



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**PROPUESTA LEGISLATIVA PARA EL ESTADO DE  
MORELOS SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA Y  
LA ALIENACIÓN PARENTAL**

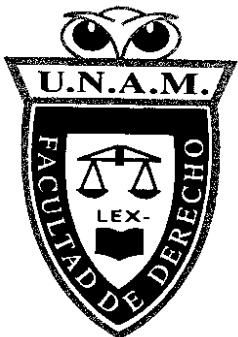
**T E S I S**

**QUE PARA OPTAR AL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A:**

**JORGE KENICHI IKEDA RODRÍGUEZ**

**ASESOR DE TESIS: LIC. JESÚS VILCHIS CASTILLO**



**CIUDAD UNIVERSITARIA**

**MÉXICO D.F. 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.

*Para mi hijo,  
Koichi  
Mi gordo precioso*

## **AGRADECIMIENTOS**

Quiero agradecer a mis padres y actuales patronos por tolerar mis viajes a la UNAM desde Cuernavaca los sábados y no despedirme. A mi novia Haydeé Murillo Coronado por su apoyo moral durante la elaboración de esta tesis. A la licenciada Cecilia Rodríguez González que revisó por vez primera este trabajo. A mi asesor el licenciado Jesús Vilchis Castillo por sus acertados comentarios y por revisar toda la tesis. Al licenciado Francisco González Peña que me representó en esta causa y espero pueda fungir como sinodal. Al Sistema de Universidad Abierta (SUA) y a la Universidad Nacional Autónoma de México por permitirme estudiar en sus aulas.

# PROPUESTA LEGISLATIVA PARA EL ESTADO DE MORELOS SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA Y LA ALIENACIÓN PARENTAL

## INDÍCE

	Página
<b>Introducción</b>	6
<b>Capítulo I. Marco Teórico</b>	9
1.1. Antecedentes	9
1.2. Hipótesis de trabajo	12
1.3. Método de investigación	13
1.4. Síndrome de alienación parental	13
1.5. Falsas acusaciones de abuso sexual	16
1.6. La indebida comparecencia de los menores ante el Juez	18
1.7. Matrimonio	22
1.7.1. Sociedad de convivencia	24
1.7.2. Concubinato	26
1.8. Separación de los cónyuges	28
1.8.1. Separación de los concubinos	28
1.9. Divorcio	28
1.10. Alimentos	30
1.11. Patria potestad	33
1.12. Violencia familiar	38
1.13. Sustracción de menores	43
1.13.1. Sustracción internacional de menores	43
1.13.2. Restitución de menores	44
1.13.3. Derechos de visita	48
1.14. Sustracción de menores en México	49
1.14.1. Legislación Federal	49
1.14.2. Sustracción de menores entre Entidades Federativas	50
1.14.2.1. Legislación del Distrito Federal	50
1.14.2.2. Legislación de Morelos	51
<b>Capítulo II. Marco legal</b>	53
2.1. Constitución de los Estados Unidos Mexicanos	53
2.2. Ley para la protección de derechos de niñas, niños y adolescentes	54
2.3. Código Civil Federal	56
2.4. Código Civil para el Distrito Federal	63
2.5. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal	73
2.6. Código Penal para el Distrito Federal	78
2.7. Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos	80
2.8. Código de Procedimientos Familiares para el Estado Libre y Soberano de Morelos	87

	<b>Página</b>
<b>Capítulo III.</b> La custodia compartida en el derecho comparado	90
3.1. Estados Unidos de América	90
3.2. Unión Europea	95
3.2.1. Alemania	95
3.2.2. Francia	100
3.2.3. España	101
<b>Capítulo IV.</b> Propuesta legislativa	107
4.1. Situación actual de la custodia compartida	107
4.2. Ventajas y beneficios de la custodia compartida	112
4.3. Comprobación de la hipótesis con estadística	116
4.4. Propuesta de Reforma al Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos	119
4.5. Justificación de la propuesta	121
<b>Conclusiones</b>	125
<b>Bibliografía</b>	126
<b>Anexos</b>	130

## **Introducción**

La alienación parental es un fenómeno inherente a la naturaleza vengativa del progenitor alienador que únicamente afecta a los menores que son objeto de ella y representa un abuso físico y emocional del menor.

