuarto grado colateral tienen el derecho de demandar la custodia o convivencias con el menor, sin embargo, sería por situaciones meramente excepcionales por las que puede otorgársele la guarda y custodia aun pariente que no sea ascendiente en línea recta del menor.

La autonomía de este juicio recae en la necesidad de hacer valer los derechos y obligaciones que nacen con la filiación y el parentesco, la posibilidad de demandar tal prestación es un derecho que se tiene de manera exclusiva en un juicio en donde la única prestación es la guarda y custodia de uno o varios menores según sea el caso.

3.10 La importancia de la psicología en el Derecho Familiar y en el otorgamiento de la guarda y custodia compartida.

Psicología (del griego *psyche*, alma y *logos*, estudio) es la ciencia que estudia la mente y la conducta, la disciplina abarca todos los aspectos de la experiencia humana, desde las funciones del cerebro hasta el desarrollo de los niños. La psicología moderna se ha dedicado a recoger hechos sobre la conducta y la experiencia y a organizarlos sistemáticamente, elaborando teorías para su comprensión. Estas teorías ayudan a conocer y explicar el comportamiento de los seres humanos y en alguna ocasión incluso a predecir sus acciones futuras, pudiendo intervenir sobre ellas.

Dentro de las áreas que estudia la psicología se encuentra la Psicología Judicial a la cual, el Colegio Oficial de Psicólogos de España, la describe como “un área de trabajo de investigación psicológica especializada cuyo objeto es el estudio del comportamiento de los actores jurídicos en ámbito del derecho, la ley y la justicia”.²⁵

El psicólogo cuenta con herramientas necesarias para manejar situaciones en crisis, ya que como es bien sabido en la mayoría de las actuaciones familiares, las partes involucradas en el proceso litigioso, tienden a

²⁵ *Psicología Jurídica*, España, Colegio Oficial de Psicólogos en España (consulta en Internet www.cop.es/perfiles/contenido/juridica.htm), México, 20/10/2007.

caer en situaciones de crisis o catarsis, situaciones que pueden consternar tanto a los abogados como a los funcionarios judiciales del conocimiento.

Es así como el psicólogo analiza las personalidades psicopatológicas, psicosis, neurosis, retraso mental, la personalidad de un individuo con una conflictiva sexual y de la personalidad dependiente (toxico manías).

A través de la psicología, se llega a comprender más claramente los procesos patológicos individuales y sociales de los sujetos a estudio. Así los dictámenes que emitirían podrían identificar el nivel de afectación y establecer un diagnostico y hasta un posible tratamiento.

Sus evaluaciones permiten al juez familiar conocer la capacidad de alguna o ambas partes del conflicto tanto en el aspecto social como económico y el nivel de afectación, del que puedan llegar a ser víctimas los menores.

La labor del psicólogo es importante porque puede brindar en la etapa probatoria de los procesos familiares, los elementos descriptivos de la personalidad de los sujetos involucrados, que permiten al juzgador contar con argumentos científicos que avalen la motivación en la toma de sus decisiones judiciales.

El psicólogo que auxilia la labor del juzgador, independientemente de su vocación debe contar con conocimientos de la norma.

Funciones que puede realizar el psicólogo como auxiliar del juzgador:

- En las audiencias con menores la formación profesional del psicólogo le brinda la capacidad de empatizar con el menor, así se genera una mayor actitud de colaboración, además que conoce y sabe acorde a la edad de los menores, de las etapas del desarrollo en que se encuentra, lo que facilita saber que necesidades son imperantes satisfacer en cada etapa de su desarrollo, de tal manera que puede informar que es exactamente lo que al menor le conviene de acuerdo al momento específico de su desarrollo.
- En los procesos de mediación el psicólogo es por excelencia, el profesionista idóneo para intervenir en los procesos de mediación ya que cuenta con una formación que le permite conciliar los intereses de las

partes, lo cual favorece la realización de acuerdos consensuados entre las partes, que conlleva a que este tipo de acuerdos sean respetados con más frecuencia que los que se pueden llegar a sentir como impuestos.

- Entrevistas; el psicólogo conoce las técnicas de la entrevista lo que le permite identificar:

- Cuando es necesario profundizar en alguna área en específico.

- Cuando se debe consultar otras fuentes para corroborar los datos que arroja la entrevista.

- Cuando es necesario canalizar a las partes a Terapia individual, de pareja o familiar.

- Cuando no es factible confrontar a las partes que intervienen en el proceso legal, e igualmente identificar cuando es el momento más adecuado para la confrontación.

- Si es factible la resolución del conflicto a través de un proceso de conciliación o mediación.

- El grado de afectación de los menores, mismo que se debe de corroborar a través de estudios psicológicos.

- Estudios psicológicos, la presencia de personal capacitado brinda la oportunidad de elaborar estudios, diagnósticos y pronósticos certeros basados en respuestas confiables. El psicólogo como perito o especialista puede proporcionar el más aproximado conocimiento de la personalidad, de la conducta y de la confiabilidad de lo que informa en sus declaraciones, analizar y emitir opinión respecto a si están orientados jurídicamente o bajo presión, si se trata de simples mecanismos de defensa sugerencias extrañas o de un deliberado propósito de desviar la acción de la justicia.

Además de lo anterior el psicólogo posee un adecuado manejo de los instrumentos de investigación, tabla de valores sólida pero flexible para comprender las diferentes personalidades, liderazgo, capacidad para trabajar

en grupo, asertividad, alta capacidad empática, adaptabilidad social, pro actividad y capacidad conciliatoria".²⁶

Considero que los funcionarios judiciales se enfrentan durante su desempeño laboral, con diversas situaciones, que fluyen durante la interacción de las partes involucradas en el proceso, que merman su rendimiento por no estar especializados, las cuales debieran ser atendidos por otros tipos de profesionales por situaciones que inciden finalmente en la toma de decisiones fundamentales.

Así los juzgados familiares dependen de las evaluaciones de corte psicológico que brindan instituciones gubernamentales o peritos externos al poder judicial. Esta necesidad del trabajo que realizan las dependencias como el D.I.F hace que los procesos se alarguen en el tiempo.

Es importante resaltar que la psicología aplicada en los procesos y procedimientos familiares tienen las siguientes tareas mencionadas de forma enunciativa y no limitativa:

El psicólogo puede auxiliar al juez en cualquiera de los procesos familiares con sus dictámenes resultado del estudio psicológico realizado a las partes en litigio solicitadas por el juez para la mejor toma de decisión judicial que corresponda, así como de las medidas que el juzgador adopte referentes a los hijos, en los casos de divorcio, paternidad, custodia, alimentos, educación entre otros.

3.11 La importancia del trabajador social en el Derecho Familiar y en el otorgamiento de la guarda y custodia compartida.

La profesión de Trabajo Social "promueve la resolución de problemas en las relaciones humanas, el cambio social, el poder de las personas mediante el ejercicio de sus derechos y su liberación y la mejora de la sociedad. Mediante la utilización de teorías sobre el comportamiento humano y los sistemas sociales, el Trabajo Social, interviene en los puntos en los que las personas

²⁶ Andrade Favela, Hedit Josefa. *Ponencia: "Adscripción de psicólogos en los juzgados familiares y penales y la necesidad de apoyo científico en la toma de resoluciones judiciales"* México,. Congreso Internacional de Derecho de Familia. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM 2005. p. 8-12

interactúan con su entorno. Los principios de los Derechos Humanos y la Justicia Social son esenciales para el Trabajo Social". (Definición de la Federación Internacional de Trabajadores Sociales (FITS), en su Asamblea General celebrada en Montreal en julio del 2000).

El trabajo social se refiere al ámbito de acción de profesionales que contribuyen a investigar, diagnosticar, asesorar, orientar, capacitar, e intervenir en favor de personas o comunidades en su acceso a los servicios de asistencia social o políticas sociales. Su principal tarea es gestionar, rehabilitar, coordinar y reinserir a las personas o comunidades que presentan carencias o problemas en su calidad de vida.

Comprende gran diversidad de ámbitos de actuación (todos aquellos sectores poblacionales que precisan de una atención especial): Tercera edad, discapacitados, personas maltratadas (en especial, mujeres, menores y ancianos) reclusos, emigrantes, menores en situación de riesgo, exclusión social, gente sin hogar, entre otros.