Las ventajas de la custodia compartida son indiscutibles. En primer lugar, se elimina la situación de progenitor vencedor y vencido con la consecuente humillación. Al otorgárseles igualdad de derechos a los progenitores, no hay derechos en litigio y se eliminan juicios innecesarios que afectan al erario público y reducen la pesada carga procesal de nuestros tribunales. Las transferencias económicas dejan de ser indirectas y se aplican directamente. Se protege a los menores de la hostilidad de segundas parejas, se le da la protección al menor de la familia extendida, tiene más estabilidad emocional, autoestima y confianza en si mismo el menor, convive el mayor tiempo posible con ambos padres y está menos expuesto a los problemas de la vida adolescente y adulta. En suma, se aumenta el régimen privado de protección al menor que representa la familia extensa y se hace conciencia en la sociedad de los graves problemas de abuso emocional y físico que sufren los menores.

La alienación parental y el síndrome de alienación parental se dan en el contexto de los litigios por la custodia de los menores, es decir, si se elimina el componente de la venganza que naturalmente quiera llevar a cabo el cónyuge que se siente afectado, es un problema psicológico originado por el derecho. Una adecuada legislación sobre los derechos de los niños para convivir con ambos progenitores podría mitigar la problemática.

De ninguna forma se explica la baja calidad de la legislación vigente. Se ha propuesto aumentar los requisitos de escolaridad para los candidatos a la altísima responsabilidad de legislar. Por el otro se argumenta que no es necesario que los legisladores sean abogados o doctos en leyes, porque pueden contratar a asesores legales que lo sean. Si este es el caso, el problema radica en el sistema educativo nacional que produce abogados de baja calidad con deficiencias en el manejo del español.

Con el supuesto de que la legislación no es perfecta, sino perfectible esta investigación surgió como una propuesta para reformar el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Morelos. Sin embargo el 13 de julio de 2006 se legislaron reformas

que concluyeron con la promulgación el 4 de septiembre de 2006 del Código Familiar para el Estado de Morelos que entró en vigencia el 10 de octubre de 2006.

Al analizar las hipótesis normativas contenidas en la legislación vigente se percibe un concepto iusnaturalista de la justicia, que se contrarresta con la positiva comparación con el derecho internacional contenido en Convenciones y Tratados internacionales y que por el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos son ley suprema de la Nación.

En la sección 1.1 se plantean los antecedentes filosóficos, religiosos y sociales del machismo que originaron las distinciones que la ley hace respecto al género y la preferencia en el otorgamiento de la custodia.

Las secciones 1.2 y 1.3 se establecen la hipótesis de trabajo y el método de investigación para darle un soporte técnico y científico a la tesis presentada. Las subsecuentes secciones 1.4, 1.5 y 1.6 describen el síndrome de alienación parental y las causas que lo originan.

A partir de la sección 1.7 se incluyen las definiciones doctrinarias, las hipótesis jurídicas que definen la figura jurídica y las opiniones vertidas dentro de la consulta convocada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano, con el fin de contemplar las mejoras que pueden realizarse a la legislación vigente.

Fue menester incluir un capítulo que contuviera la legislación vigente que regula la alienación parental, patria potestad y custodia, así como el divorcio y la separación de los cónyuges.

En el tercer capítulo se encuentran los desarrollos que en otros países ha tenido la figura de la custodia y la alienación parental, así como la forma en que se ha regulado.

El cuarto capítulo es el prelude de la propuesta legislativa sobre los problemas de la alienación parental, cómo se legisló en el Distrito Federal, legislación de la que se copió la figura para el Estado de Morelos, y la crítica a la última reforma llevada a cabo en el Distrito Federal.

La razón por la cual se eligió este tema la podrá encontrar el lector en los desplegados publicados en distintos periódicos del Estado de Morelos y que se han agregado al presente trabajo en la sección de anexos.



Desafortunadamente, cuando se analiza un asunto que da tantos giros generando igual número de aristas, es difícil no salirse del tema o rebasar el alcance del estudio.

# Capítulo I

## MARCO TEÓRICO

### 1.1. Antecedentes

Desde la cuna de la civilización occidental en la Grecia antigua cuando se introdujo la monogamia, ésta fue exclusivamente para las mujeres; para los hombres, desde el inicio de nuestra civilización se permitió la poligamia, pues tenían esclavas que eran consideradas cosas y podían abusar sexualmente de ellas si ese era su deseo<sup>1</sup>. El machismo es una forma de dominación del macho sobre la hembra en la relación heterosexual. Esta cultura de dominación pasó de la Grecia antigua al imperio romano y se perpetuó en la iglesia católica<sup>2</sup>. Aunque la evidencia histórica señala un papel preponderante de la mujer entre los primeros cristianos, la iglesia se encargó de borrar todo rastro de esa participación y mantuvo la ideología machista<sup>3</sup>.

La idea de la mujer virgen e inmaculada conserva la esencia de la idea de los griegos; la monogamia para la mujer y la poligamia para el hombre. Hay santos como San Ignacio de Loyola, fundador de la compañía de Jesús, que después de haber pasado por la milicia y ser herido en guerra, se arrepiente a los 33 años y no sólo se ordena sino que su vida es ejemplo para los católicos<sup>4</sup>. No son frecuentes los ejemplos de prostitutas que llegan a santas. La misma Santa María Magdalena, una prostituta reformada según la iglesia, ha sido reivindicada al no encontrar evidencia histórica de que haya sido prostituta ni de que se haya reformado<sup>5</sup>.

---

1 Friedrich ENGELS (1970): *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Madrid: Fundamentos, pp. 41-59, 62.

2 Francisca Martín-Cano Abreu, Los arquetipos femeninos de los templarios y la idea de igualdad en la sociedad occidental [en línea], <[http://www.creatividadfeminista.org/articulos/templarios\\_1.htm](http://www.creatividadfeminista.org/articulos/templarios_1.htm)> [Consulta: 28 de diciembre de 2006]

3 Escrituras, Evangelio de María Magdalena [en línea], <<http://escrituras.tripod.com/Textos/EvMagdalena.htm>> [Consulta: 28 de diciembre de 2006]

4 Las Siervas de los Corazones Traspasados de Jesús y María, “San Ignacio de Loyola” [en línea], <[http://corazones.org/santos/ignacio\\_loyola.htm](http://corazones.org/santos/ignacio_loyola.htm)> [Consulta: 27 de diciembre de 2006]

5 Adorador.com, “María Magdalena” [en línea], <[http://www.adorador.com/mujeresdelabiblia/maria\\_magdalena.htm](http://www.adorador.com/mujeresdelabiblia/maria_magdalena.htm)> [Consulta: 28 de diciembre de 2006]

Por la influencia de la religión católica en la cultura mexicana se han mantenido las condiciones de dominación de los hombres sobre las mujeres en todos los estratos sociales con la excepción de las personas letradas.<sup>6</sup>

Aunque la religión influye a la cultura y la norma jurídica es un producto de la cultura, la ley no debería perpetuar el sistema de dominación de ningún género.

*“La secularización obliga a buscar principios de organización social que no dependan de una concepción filosófica y moral, aunque estén de acuerdo con ella. John Rawls ha recordado que tal era el punto de partida necesario de toda reflexión sobre el derecho. Saca de ello la conclusión de que una teoría del derecho debe tener fundamentos políticos y no filosóficos, lo que se expresa definiendo la justicia como equidad.”<sup>7</sup>*

Las formas de implementar esta dominación incluyen la violencia física y moral de un miembro de la familia sobre otro. La violencia moral contempla la violencia emocional con presiones económicas cuando el hombre es el sustento del hogar. Se ha tratado de prevenir estas conductas en la norma jurídica y en el apartado de alimentos (vid. infra) se mencionan las normas que regulan este aspecto.