Una herramienta de su trabajo es el informe social, la historia social, la ficha, diagnóstico social, el proyecto de intervención, las hojas de seguimiento, etc.

El informe social es el dictamen técnico que sirve de instrumento documental que, elabora y firma con carácter exclusivo un trabajador social o asistente social. Su contenido se deriva del estudio, a través de la observación y la entrevista, donde queda reflejada en síntesis la situación objeto, valoración, un dictamen técnico y una propuesta de intervención profesional. Consiste en la recopilación de antecedentes personales, familiares, económicos, habitacionales, de salud, educación y otros que sean relevantes para describir y acreditar la situación actual de un grupo familiar en particular.

El diagnóstico es la opinión del trabajador social sobre el problema representado ya sea por un individuo, un grupo o una comunidad. Se trata de una hipótesis que sugiere un tratamiento. El diagnóstico determina el tipo de intervención más adecuado para modificar las situaciones que se presentan y que son susceptibles de mejoría. Lleva consigo la descripción del individuo y su situación y tiende a establecer relaciones causa-efecto.

La elaboración de un diagnóstico se basa siempre en un estudio o recogida de datos, que relacionados, permite llegar a una síntesis e interpretación. En el Terreno de las relaciones personales y sociales, el profesional que recoge la información escucha, observa, descubre, relaciona e interpreta, no basándose solamente en los datos, sino en el efecto que producen en la persona.

Otros autores definen al diagnóstico, como un proceso de aproximaciones sucesivas que, partiendo de la relación entre teoría y práctica, proporciona un conocimiento de la realidad concreta que permite identificar carencias, necesidades, problemas, aspiraciones y la magnitud de las mismas, su génesis y cómo se manifiestan, así como su priorización.

En el Trabajo Social, los problemas son definidos y clasificados con referencia, unas veces, al factor desencadenante del conflicto que aparece como principal y que determina la acción prioritaria (económico, vivienda, salud...) y otras, por una causa que introduce una serie de dificultades en la situación que el individuo o grupo presentan (alcoholismo...). El diagnóstico también presenta una cierta dirección unilateral, ya que se elabora desde un servicio concreto que sólo podrá prestar atención a una parte del problema que presenta el individuo o grupo.

El diagnóstico supone la síntesis, interpretación y evaluación profesional de una situación en que se demanda la intervención del trabajador social.

El diagnóstico social debe señalar los núcleos de intervención sobre los que se va a actuar susceptibles de modificaciones, y que precisan de una actuación profesional programada para su transformación. En síntesis, lo que se propone para la realización del diagnóstico es que, utilizando los conocimientos ya adquiridos y la experiencia práctica, se llegue a una visión de los problemas, su naturaleza, su magnitud y, de esta manera, poder plantear una acción adecuada y asegurar la eficacia y racionalidad de la acción.²⁷

La defensa del menor debe hacerse preventivamente, para evitar males mayores; así, no debemos esperar que se de la hipótesis penal, sino acudir al

²⁷ Castellanos. C. María, *Manual de Trabajo Social*, (consulta en Internet <http://es.wikipedia.org>), México, 25/11/2007.

seno familiar, para prevenir las desgracias que a diario sacuden a la sociedad mexicana, porque los menores son golpeados o vejados, sin que haya leyes que prevean esa situación. No deben olvidar los padres de los menores que entre sus obligaciones está alimentarlos hasta que lleguen a la edad de 18 años; educarlos, darles un oficio y corregirlos mesuradamente.

CAPÍTULO CUARTO

PROPUESTAS DE ADICIONES Y REFORMAS A DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEGISLACIÓN CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL, PARA MEJORAR LA REGULACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA Y DERECHO DE CONVIVENCIA DE LOS MENORES SUJETOS A PATRIA POTESTAD.

4.1 Aspectos básicos que a juicio de la sustentante y en interés superior del menor, deberá tomar en cuenta el juez familiar para otorgar, limitar, suspender, perder, o cambiar la custodia compartida y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad, en caso de separación de quienes ejercen la misma.

Como hemos visto en capítulos anteriores dentro del derecho de familia encontramos a la institución de la filiación, la cual se preceptúa como “la procedencia de los hijos respecto a los padres; significa una relación de origen que permite conocer quienes son los ascendientes de una persona determinada”.¹ Así mismo en la misma línea esta institución crea deberes y derechos, principalmente de la línea recta de primer grado, es decir, de padres a hijos, tales como los derechos derivados de la patria potestad y como privilegio de esta encontramos a la guardia y custodia, fundada en una norma impero atributiva que los padres tienen para custodiar la seguridad y el sano desarrollo de sus descendientes, así como cuidar, vigilar sus actividades, potestad y deber que interesa a los padres por innato afecto filial.

La patria potestad es un derecho natural derivado de la filiación que se encuentra encaminado a salvaguardar el interés superior del menor, y se haya fundado en el sentimiento de afecto y el interés de formar y educar a los hijos. Por ello, no solo comprende el cúmulo de deberes y derechos recíprocos entre ascendientes y descendientes, sino que también es garante del desarrollo, físico, psíquico y social pleno de los menores.

Los juzgados familiares tienen el deber de determinar de manera justa y equitativa la forma en que debe compartirse la guardia y custodia entre las

¹ Chavez Asencio, Manuel F, op. cit., p. 2.

personas que tienen los derechos a la misma, tomando en consideración el interés superior de los menores y las circunstancias especiales de los mismos, antes de ser un derecho para los progenitores y familiares del menor debe establecerse como obligación en beneficio del sano desarrollo del menor.

Al respecto cito al doctor Gúitrón Fuentevilla el cual nos da la siguiente opinión: “Establecer la carrera judicial familiar, debe ser un objetivo a corto plazo, de los responsables de los destinos de este país, porque los asuntos de familia y de menores, exigen una atención especial, de funcionarios preparados para ello, porque estamos en presencia de una parte muy importante y compleja, que exige además del título de licenciado en derecho, conocimientos de psicología, de trabajo social, de medicina; es decir una verdadera preparación para que después de dictar una sentencia que haga perder la patria potestad de una madre o aun padre, ese Juez Familiar mantenga la conciencia tranquila y que cuando llegue a casa, el pan que se lleve a la boca no tenga la amargura, de haber traicionado al ser más desprotegido en el conflicto familiar, como son los menores.”²

Debemos considerar que tanto los padres que han decidido divorciarse como los que no están casados y deciden también separarse debido a que tienen conflictos y sus diferencias se acrecientan al igual que sus intereses personales, sin olvidar que pueden tener otros problemas como desordenes emocionales, razones por las que el juzgador necesita elementos para encontrar la verdadera situación de estos y el beneficio del menor.

Es un hecho que existe la necesidad de contar con elementos convincentes para determinar la guarda y custodia compartida sobre los menores y que en el procedimiento por lo general no se conciben, las propuestas se encuentran en los puntos siguientes.

El juez tiene, derivado de la ley, facultades de intervenir en asuntos que afecten a la familia de una forma bastante amplia e incluso lo puede hacer en forma oficiosa, esto es, sin que exista petición de las partes. Por esta razón creo necesario acudir a las disciplinas necesarias, tales es el caso de la psicología, y trabajo social, ya que estas ciencias en especial la psicología

² Gúitrón Fuentevilla, Julián, op. cit. p .82.

utiliza métodos científicos para investigar y ayudar a resolver problemas que se presentan en un proceso entre las partes, en especial con los inherentes a los menores.

Es importante que el juez al resolver dichos problemas debe tomar en cuenta la opinión de psicólogos y trabajadores sociales para efectos de otorgar la guardia y custodia y aún mas la guardia y custodia compartida, ya que esta debe de reunir datos suficientes para un pronunciamiento adecuado al interés superior del menor.

Como ya se ha mencionado, en la mayoría de los procesos del orden familiar, las partes exponen su verdad basados en hechos ciertos o no, ese es en sí un conflicto, porque las versiones de las partes son opuestas completamente y las pruebas que ofrecen para acreditar su verdad se convierten en elementos de prueba difusos y contradictorios. Así el juez para determinar lo justo, considero que debe de allegarse de elementos de convicción indubitables, dado que quien realiza los proyectos de sentencia son los encargados para ello adscritos al juzgado, los cuales no presenciaron audiencias y resuelven con las constancias existentes en el expediente para resolver. Por ello todos los estudios que propongo a continuación deben de constar en el expediente, y aun mejor el psicólogo adscrito al juzgado ayudara a que el procedimiento sea aun más al interés superior del menor.

4.1.1 Fundamento jurídico para la adscripción de psicólogos y trabajadores sociales en los juzgados familiares.

Como ya se ha manifestado se propone que en cada juzgado familiar se cuente tanto con psicólogos como con trabajadores sociales que auxilien al juzgador en los procedimientos, en especial en los juicios en los que este en controversia la guarda y custodia del menor.

Se plantea que esto sea ordenado por un decreto administrativo que sea pronunciado por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal.

Esta propuesta tiene fundamento legal, basándonos en los ordenamientos legales vigentes.

Al sugerir que los psicólogos y trabajadores sociales sean adscritos a los juzgados familiares a través de un decreto expedido por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, es en razón de proyectar la incorporación de estos, en una función de carácter local, así partiendo de la Constitución nos basamos en el artículo 122 C base segundo fracción II inciso C) de la Constitución que establece que el Jefe de Gobierno tiene la facultad de iniciar leyes o decretos den la asamblea, disposición reiterada en el artículo 67 del Estatuto de Gobierno.

El decreto es un acto administrativo que reviste formalidad, por cuyo medio el poder ejecutivo realiza parte de la función que le atañe.³ En este caso corresponde al jefe de gobierno facilitar al Tribunal superior de Justicia los auxilios necesarios para el ejercicio expedito de sus funciones, como lo dispone la fracción XXII del mencionado artículo 67 de Estatuto de Gobierno, es decir, el Jefe de Gobierno tiene la obligación de proporcionar los elementos necesarios que ayuden al cumplimiento eficaz de las resoluciones dictadas.

El decreto regula situaciones de forma concreta y particularizada, como es este caso.

La Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal reitera en el artículo 5 segundo párrafo.

Artículo 5.- El Jefe de Gobierno será el titular de la Administración Pública del Distrito Federal. A él corresponden originalmente todas las facultades establecidas en los ordenamientos jurídicos relativos al Distrito Federal, y podrá delegarlas a los servidores públicos subalternos mediante acuerdos que se publicarán en la Gaceta Oficial del Distrito Federal para su entrada en vigor y, en su caso, en el Diario Oficial de la Federación para su mayor difusión, excepto aquéllas que por disposición jurídica no sean delegables.

El Jefe de Gobierno contará con unidades de asesoría, de apoyo técnico, jurídico, de coordinación y de planeación del desarrollo que determine, de acuerdo con el presupuesto asignado a la Administración Pública del Distrito Federal. Asimismo, se encuentra facultado para crear, mediante reglamento, decreto o acuerdo, los órganos desconcentrados, institutos, consejos, comisiones, comités y demás órganos de apoyo al desarrollo de las actividades de la Administración Pública del Distrito Federal.

³ Martínez Morales, Rafael I. *Derecho Administrativo, Primer Curso*, 3ª ed, México, Harla, 1998, p. 163.

4.1.2 Estudio psicológico que deberán realizar al solicitante así como al menor, los profesionistas adscritos al juzgado o los que acrediten tener título y experiencia mínima de dos años en la materia, de la Secretaría de Salud, del Sistema de Desarrollo Integral de la Familia, del Tribunal Superior de Justicia o Procuraduría General de Justicia, ambos del Distrito Federal, para desempeñarse como auxiliares del juez correspondiente, esto con el objeto de establecer su salud mental y que es persona apta para ejercer la custodia compartida y derecho de convivencia, así como para detectar la existencia o no de alineación parental o manipulación.

Se propone incorporar a profesionales de la psicología como un funcionario más en las labores de los juzgados familiares, lo cual debe considerarse como parte inevitable del proceso evolutivo en la impartición y administración de justicia y no debe excluirse de una reforma judicial que busca de manera integral el mejoramiento de esta función del estado, pues su vocación lo hace persona idónea para brindar diversas herramientas en las que pueda apoyarse el juzgador en el dictado de sus resoluciones, es decir se debe buscar que el juzgador no solo considere el precepto normativo aplicable, sino también que sustente y justifique sus razonamientos en los análisis científicos que permitan tomar las decisiones más acertadas y justas, así se elevaría la calidad de las resoluciones y se brindaría un servicio especializado y humano.

Existe la necesidad de que las resoluciones judiciales se encuentren apoyadas científicamente, ya sea que se trate de un auto que determina la guarda y custodia hasta aquella que decide sobre la paternidad, la pérdida de la patria potestad, los alimentos y hasta el divorcio.

Esto se trata de dilucidar desde un enfoque jurídico y psicológico, la necesidad de adscribir al profesional de la psicología como servidores o funcionarios en nuestros juzgados, quienes pueden apoyar en la toma de resoluciones judiciales, en diligencias diversas y con estudios científicos que permitirán dar razones que justifiquen las decisiones judiciales para que estas mejoren la calidad en la impartición de justicia.

Su función principal es auxiliar al juez o funcionarios judiciales, brindando información psicológica sobre los diferentes factores que intervienen en el proceso litigioso.

Esta propuesta la hago por que considero que la opinión pericial en psicología realizada de oficio, es importante en un juicio del orden familiar, aun más la aplicación de test psicológicos hechos por un psicólogo a las partes y al menor con la finalidad de que el juez cuente con elementos para determinar la guarda y custodia compartida.

En la actualidad los tribunales por regla general, al resolver cuestiones en materia familiar se auxilian por peritos que también por regla general no forman parte del Poder Judicial y deben ser contratados por quienes tienen interés legitimo en las causas, o bien dependen en gran medida del apoyo que reciben de instituciones gubernamentales como el DIF dependencia que prioriza su carga de trabajo y posterga las solicitudes por el poder judicial, lo que a la vez dilata la toma de decisiones del juzgador.

Por esa razón propongo que profesionales en psicología auxilien a nuestros juzgadores, no como peritos externos a la función, si no como un servidor público más, al servicio de la administración de justicia.

Como se mencionó en capítulos anteriores, por lo tanto este no debe sacrificar esfuerzos en aras de un ahorro que a la larga solo arroja mayores problemas sociales.

Es importante resaltar que no atañe al psicólogo, la toma de decisiones finales, que son única y exclusivamente de los funcionarios judiciales.

Esto es que el psicólogo de oficio realizara las pruebas que arrojen esa información, el cual rendirá un informe-dictamen antes de la apertura del desahogo de pruebas; si de los test se presentará alguna situación que afecte al menor, este deberá presentar escrito al juez en cualquier momento haciendo saber la situación esto es siguiendo el principio del interés superior del menor.

El juez en todo lo relativo al aspecto psicológico, podrá ilustra cualquier duda a través de la formulación de un cuestionario, el que contendrá test, mas relacionados con la apreciación en orden al desarrollo mental del menor, tomando en consideración la edad, grado de madurez, género, así como la afinidad con los padres, ellos en orden con la edad, estado psicológico, afinidad, sexo, grado de madurez, ocupación etc., del propio progenitor y del menor.

Independientemente el psicólogo o prestador de servicio social deberá pronunciar opinión técnica respecto a si podría resultar perjudicial para el menor la convivencia con uno o ambos progenitores.

Lo que se debe de tomar en cuenta al momento de elegir los test que se les han de aplicar a las partes es:

1° Determinar el estado emocional y psicológico del menor al presentarse la demanda.

2° Determinar el estado emocional y psicológico de quienes soliciten la guarda y custodia compartida.

3° Determinar si existe alguna causa emocional o psicológica que impida a aquel que pretenda la guarda y custodia.

4° Darle elementos al juez para la determinación de resoluciones dentro del procedimiento para el momento de dictar sentencia.

Sobre todo los estudios nos van a ayudar a determinar si es viable la figura de la custodia compartida ya que van a orientar al juzgador sobre el impacto psicológico que pueda originarse al compartir la guarda y custodia por lo tanto consideraremos las siguientes:

1.- Determinar el estado psicológico del menor.

2.- Determinar las condiciones de estabilidad y madurez tanto físicos como mentales del menor.

3.- Determinar su entorno social, la salud, sensibilidad motor, forma de pensar, las costumbres, y educación del menor.

4.- Determinar el grado en que se ha afectado el menor por la desintegración de la familia.

5.- Determinar si la convivencia del menor con alguno de los padres resulta perjudicial.

6.- Determinar si se presenta manipulación o alineación parental en el menor.