En este contexto el legislador promulgó leyes que trataban de defender a las mujeres de los hombres golpeadores o violentos. Cabe mencionar que la violencia ya no es privativa del hombre quien por condiciones biológicas, fisiológicas y por instintos de supervivencia desarrollo la fuerza para dominar otros entes. De la consulta realizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano se extrae que la violencia es ejercida por ambos cónyuges o progenitores por una lucha de poder en el hogar que es indistinta al sexo<sup>8</sup>.

*“Un gran número de participantes de la Consulta Nacional hizo gran énfasis en el incremento que se ha venido dando en los últimos años de la violencia intrafamiliar en nuestra sociedad, sin importar el sexo, de donde la lucha de poder entre los cónyuges se hace presente con el sometimiento a un abuso constante por parte de uno de ellos, alterando así la dinámica de un hogar, sin tomar en cuenta que los hijos*

---

2006]

<sup>6</sup> De acuerdo con el Dr. Phillipe Louis Charles (Apuntes de clase, CIDHEM): “Un tipo educado golpea menos a su esposa” y es uno de los beneficios colaterales de la educación cuando ahora se cuestiona la utilidad de la educación frente a la falta de empleo.

<sup>7</sup> Alain Touraine, “¿Qué es la democracia?”, México: FCE, 2ed., 2000. p.53

<sup>8</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Derecho Familiar [en línea], <<http://www.scjn.gob.mx/reformaJudicial/TemaJ05/DiagnosticoTJ05.pdf>> [Consulta: 2 de enero de 2007]

*son los que resienten los daños psicológicos que afectan su conducta y manera de proceder, fomentando así un círculo de violencia interminable.*

*Asimismo, la ciudadanía considera indispensable tipificar como delito la violencia intrafamiliar, al igual que considerar como agravados los abusos que constituyan violencia sexual cometidos en contra de miembros de la familia.*

*Por otra parte, estimar necesario otorgar facultades al Juez para que, ordene medidas conducentes a fin de proteger a las víctimas de violencia intrafamiliar orientándose siempre por el principio del interés superior del niño.*

*Finalmente, la ciudadanía con el afán de buscar la protección de la familia, base de nuestra sociedad, sugieren la creación de un centro de apoyo para las víctimas de violencia intrafamiliar.”*

Los alimentos se han regulado como una forma de prever la subsistencia de la familia sin el soporte económico que representa el hombre. Sin embargo estos arquetipos han cambiado en la sociedad moderna.<sup>10</sup> Al ser los alimentos una obligación recíproca y tanto es acreedor quien los recibe de quien los da, que hoy en día es frecuente que el hombre demande los alimentos de la mujer que cuando ésta sea el sustento económico del hogar.

Con la progresiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo<sup>11</sup>, así como las familias monoparentales, el rol del hombre como sustento del hogar es dinámico y la tendencia es a que más mujeres tengan el rol de sustento del hogar.

Del Censo de Población y Vivienda 2005 del INEGI, de 100,221,103 hogares en zonas metropolitanas; en 80,739,808 el jefe del hogar era hombre en comparación con 19,481,295 en que el jefe del hogar era una mujer.<sup>12</sup> En el valle de México del universo de hogares de 18,404,174; 14,439,000 son presididos por un hombre frente a 3,965,174 hogares presididos por una mujer. En Cuernavaca, de 740,205 hogares; 568,162 eran

---

<sup>10</sup> Arquetipos 4. m. Psicol. Imágenes o esquemas congénitos con valor simbólico que forma parte del inconsciente colectivo. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [en línea] <<http://www.rae.es>> [Consulta: 28 de diciembre de 2006]

<sup>11</sup> Reforma, Mujeres Trabajando, 31 de diciembre de 2006. De acuerdo con Patricia Rodríguez del Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM se prevé que en los próximos 20 años la población femenina alcance el 45 de la PEA. Actualmente está dividida en 65% hombres y 35% mujeres.

<sup>12</sup> Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), “II Censo de población y vivienda 2005” [en línea], <http://www.inegi.gob.mx/est/contenidos/espanol/proyectos/conteos/conteo2005/default.asp?c=6224> [Consulta: 28 de diciembre de 2006]

encabezados por un hombre y 172,043 por una mujer. La proporción es de 76.75% de hombres contra 23.24% de mujeres. Si comparamos las cifras, Cuernavaca tiende más a la proporción nacional que el Valle de México donde se tiene una distorsión en comparación con la media nacional.

En todo el mundo las mujeres están ocupando posiciones de liderazgo en condiciones de igualdad con los hombres. La legislación en la ciudad de México es cómplice de la idiosincrasia de que las mujeres son inferiores y deben ser protegidas por su condición. La ley condiciona y condena a las mujeres a ocupar ese rol en la sociedad.

Esta situación cambiante ha causado que las hipótesis normativas que alguna vez el legislador creó para proteger a la mujer, lo único que provoquen sea la inequidad en los procesos judiciales y le de armas a una cónyuge con ánimos de venganza. Aún sin mencionar que deben ser declaradas inconstitucionales por ir en contra de lo preescrito por el artículo 4o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sin menoscabo de que para cada caso en particular está la discrecionalidad del Juez que de acuerdo con sus facultades podrá mitigar las diferencias en el proceso.

Aunque la sociedad cambie mucho más rápido que la legislación, ésta deberá adecuarse a las exigencias de la sociedad a la que regula. Si no lo hace así, procura que se produzcan vacíos legales y se desproteja a quienes la ley tiene la imperiosa necesidad de proteger: a los desvalidos y a los niños.

## 1.2. Hipótesis de trabajo

La hipótesis de trabajo es que la legislación actual atenta contra la igualdad consagrada en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que en su primer párrafo a la letra dice:

**“Artículo 4o.** El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.”

Y contra lo estipulado por el artículo 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>13</sup> que prescribe:

---

<sup>13</sup> Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos [en línea], <

**“Artículo 1**

*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”*

**1.3. Método de investigación**

La investigación se realiza utilizando el método comparativo. Este método se refiere a la relación entre dos variables.

**1.4. Síndrome de Alienación Parental**

El psiquiatra Richard D. Gardner fue el primero en identificar el Síndrome de Alienación Parental<sup>14</sup> (SAP en adelante) y lo describió como:

*“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 es presente, el hijo da su propia contribución en la campaña de denigración del padre alienado.”<sup>15</sup>*

De acuerdo con esta descripción, los elementos constitutivos del SAP son:

1. Es un desorden que se genera en el contexto del litigio por la custodia de los menores
2. Es la primera manifestación de la campaña de los menores para denigrar a uno de los progenitores, es una campaña que no tiene justificación
3. Es resultado de la combinación de la programación (lavado de cerebro<sup>16</sup>) por el efecto de adoctrinar al menor que realiza uno de los progenitores y de las propias aportaciones del menor para denigrar al otro progenitor<sup>17</sup>

---

<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>> [Consulta: 2 de enero de 2007]

<sup>14</sup> Del inglés Parental Alienation Syndrome (PAS)

<sup>15</sup> Richard A. GARDNER, "The Parental Alienation Syndrome", 1992, Second Edition 1998

<sup>16</sup> Brainwashing es el término utilizado en inglés

<sup>17</sup> Richard A. Gardner, The Parental Alienation Syndrome, Second Edition, Cresskill, NJ: Creative Therapeutics, Inc. 1998 apud Jayne A. Mayor, Parents Who Have Successfully Fought

Parental Alienation Syndrome [en línea], < <http://www.breakthroughparenting.com/PAS.htm> > [Consulta: 3 de enero de 2007] Trad. Jorge K. Ikeda

Los ocho síntomas clínicos descritos por Gardner son:

1. Una campaña de denigración
2. Débil, absurdo o frívolo razonamiento para despreciar
3. Falta de ambivalencia
4. El fenómeno “pensador independiente”
5. Apoyo consiente (reflexivo) al progenitor alienador
6. Ausencia de culpa sobre la crueldad o explotación del progenitor alienador
7. La presencia de escenarios prestados
8. Animosidad dispersa entre los amigos y/o familia del progenitor alienador<sup>18</sup>