Lo lógico es que esta propuesta puede recibir una respuesta negativa, pues todo se atiende de principalmente a aspectos presupuestarios, y se

podría argumentar que un psicólogo por juzgado familiar sería costoso sin embargo aunque este trabajo de investigación no tiene como finalidad el demostrar el enfoque económico, la conveniencia de adscribir psicólogos a los juzgados que así lo requieren es necesaria una buena planeación para buscar el menor costo posible ya que la administración de justicia es de interés público.

4.1.3 Estudio socio-económico que deberán realizar al solicitante trabajadores sociales adscritos al juzgado que acrediten tener título y experiencia mínima de dos años en la materia, de la Secretaría de Salud, del Sistema de Desarrollo Integral de la Familia, del Tribunal Superior de Justicia o Procuraduría General de Justicia, ambos del Distrito Federal, o en su caso estudiantes con carta de pasante en trabajo social, que se encuentren prestando su servicio social en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, y que estén registrados con tal carácter en los respectivos Juzgados Familiares, para desempeñarse como auxiliares del juez correspondiente, esto con el objeto de establecer tanto su entorno social, y si el mismo se encuentra en igual o diferente ciudad en donde reside el menor sujeto a patria potestad, para determinar si tal entorno es el adecuado para el sano desarrollo del referido menor, como para demostrar que tiene los medios bastantes para proveer a la satisfacción de las necesidades básicas del referido menor, y que como consecuencia no ha dejado de cumplir con éste su obligación alimentaria, desde que viven separados.

A fin de establecer los medios económicos y materiales con los que cuenta el progenitor solicitante para atender a las necesidades del menor, es necesario conocer si éstos medios económicos pueden ser bastantes y suficientes para proveer la satisfacción de sus necesidades básicas, conforme a su nivel de vida a las actividades propias de su desarrollo. Esto solo puede llevarse a cabo con la realización de estudios en materia de trabajo social.

Considero que el juzgado debe tener personal adscrito al mismo que realice los estudios ya sean prestadores de servicio social o si bien pudiera acordarse con el presupuesto del Tribunal Superior de Justicia, profesionales titulados, o ya en su defecto a través del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, organismo público descentralizado que tiene como objetivo la promoción de la asistencia social, la prestación de servicios en ese

campo, la promoción de la interrelación sistemática de acciones que en la materia lleven a cabo las instituciones públicas.

Así junto con los exámenes psicológicos se llevará a cabo un estudio socioeconómico de aquéllos que solicitan la guarda y custodia compartida, o están peleando la custodia, esto con el objeto de informar al juez, constando en el expediente las condiciones económicas e higiénicas en que vive, asimismo, deberá informar las condiciones en las que actualmente vivan los menores en compañía del progenitor o progenitora que tiene la guarda y custodia. Así ambos manifestarán a través de este estudio, su domicilio actual, actividad e ingreso que perciba por su trabajo en ese momento, a efecto de llevar a cabo las visitas posteriores.

En el caso de la evaluación socioeconómica el estudio respectivo determinará los medios económicos y materiales con los que cuenta el solicitante para atender a las necesidades del menor ya que es necesario conocer si estos medios económicos pueden ser bastantes y suficientes para proveer la satisfacción de sus necesidades básicas, conforme a su nivel de vida y a las actividades propias de su desarrollo.

Lo importante de todo es el que el juez le de un valor a todos estos estudios de opinión técnica, para que se pueda así determinar la viabilidad en el otorgamiento de la guarda y custodia compartida y que esta determinación no resulte perjudicial para el menor en base en el artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, que en su parte conducente señala: "... 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."

Igualmente propongo que estos trabajadores sociales realicen visitas al domicilio del menor aun cuando se haya dictado sentencia definitiva, para que los casos en los que este en controversia la guarda y custodia o en los que se haya determinado la custodia compartida se tenga un seguimiento adecuada en interés superior del menor.

En este sentido son necesarias las siguientes reformas y adiciones:

4.1.4 Que se tome en cuenta la opinión del menor sujeto a patria potestad, en caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia siempre y cuando sea mayor de 12.

Como se observa el ordenamiento civil no señala una edad en la intervención de los menores en la toma de decisiones respecto a la guarda y custodia, es un avance el que se escuche al menor pero no se menciona el objeto el cual en la opinión de la sustentante sería, que se tomen en cuenta sus opiniones y propuestas respecto a los asuntos de su familia o comunidad, y muy en especial quien va a tener la guarda y custodia.

Por lo tanto considero que se debería hacer una referencia a la edad, y por ejemplo agregar que los mayores de doce años elijan cual de sus padres deberá hacerse cargo de ellos, ya que es preciso mencionar que la capacidad de discernimiento atribuible a un menor depende de la apreciación subjetiva que el juzgador emite; no obstante, por eso creo necesario apoyarnos en las disciplinas especializadas, por ellos son importantes los estudios psicológicos realizados al iniciar el juicio.

Como se ve el Código Adjetivo tampoco nos dice la edad en la que el menor podrá ser escuchado y su opinión tomada en cuenta para la determinación de la guarda y custodia o guarda y custodia compartida.

Para este caso la Ley para la Protección de los Derechos, Niñas y Adolescentes a que hemos hecho referencia en apartados anteriores en su artículo 41 establece: *“El Derecho a expresar opinión implica que se les tome su parecer respecto de:*

A. Los asuntos que los afecten y el contenido de las resoluciones que les conciernen.

B. Que se escuchen y tomen en cuenta sus opiniones y propuestas respecto a los asuntos de su familia o comunidad”.

Considero que en lo referente al otorgamiento de la guarda y custodia compartida el legislador debe establecer las medidas correspondientes para que los menores sean oídos en el procedimiento y su opinión sea tomada en cuenta en la forma en que mejor convenga al interés del infante, pudiendo este

a partir de los 12 años elegir custodia compartida o convivencias, si desea estar con alguno de sus progenitores en particular.

4.2 Visitas al domicilio del menor realizadas por el trabajador social adscrito al juzgado y/o el prestador de servicio social que se encuentra como auxiliar del juzgado, con el objeto de verificar que se estén cumpliendo las medidas dictadas por el juez y en su caso la resolución dictada en la sentencia definitiva, en los juicios que arrojen información que los haga considerar como de vigilancia.

Para tener un seguimiento en los casos en que la guarda y custodia del menor esta en controversia, es necesario realizar visitas a sus domicilios con el objeto de procurar salvaguardar el interés superior del menor.

El trabajador social cuenta con los elementos suficientes para realizar visita al domicilio del menor y realizar dictámenes en los que se pueda llevar un adecuado seguimiento de la situación en la que vive el menor, así como verificar que se estén cumpliendo las especificaciones que haya impuesto el juez en el juicio respecto a la guarda y custodia del menor.

El trabajador social verificara periódicamente que el menor cuente con las atenciones adecuadas, basándose en el estudio socioeconómico que realizo al inicio del juicio y con los datos que pueda extraer del expediente, siempre procurando su interés superior.

4.3 Propuestas de adiciones y reformas al Código Civil para el Distrito Federal.

Todos los ordenamientos legales requieren de reformas o adiciones, sobre todo cuando las circunstancias y condiciones para las cuales fueron creadas se transforman. Como hemos observado en el Capitulo Tercero de este trabajo de investigación, en lo referente a la guarda y custodia compartida, nuestra legislación civil ha sufrido cambios, la primera reforma es la de el 6 de Septiembre de 2004 , donde se introduce esta figura, así a partir de esta fecha en tan solo 3 años surgen diferentes posturas y opiniones

encontradas al respecto, resultando una segunda reforma el 2 de Febrero del 2007, en la que se modifican, reforman y adicionan nuevamente los artículos en materia de guarda y custodia y por ende en la guarda y custodia compartida.

Deseo resaltar que como consecuencia del presente trabajo de investigación, se desprende la necesidad de proponer adiciones y reformas para mejorar la regulación de la guarda y custodia, siendo estas las descritas a continuación.