Gardner distingue tres niveles o grados de alienación: suave, moderada y severa. No es el propósito de esta tesis describir los grados en detalle ni su tratamiento terapéutico. El mismo Gardner las simplifica: en la suave la alienación es superficial, el menor colabora con los derechos de visita, pero son críticos o se encuentran disgustados con el progenitor víctima del SAP. En la moderada el menor es más retador de la autoridad del progenitor víctima del SAP e irrespetuoso con el mismo progenitor. La campaña de desprecio es más continua. En la severa los derechos de visita son imposibles por la hostilidad y violencia al progenitor víctima del SAP al grado de tornarse violencia física contra el progenitor odiado. En algunos casos la hostilidad del menor llega a la paranoia de tener delirios de persecución o sentirse amenazado de muerte<sup>19</sup>.

Al comenzar sus estudios el doctor Gardner detectó que entre un 85 y 90 por ciento era la madre el progenitor alienador. Por otra parte los padres trataban de programar a sus hijos para obtener ventaja en el litigio sobre la custodia legal, sin embargo eran menos exitosos. Esto se debe a que los menores están más atados o ligados emocionalmente a la madre que al padre.

En los casos severos, que el doctor Gardner calculó en un 10 por ciento, cuando la madre se niega consistentemente a renunciar a adoctrinar a los menores y presenta grados

---

<sup>18</sup> Richard A. Gardner, “Denial of the Parental Alienation Syndrome Also Harms Women” [en línea], <<http://www.rgardner.com/refs/ar13.html>>, [Consulta: 3 de enero de 2006] Trad. Jorge K. Ikeda

<sup>19</sup> Richard A. Gardner, Loc.cit.

de paranoia con respecto al padre, el doctor Gardner recomienda que se otorgue la custodia al padre para que mientras se le de tratamiento terapéutico a la madre.

La ley utiliza el término alienación parental y no el de síndrome de alienación parental. De acuerdo con el doctor Gardner existen diferencias en los términos.<sup>20</sup> La alienación parental se refiere a la conducta del progenitor alienador que programa al menor para que ante un estímulo reproduzca la conducta esperada, la denigración del progenitor víctima de la alienación. El estímulo puede ser el interrogatorio del Juez o del perito en psicología. El verbo programar se usa de forma análoga al de las computadoras, que se le programa para que ejecuten una acción determinada y se tenga una respuesta esperada. En la observación de la conducta, se repiten las historias falsas o recuerdos creados que se le inducen al menor y éste los repite como una letanía. En el síndrome de alienación parental el menor no sólo repite lo que ha sido programado para decir, sino que realiza sus propias aportaciones y esta conducta es alentada y reforzada por el progenitor alienador. De tal forma que no sólo se trata de la conducta del progenitor alienador, sino que el menor realiza sus propias aportaciones en el contexto del litigio por la custodia de los menores. Esta conducta llega al extremo de la amnesia de los recuerdos cariñosos que se tenían del progenitor víctima de esta conducta.

Los detractores han dicho que el Síndrome de Alienación Parental no es un síndrome. Un síndrome, de acuerdo con la definición de la enciclopedia en línea Wikipedia<sup>21</sup>, es un cuadro o conjunto sintomático, es decir, síntomas que ocurren en forma simultánea y que caracterizan a una enfermedad. Los abogados en las Cortes de Estados Unidos de América han argumentado que el SAP no es síndrome al no presentarse los síntomas al mismo tiempo. El doctor Gardner ha afirmado que, como en el caso de la neumonía, que se caracteriza por dolor en el pecho, tos, brotes purulentos y fiebre, se puede presentar este cuadro sin tener todos los síntomas. En el caso del SAP se puede presentar el síndrome sin tener los ocho síntomas descritos, que sólo se presentarían en casos moderados y severos<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Cfr. Richard A. Gardner, "Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes?", *The American Journal of Family Therapy*, Núm. 30, 2002. pp. 93-115.