4.3.1 Reforma al último párrafo del Artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal.

Considero importante resaltar que este trabajo de investigación se basa en la separación de las personas que ejercen la patria potestad y la protección de los menores sujetos a esta, por esa razón debemos tomar en cuenta también el caso particular del divorcio para el cual en el artículo 283 del Código sustantivo se señala las disposiciones que deberá contener la sentencia de divorcio, la cual fijará la situación de los menores y por lo tanto es de nuestro interés, al efecto este artículo señala:

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

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

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

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

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

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

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

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

En relación al artículo antes transcrito considero de gran importancia que el juez en este caso debe procurar que su resolución sea dictada considerando todos los elementos necesarios entre estos que los derechos del menor a ser escuchado sean realmente ejercitados, por lo que el menor de 12 años más que ser escuchado debe ser tomada en cuenta su opinión al momento de resolver sobre su guarda y custodia, aun más en lo referente a la guarda y custodia compartida, para lo cual propongo reformar el último párrafo del artículo 283 del citado Código Civil para el Distrito Federal, para que el mencionado ultimo párrafo quede como sigue:

*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 y **tomar en cuenta la opinión del menor.***

4.3.2 Adición del párrafo segundo al artículo 283 Bis del Código civil para el Distrito Federal.

El artículo 283 Bis, señala el deber que tiene el juez de garantizar que en la sentencia de divorcio se cumplan con las obligaciones de crianza en el caso de que se haya compartido la guarda y custodia mediante convenio; este artículo a letra dice:

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.

El artículo antes mencionado le da al juez la facultad de que desde que se presenta la demanda, mientras dure el juicio y al momento de dictar sentencia ordene las medidas necesarias para que los exconyuges den cumplimiento en forma provisional y, en su caso definitiva a sus obligaciones de crianza, protegiendo con ello el interés superior del menor, en este sentido considero que al aludido juez debe seguir una vigilancia posterior a la sentencia para que con mayor certeza se garantice que los divorciantes cumplan con las referidas obligaciones, por lo que como consecuencia propongo la adición de un párrafo segundo al citado artículo 283 Bis, para que este quede como a continuación se indica:

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.

Para tal efecto, y para que el juez de seguimiento al cumplimiento de los excónyuges de las referidas obligaciones sobre sus menores hijos, deberá ordenar que se practiquen visitas al domicilio del menor, por los trabajadores sociales adscritos al juzgado, los que rendirán su dictamen correspondiente que se agregará a los autos respectivos.

4.3.3 Adición de un párrafo Tercero al artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal.

El artículo 411 lo encontramos dentro del Capítulo I titulado “De los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos.” El cual dispone:

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

Quienes detentan la patria potestad tienen la responsabilidad de relacionarse de manera armónica con sus hijos menores de edad, independientemente de que vivan o no bajo el mismo techo.

Sobre el artículo 411 del Código Sustantivo Civil acabado de transcribir, me permito señalar que este antes de la reforma de 2 de febrero de 2007, textualmente señalaba:

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

(A) Quien ejerza la patria potestad, debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad. En consecuencia, cada uno de los ascendientes debe evitar cualquier acto de manipulación, alineación parental encaminado a producir en la niña o el niño, rencor o rechazo hacia el otro progenitor. (GPDF 06/09/04).

Como es de advertirse, este artículo contenía los conceptos de manipulación y alineación parental, mismo que con las reformas a diversas disposiciones tanto del Código Civil como del Código de procedimientos civiles, ambos del Distrito Federal, tales conceptos se suprimen el 2 de Febrero de 2007, razón por la cual la suscrita considero que tales conceptos se deben reincorporar nuevamente, eso en su interés superior, ya que son actos que se encuentran constantes cuando se presenta la separación de las personas que ejercen la patria potestad, por lo que propongo que el actual artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal, se adicione un párrafo tercero, para que el artículo en comento establezca a la letra lo siguiente:

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

Quienes detentan la patria potestad tienen la responsabilidad de relacionarse de manera armónica con sus hijos menores de edad, independientemente de que vivan o no bajo el mismo techo.

Quien ejerza la patria potestad debe evitar cualquier acto de manipulación; alineación parental encaminada a producir en la niña o el niño, rencor o rechazo hacia el otro progenitor.

4.3.4 Adición del artículo 411 Bis del Código Civil para el Distrito Federal.

Se ha manifestado la necesidad de reincorporar la figura de la alineación parental en el artículo 411, de ahí que considero de gran importancia la definición de este concepto dentro del Código Civil, como uno de los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos, para su protección, de la manera siguiente:

Artículo 411 Bis.- Se entenderá por alineación parental el conjunto de comportamientos, conscientes o inconscientes de un progenitor, que puedan provocar una perturbación en la relación del menor con el otro progenitor.

4.3.5 Reforma al artículo 416 Bis del Código Civil para el Distrito Federal

Derivado de este trabajo de investigación considero de importancia que el menor además de ser escuchado por el juzgador, también se tome en cuenta su opinión al momento de determinar la guarda y custodia o las respectivas convivencias, al respecto este artículo 416 Bis del Código Civil para el Distrito federal, señala:

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 cualquier 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.

En relación con el artículo acabado de transcribir, la suscrita consideró que el menor para que sea escuchado en audiencia acerca de la convivencia con sus progenitores, tenga la edad mínima de 12 años, además de que, tanto su opinión sea tomada en cuenta como que el juez se auxilie con los

dictámenes y estudios realizados al menor y a sus progenitores para determinar que es lo mejor para dicho menor atendiendo, a su interés superior, así el artículo en comento deberá quedar en los términos siguientes:

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 cualquier de ellos, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente previa audiencia del menor **tomando en cuenta la opinión del menor mayor de 12 años**, 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, **para lo cual se auxiliara de los dictámenes y lo estudios que constan en el expediente del juzgado, y realizados tanto al menor como a sus progenitores.***

4.3.6 Adición de un párrafo segundo, recorriéndose el subsecuente y reforma a este último párrafo del artículo 417 del Código Civil para el Distrito Federal.

El artículo 417 establece que en caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, deberá de oírse al menor, siendo este asistido por el asistente de menores.

Artículo 417.- En caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, en la controversia o en el incidente respectivo deberá oírse a los menores. 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.

A mi parecer no es suficiente que el menor sea escuchado, sino que debe de tomarse en cuenta su opinión aun más cuando el menor es mayor de

12 años, ya que a esa edad puede determinar con quien considera que va a estar mejor.

Respecto al asistente del menor considero de vital importancia que esta figura sea cubierta por el psicólogo adscrito al juzgado, ya que este tendrá un conocimiento más amplio del caso y mayor disponibilidad ya que su labor será la de auxiliar al juzgador en particular.

Atendiendo a lo anterior el artículo quedará en los siguientes términos:

Artículo 417.- En caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, en la controversia o en el incidente respectivo deberá oírse a los menores.

El menor mayor de 12 años podrá dar su opinión respecto a quien considera que debe de tener la guarda y custodia.

*A efecto de que el menor sea adecuadamente escuchado independientemente de su edad, deberá ser asistido en la misma por el asistente de menores el cual **será el psicólogo adscrito al juzgado o en su defecto el que para tal efecto designe el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal***

4.3.7 Reforma al párrafo primero del artículo 417 Bis del Código Civil para el Distrito Federal.

Por ultimo, el artículo 417 Bis define la figura del asistente del menor, además de especificar su función, este artículo se transcribe a continuación:

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.

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.

Respecto al contenido de el artículo citado, la suscrita consideró que el asistente del menor debe ser el psicólogo o el trabajador social adscrito del conocimiento, debido a que este auxiliaría al juez de una forma más ágil ya que su trabajo sería exclusivo del juzgado que conoce de la controversia, a diferencia de los psicólogos del DIF, por lo tanto es importante que se cuente en los juzgados con psicólogos que colaboren en bienestar del menor y en su interés superior, por lo que propongo que este artículo sea reformado para quedar en los términos siguientes:

*Artículo 417 Bis.- Se entenderá por asistente de menores al profesional en psicología, trabajo social o pedagogía exclusivamente, **adscrito al Juzgado Familiar** o en caso de que las labores de este no se lo permitan, el 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.*

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.

4.4 Propuestas de adiciones y reformas al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En cuanto al Código Adjetivo Civil, y con el objeto de darle una mejor celeridad procesal en caso de controversia motivada por la separación de los progenitores que ejercen la patria potestad particularmente en lo relativo al cumplimiento de sus obligaciones , ejercicio de la guarda y custodia de los menores, en razón de desacuerdo de los referidos progenitores y dado el interés superior del menor la suscrita considero necesario lo reformen y adicionen los artículos que se describirán a continuación:

4.4.1 Propuesta de adición de un párrafo cuarto al artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

El artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, actualmente dispone:

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

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

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

Respecto a este artículo considero que la suscrita que si bien es cierto que el mismo dice que el juez de lo familiar que este facultado para actuar de oficio para los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y entre otras proteger a los miembros de la familia, el juez debe de tener los elementos necesarios para emitir una resolución, y dado que los estudios psicológicos y socioeconómicos le darán bases científicas para la determinación de la guarda y custodia, preservando el interés superior del menor, propongo la adición de un párrafo cuarto a este artículo, para que los estudios sean practicados de oficio al iniciar tales controversias, y los mismos sean realizados por el psicólogo y trabajador social adscrito al juzgado.

Debido a lo anterior estimo pertinente adicionar el siguiente párrafo al artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, para que este quede de la siguiente forma:

*El juez deberá ordenar al inicio del procedimiento que el psicólogo y trabajador social adscrito al juzgado realicen los **estudios psicológicos y socioeconómicos a cada una de las partes en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores.***

4.4.2 Propuesta de reforma al párrafo segundo y cuarto del artículo 941 Bis del Código de Procedimientos para el Distrito Federal.

He manifestado en este trabajo de investigación la necesidad de una valoración psicológica y socioeconómica a los progenitores en relación con la designación de la guarda y custodia del menor, esto además que dicho menor al respecto sea escuchado en la audiencia tal como lo establece el artículo 941 Bis, y que también sea tomada por el juez de lo familiar la opinión del menor asistido por el asistente de menores y que valore todos y cada unos de los elementos que tenga a su disposición, incluyendo en estos la valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, para lo cual considero que se le pueden dar más elementos al juez y una mayor agilidad al juicio, si los exámenes psicológicos y socioeconómicos son realizados desde que inicia la controversia, y se incorporan al expediente para que el juez los valore por lo que se estaría protegiendo aun más el interés superior del menor, en razón de lo anterior propongo que se reforme el artículo 941 Bis en sus párrafos segundo y cuarto el cual deberá quedar en los términos siguientes:

Artículo 941 Bis.- Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus padres, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia de los menores misma que se efectuará dentro de los quince días siguientes.

*En la sesión donde sean escuchados los menores deberán ser asistidos por el asistente de menores correspondiente, adscrito al **Juzgado o en su defecto** al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal, quien no requerirá comparecer para protestar el cargo.*

Quien tenga a los menores bajo su cuidado, los presentará a la audiencia, para que sean escuchados por el Juez y el Ministerio Público adscrito.

*El Juez de lo Familiar oyendo la opinión del menor y del representante Social y valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, incluyendo **los exámenes psicológicos y socioeconómicos correspondientes realizados al menor y a las partes por el psicólogo y trabajador social adscritos al juzgado que solicitan la custodia,** determinará a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad.*

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

Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor

Cuando cambie de domicilio el ascendiente que conserva la guarda y custodia, éste tiene la obligación de informar al Juez y a quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia.

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

4.4.3 Propuesta de reforma al párrafo tercero y quinto del artículo 941Ter del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su artículo 941Ter establece la forma en la que el juez fijará las convivencias del menor, indicando, tanto que el juez antes de regular las convivencias deberá tomar en cuenta los elementos que estén a su alcance para decidir al respecto bajo el principio del interés superior del menor, como que podrá también solicitar la valoración psicoemocional para determinar algún tipo de violencia familiar, pudiendo no otorgar la convivencia de manera provisional cuando exista peligro para la integridad del menor.

En razón de cómo se colige del contenido del artículo en comento, la valoración psicoemocional para determinar algún tipo de violencia familiar es optativa por el juzgador al momento de otorgar la convivencia de manera provisional del menor, considero la suscrita que dada la valoración deberá ser obligatoria dado que los dictámenes y estudios, deben ser ordenados oficiosamente tales como lo propongo en el presente capítulo y debido a los anteriores propongo se reformen los párrafos tercero y quinto del citado artículo 941 Ter. Para quedar como sigue:

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 consten en el expediente** 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, **para lo cual observara la valoración psicoemocional realizada al menor junto con el psicólogo adscrito para determinar** 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 o 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 de **los estudios realizados a las partes por el psicólogo adscrito al juzgado se desprenda que existe peligro** para la integridad física, sexual y psicológica de los hijos menores de edad.*

4.4.4 Adición del artículo 941 Quáter del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En este trabajo de investigación se hace un análisis de la guarda y custodia en el Derecho Comparado en países como España, Canadá y Estados Unidos, con la finalidad de observar la aplicación de la custodia compartida, así como los medios con que cuentan para la protección del interés superior del menor, resultando que es necesario un seguimiento de la situación en la que el menor se encuentra viviendo, así como de informarse en las condiciones económicas e higiénicas en que vive tanto el menor como aquel que detente la guarda y custodia, para lo cual es necesario que un especialista como es el trabajador social, realice visitas al domicilio en donde habita el menor, sobre todo en los casos en los que afecte a la familia y para tanto verificar que todas las disposiciones ordenadas por el juzgador sean cumplidas, como para proteger el interés superior del menor, y como consecuencia de ello el trabajador social rendirá dictámenes que se incorporaran al expediente para poder ser valorados por el juez en su momento procesal.

En este sentido propongo se adicione el artículo 941 Quáter, para quedar como sigue:

Artículo 941 Quáter.- El Juez de lo Familiar se auxiliara de los psicólogos o trabajadores sociales adscritos al juzgado o del asistente del menor designado por el DIF-DF para practicar visitas al domicilio de los menores, a fin de verificar que se estén llevando a cabo las medidas impuestas por el juzgador.

Se realizara visitas al domicilio en el que resida el menor por trabajadores sociales quienes rendirán un informe sobre las condiciones en que se encuentra el menor, el cual se integrara al expediente.

4.4.5 Reforma artículo 945 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

El artículo 945 nos indica la manera en la que se llevará la audiencia en la que las partes aportaran pruebas, la que se llevará con o sin asistencia de las partes, este artículo dispone a la letra lo siguiente:

Artículo 945.- La audiencia se practicará con o sin asistencia de las partes. Para resolver el problema que se le plantee, el juez se cerciorará de la veracidad de los hechos y los evaluará personalmente o con auxilio de especialistas o de instituciones especializadas en la materia. Estos presentarán el informe o dictamen correspondiente en la audiencia y podrán ser interrogados tanto por el juez como por las partes. La valoración se hará conforme a lo dispuesto por el artículo 402 de este Código y en el fallo se expresarán los medios de prueba en que haya fundado el juez para dictarlo.

Ahora bien para darle celeridad al juicio y siempre procurando el interés superior del menor propongo que los especialistas que rindan sus dictámenes y/o estudios para auxiliar al juez quien evaluará los hechos y resolverá lo que en derecho correspondan sobre la controversia respectiva, sean los psicólogos adscritos al juzgados, ya que como se desprende en este trabajo, estos cuentan con los conocimientos necesarios para colaborar con el juez, motivo por el que propongo se reforme aludido artículo 945 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, para que el mismo a la letra diga lo siguiente:

*Artículo 945.- La audiencia se practicará con o sin asistencia de las partes. Para resolver el problema que se le plantee, el juez se cerciorará de la veracidad de los hechos y los evaluará personalmente o con auxilio **de los especialistas adscritos al juzgado o de instituciones especializadas en la materia**. Estos presentarán el informe o dictamen correspondiente en la audiencia y podrán ser interrogados tanto por el juez como por las partes. La valoración se hará conforme a lo dispuesto por el artículo 402 de este Código y en el fallo se expresarán los medios de prueba en que haya fundado el juez para dictarlo.*

4.5 Propuesta de adición de las fracciones X y XI, recorriéndose la subsecuente, al artículo 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

A consecuencia de las adiciones y reformas planteadas, se agregaría una fracción al artículo 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, la cual establecerá que los psicólogos y trabajadores sociales adscritos al juzgado familiar y los prestadores de servicio social en psicología y trabajo social, serán auxiliares de la administración de justicia, en virtud de que cuentan con los conocimientos necesarios para llevar a cabo esa función de la manera siguiente:

Artículo 4.- Son auxiliares de la administración de justicia y están obligados a cumplir las órdenes que, en el ejercicio de sus atribuciones legales, emitan jueces y magistrados del tribunal:

I. La Subsecretaría de Gobierno del Distrito Federal;

II. El Consejo de Menores;

III. El Registro Civil;

IV. El Registro Público de la Propiedad y del Comercio;

V. Los Peritos Médico Legistas;

VI. Los Intérpretes oficiales y demás Peritos en las ramas que les sean encomendadas;

VII. Los Síndicos e Interventores de concursos y quiebras;

VIII. Los Albaceas, Interventores, Depositarios, Tutores, Curadores y Notarios, en las funciones que les encomienden las leyes correspondientes;

IX. Los Agentes de la Policía Preventiva y Judicial, y

X. Los psicólogos y trabajadores sociales adscritos a los juzgados familiares.

XI. Los prestadores de servicio social en Psicología y Trabajo social.

XII. Todos los demás a quienes las leyes les confieran este carácter.

*Los auxiliares comprendidos en las fracciones III a **XI** de este artículo están obligados a cumplir las órdenes que, en ejercicio de sus atribuciones legales, emitan los Jueces y Magistrados del Tribunal.*

El Jefe de Gobierno Distrito Federal, facilitará el ejercicio de las funciones a que se refiere éste artículo.

De esta forma se daría existencia jurídica a las propuestas de este trabajo, de esta manera el Estado estaría protegiendo el interés superior del menor en muchos aspectos, dándole una mayor protección al inicio, durante y Terminado los juicios en los que esta en controversia su guarda y custodia.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La patria potestad es un derecho natural derivado de la filiación, que consiste esta última en la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, ya se trate de hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio o de hijos adoptivos. A su vez la patria potestad es el conjunto de facultades y deberes recíprocos que la ley les otorga e impone a los ascendientes y descendientes menores de edad no emancipados, en cuanto a los primeros sobre la persona y bienes de los segundos, siendo su finalidad tanto la asistencia y protección de dichos menores, como su normal desarrollo físico, psíquico y social. Así la patria potestad tiene una función social, formativa y protectora del hijo, en la cual está interesado directamente el estado por lo que las disposiciones que la regulan son de orden público e interés social, siendo estas irrenunciables.

SEGUNDA.- El menor de edad conforme a la legislación civil mexicana es aquel que tiene únicamente la capacidad de goce, por lo que no dispone libremente de su persona y de sus bienes, es el ser humano cuya edad se encuentra comprendida desde su nacimiento hasta adquirir la mayoría de edad.

TERCERA.- Con el objeto de proteger los derechos del menor, en el ámbito Internacional en Nueva York, Estados Unidos, se fundó el 20 de Noviembre de 1989, La Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, en la que se establecieron los derechos complementarios o específicos de la niñez, considerándolos como sujetos de derecho, titulares de las garantías y derechos humanos reconocidos a favor de toda persona. Debido a esta Convención, al respecto empieza a haber cambios en las distintas legislaciones del mundo, por lo que México no fue la excepción, así en nuestro país primeramente en el ámbito local, el 31 de enero de 2000, se publicó la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal, y con posterioridad en el ámbito federal el 7 de abril de 2000, se adiciona el artículo 4º de la Carta Magna, y un mes después, el

29 de mayo del 2000, es creada la Ley Para La Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, con carácter de orden público, interés social y de observancia en toda la República Mexicana, mismas que señalan que a los órganos o instancias del gobierno local y federal, les corresponde tomando en cuenta las medidas necesarias para ello, la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en base al interés superior de la niñez ya que esta tiene derecho a la satisfacción de las necesidades para su desarrollo integral, como son; la alimentación, la salud, la educación y el sano esparcimiento, por lo que debe existir igualdad, equidad y no discriminación, así como que la familia sea el espacio primordial para su desarrollo, tomando a esta como la base de la sociedad.

CUARTA.- Dentro de los derechos y deberes de las personas que ejercen y que están sujetas a la patria potestad, se encuentra la guarda y custodia, que consiste en que los menores de edad no emancipados deben cohabitar con sus padres, para que estos velen por su seguridad y sano desarrollo, por lo que la misma está fundada en una norma impero atributiva. Por otra parte, y con el fin de procurar el interés superior del menor, encontramos también tanto en algunas legislaciones civiles extranjeras como en nuestra legislación civil local, la figura de la guarda y custodia compartida, que se da tras la separación de los progenitores que se encuentren unidos en matrimonio o concubinato, y mediante acuerdo o resolución judicial, con la finalidad de que los hijos menores de edad vivan alternadamente con el padre y con la madre, de una forma equitativa.

QUINTA.- A partir de las reformas del 6 de septiembre de 2004, tanto al Código Civil como al Código de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal, en donde se incorpora la figura de guarda y custodia compartida, así como la convivencia de los menores de edad con sus progenitores, cuando estos viven separados, surgen diferentes posturas en relación al tema como la de la Asociación Mexicana de Padres de Familia Separados, que se crea en el año 2003, y cuyos integrantes por diversas

razones habían sido privados de convivir con sus hijos y los cuales apoyaron e impulsaron dichas reformas para que pudieran convivir con sus menores hijos, y por otro lado, surge igualmente una postura feminista que posteriormente hace que las aludidas reformas, sean adicionadas y reformadas nuevamente el 2 de febrero de 2007 en los términos que se mencionan en diversos puntos del Capítulo Tercero de este trabajo de investigación.

SEXTA.- Cuando existe una separación que genere que uno de los padres solicite la guarda y custodia del menor, para el otorgamiento de esta en forma justa y equitativa, el juzgador familiar además de tomar en consideración el interés superior y las circunstancias de los menores, como lo establece nuestra legislación civil local, y para resolver en la forma citada, debería también identificar los síntomas de la alineación parental que provoquen trastornos en el menor, entendiéndose esta última como la manipulación que hace un progenitor hacia su menor hijo para que deje de respetar, amar y odie al otro progenitor sin justificación, dotándose para ello de los elementos jurídicos y humanos suficientes, resultando necesaria la intervención de los psicólogos y trabajadores sociales en los juzgados familiares ya que cuentan con los conocimientos necesarios para auxiliar al juez en los casos en los que se tiene que otorgar la guarda y custodia compartida de un menor.

SÉPTIMA.- Como consecuencia de la investigación del presente trabajo, dentro del Código Civil y Código de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal, existe la necesidad de reformas y adiciones respecto a la guarda y custodia del menor en virtud del interés superior del mismo, en este sentido para su otorgamiento en caso de controversia entre los progenitores, considero necesario la participación de otras ciencias como la psicología y el trabajo social como auxiliares del juzgador familiar dentro del procedimiento, así como la inclusión nuevamente del concepto de alineación parental, ya que ambos van a auxiliar al juez en la designación de la guarda y custodia compartida, con la finalidad de procurarle al menor un sano

desarrollo, en tal virtud propongo tanto reformas y adiciones en el Código Sustantivo citado, concretamente a los artículos 283, Bis, 411, 411 Bis , 416 Bis, 417, adición al mismo artículo, 417 Bis, en los términos precisados en los puntos 4.3.2, 4.3.3, 4.3.4, 4.3.5, 4.3.6 y 4.3.7 del Capítulo Cuarto de este trabajo de investigación, como en el Código Adjetivo indicado, a los artículos 941, 941 Bis, 941 Ter , adición al 941 Quáter y 945, en los términos descritos en los puntos 4.4.1, 4.4.2, 4.4.3, 4.4.4 y 4.4.5, del mismo Capítulo Cuarto.

OCTAVA.- Con el objeto de que los juzgadores familiares cuenten con el auxilio de otras ciencias como la psicología y el trabajo social que coadyuven en sus decisiones fundamentales respecto a la guarda y custodia del menor, y para fundamentar dicho auxilio e intervención de las referidas ciencias, propongo las adiciones a las fracciones X y XI del artículo 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en los términos indicados en el punto 4.5 del presente trabajo de investigación.

BIBLIOGRAFIA

AGUILAR CUENCA, José Manuel, Síndrome de Alineación Parental, 2ª ed., España, Almuzara, 2005.

AZUARA PÉREZ, Leandro. Sociología. 10ª.ed., México, Porrúa, 1990.

CASTÁN VÁZQUEZ, José María. La Patria Potestad, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1960.

CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F., La Familia en el Derecho, México, Porrúa, 1990.

D' ANTONIO, Daniel Hugo. Derecho de Menores, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1986.

DE LA MATA PIZANA, Felipe de la y Garzón Jiménez, Roberto. Derecho Familiar, México, Porrúa, 2006.

DE PINA, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Introducción, Personas, Familia, 13ª ed., México, Porrúa, 2000.

DE PINA, Rafael y otro, Diccionario de Derecho, México Porrúa 2000.

DIEL, O'Donnel. La Convención sobre los derechos del niño, estructura y contenido, artículo en Derechos del Niño, políticas para la infancia, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. SNE, tomo I, Venezuela, La Primera Prueba, 1994.

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez, 10ª ed., México, Porrúa, 2006. p. 132.

GALINDO GARFÍAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso, Parte General, Personas, Familia, 24ª ed., México, Porrúa, 2005.

GARDNER, Richard. Therapeutic interventions for child with parental alination syndrome. Cresskill, NJ, Creative Therapeutics, 2001.

GERARD POUSSIN, Anne Lamy, Custodia Compartida. Como aprovechar sus ventajas y evitar tropiezos, España, Espasa Calpe, 2004.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro. Curso histórico exegético del Derecho Romano, 3ª ed., Madrid, 1863.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el derecho familiar?. 5ª ed., México, Promociones Jurídicas y Culturales, 1993.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y Roig Canal, Susana. Nuevo Derecho Familiar. México, Porrúa, 2003.

KELSEN, HANS, Teoría general del derecho y del estado, 2ª ed., trad. Eduardo Roge Vide, Carlos. *Derecho de la persona*, Barcelona, J.M. Bosch, 1988.

LLOVERÁS, Nora. Patria Potestad, Buenos Aires, Ediciones Desalma, 1986.

MALCOM C, Kronby. Canadian Family Law, Toronto, Ed. Stoddart, 2001.

MARTÍNEZ MORALES, Rafael I. Derecho Administrativo, Primer Curso, 3ª ed, México, Harla, 1998.

MARTÍNEZ MORALES, Rafael I. Derecho Administrativo Tercer y Cuarto Cursos, 3ª ed., México, Ed. Oxford, 2000.

MONTERO DUHAL, Sara. Derecho de Familia, México, Porrúa, 1992.

PALLARES, Jacinto, Curso completo de derecho mexicano ó exposición filosófica, histórica y doctrinal de toda la legislación mexicana, México, edición facsimilar publicada en México por el Tribunal Superior de Justicia en 1992.

PÉREZ DUARTE, Alicia, Derecho de Familia, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

PLANIOL, Marcel y Georges, Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil, 2ª ed., trad. José M. Cajica JR, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991 tomo II, p. 110 y 111. Cit. Por Rojina Villegas.

PROVENCIO, Enrique. Secretaria de Desarrollo Social, Sexto Informe de Actividades, México, SEDESOL, 2006.

ROGEL VIDE, Carlos. Derecho de la Persona, Barcelona, J.M. Bosch, 1988

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo I, Introducción y Personas, México, Porrúa, 2005.

SILVER DRANOFF, Linda. Everyone's guide to the law. family law, Canadá, Harper Collins Publishers, 2001.

ZANNONI, Eduardo A. Derecho de Familia, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, 1989, tomo II.

DICCIONARIOS

Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 21ª ed., Madrid, [s.e.], 1992.

Diccionario de las ciencias de la educación, vol. II, I-Z, México, Publicaciones Santillana para profesores, 1983.

Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, tomo IV, 20ª ed., Buenos Aires, Heliasta, 1986.

Enciclopedia ilustrada de la lengua castellana. 20ª ed., España, Espasa, 2000.

Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Diccionario Jurídico Mexicano, tomo III, México, Porrúa -UNAM, 2005..

Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Editores Bibliográfica Argentina, 1964.

Diccionario Práctico de la Lengua Española,. 2ª. Reimpresión, México, Larousse, 2003.

LEGISLACIÓN

Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, 2007.

Código civil para el Distrito Federal, 2004.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, 2004

Código civil para el Distrito Federal, 2007.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, 2007.

Convención internacional sobre los derechos del niño, 2007.

Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2007.

Jurisprudencia, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Alimentos Hijos Mayores de Edad. Obligación de Proporcionarlos. Séptima Época Instancia: Tercera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo IV, Parte SCJN, Tesis: 38, P.25.

CITAS DE INTERNET

Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Sesión ordinaria celebrada el día 28 de Diciembre de 2006.

<http://www.asambleadf.gob.mx>, México 2007

Asociación de padres de familia separados. Informe reencuentro, sobre la custodia compartida. Estados Unidos.

http://es.geocities.com/apinpach/estados_unidos. México 2007

Asociación Mexicana de Padres de Familia Separados. Custodia Compartida.(consulta en INTERNET www.ampfsmexico.com) , México, 20/09/2007.

Ayuda a Familias Separadas, *Alineación Parental*, Douglas Darnall, Ph. D. <http://www.parentalalienation.com/PASfound2.htm> , México 2007.

California Womans Law. 2007 (consulta en INTERNET http://www.womenslaw.org/CA/SP/CA_custodySP.htm#2), México 11/11/2007.

CASTELLANOS. C. María, *Manual de Trabajo Social*, <http://es.wikipedia.org>, México 2007.

Código Civil Español
<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/INDEXCC.htm>, México 2007.

Convención internacional sobre los derechos del niño, artículo primero, Organización de las Naciones Unidas, (consulta en INTERNET <http://www.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>). México, 20/10/2007.

DOUGLAS DARNALL, Ph. D. Original en inglés (consulta en INTERNET <http://www.parentalalienation.com/PASfound2.htm> (Traducción autorizada de Julio Bronchal, Psicólogo Colegiado N°.PV-07798)Fuente de la Traducción en Internet:<http://ayudaafamiliasseparadas.>), México, 11/11/2007.

Exposición de motivos. Ley 15/2005 publicada el 8 de julio de 2005. España
<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/INDEXCC.htm>, México 2007.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. Memorias del seminario-taller: *Teoría y práctica de la adopción internacional*, México, Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005, [s.p]
<http://www.bibliojuridica.org/estrev>, México 2007

Informe reencuentro, sobre la custodia compartida. Estados Unidos. Asociación de padres de familia separados. (consulta en INTERNET http://es.geocities.com/apinpach/estados_unidos), México, 20/10/2007.

Instituto Nacional de las Mujeres (consulta en INTERNET <http://www.inmujeres.gob.mx>), México, 20/09/2007

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Proyecto de reformas y adiciones en materia de guarda y custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad en la legislación del Distrito Federal. Exposición de motivos. (consulta en INTERNET <http://www.scjn.gob.mx/reforma/Foro/archivos/1245.pdf>), México, 12/10/2006.

La Comisión de Justicia de la LVII Legislatura de la Cámara de Diputados. Minuta del 27 de abril de 2000 (consulta en INTERNET www.asambleadf.gob.mx), México, 10/08/2007.

Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, texto vigente, nueva Ley 29/05/2000, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000. (consulta en INTERNET <http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/185.pdf>), México, 20/10/2007.

ONU. Convención sobre los Derechos del Niño. http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm, México 2007

Padres por la Igualdad Parental, La Declaración de Langeac, Francia, 1999. <http://www.geocities.com/papahijo2000/langeac.html>, México 2007

Psicología Jurídica, España, Colegio Oficial de Psicólogos en España (consulta en INTERNET www.cop.es/perfiles/contenido/juridica.htm), México, 20/10/2007

Recuento histórico de la LVII Legislatura: Las reformas constitucionales. (consulta en INTERNET <http://www.cddhcu.gob.mx/cronica57/contenido/cont15/proces1.htm>), México, 10/09/2007

Revista Futuros, Custodia compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución de la familia, Tayli Annielys Rodríguez Rey, México, vol. 3, año 2005, núm. 9. http://www.revistafuturos.info/futuros_9/custodia_1.htm, México 2007.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Proyecto de reformas y adiciones en materia de guarda y custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad en la legislación del Distrito Federal. Exposición de motivos. 2006. (<http://www.scjn.gob.mx/reforma/Foro/archivos/1245.pdf>), México 2007.

OTRAS FUENTES

ANDRADE FAVELA, Hedit Josefa. Ponencia “Adscripción de psicólogos en los juzgados familiares y penales y la necesidad de apoyo científico en la toma de resoluciones judiciales”, México, Congreso Internacional de Derecho de Familia. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM 2005.

PASTRANA MASIOSARE, Daniela., Una ley contra la infancia permite a padres abusadores convivir con sus hijos. La jornada , México, 2005