<sup>21</sup> Wikipedia [en línea], <<http://es.wikipedia.org>> [Consulta: 2 de enero de 2007]

<sup>22</sup> Richard A. GARDNER, Op.cit., Nota 17



Otro de los argumentos en contra es que el SAP no existe porque no se le ha incluido en el manual de psiquiatría DSM-IV. El DSM-IV fue publicado en 1994 y en ese entonces no existían suficientes artículos en revistas especializadas para ser incluido. El Comité del DSM es bastante conservador y sólo se incluyen nuevas enfermedades después de varios años de publicaciones y análisis. En este punto ya existen alrededor de 135 publicaciones técnicas sobre el SAP y se espera que sea incluido en el DSM-V que será publicado en el 2010.

Se ha acusado al SAP de ser sexista, porque en un inicio eran principalmente las madres quienes programaban a los menores. Sin embargo el doctor Gardner ha descrito en sus investigaciones que a partir de los noventas se produjo un cambio en el número de padres que programan a los hijos hasta llegar a sobrepasar a las madres. Ahora calcula que la ratio es 50/50. Este cambio en el número de incidencias por el género lo ha llamado en inglés “*gender shift*”, o sea, se ha dado un cambio de género. Esto se debe a que los padres tienen ahora derechos de visita ampliados que les permiten convivir más tiempo con sus hijos y programarlos para odiar a la madre. Con el creciente conocimiento del SAP los padres han leído los mismos libros publicados por el doctor Gardner para aplicar los métodos utilizados por las madres en el proceso de adoctrinar a sus hijos.

### **1.5. Falsas Acusaciones de Abuso Sexual**

Las falsas acusaciones de abuso sexual se dan cuando un progenitor alienador programa al menor para alegar abuso sexual, en los casos más graves, o abuso emocional como pretexto para evitar los derechos de visita del otro progenitor.

El doctor Gardner<sup>23</sup> resalta la importancia de reconocer un caso de SAP de uno de abuso sexual y prescribe: “Cuando hijos manifiestan una animosidad hacia uno de sus progenitores, a veces el otro progenitor llega a acusar al otro de abusar de ellos (físicamente o sexualmente) o de no ocuparse de ellos normalmente, mientras que éste acusa al primero de haber programado los hijos en contra de él. Es importante distinguir los dos casos. En presencia de abuso o de descuido grave, el diagnóstico de alienación parental no se aplica.”

---

<sup>23</sup> Ibidem

Y los cinco criterios que utiliza son:

*“Criterios en caso de abuso o de descuido: “Caso de síndrome de alienación”*

*1) los recuerdos del hijo.- El hijo abusado recuerda muy bien de lo que le ha pasado. Una palabra basta para activar un raudal de informaciones detalladas. El hijo programado no ha vivido realmente lo que el progenitor alienador afirma. Necesita ayuda para "recordar" los acontecimientos. Además sus escenarios son menos creíbles. Cuando se interrogan separadamente, los hijos dan a menudo versiones diferentes. Cuando se interrogan juntos, se echan miradas cómplices entre ellos, cosa que no ocurre con los hijos víctimas de abuso real*

*2) la lucidez del progenitor.- El progenitor de un hijo abusado se da cuenta de los efectos desastrosos que trae la destrucción progresiva del lazo entre los hijos y el otro progenitor, y hará todo para reducir los abusos y salvar la relación con el progenitor que abusa (o descuida) del hijo. El progenitor alienador no se da cuenta*

*3) la patología del progenitor.- En el caso de comportamientos psicopatológicos, un progenitor que abusa de sus hijos presenta también estos comportamientos en otros campos de la vida. El progenitor alienador aparenta estar sano en los otros campos de la vida*

*4) las víctimas del abuso.- Un progenitor que acusa al otro de abuso de sus hijos lo acusa en general también de abusos hacia él mismo. Un progenitor que programa a sus hijos en contra del otro progenitor se queja en general solamente del daño que el progenitor alienado hace a los hijos - aunque los reproches contra él no deben de faltar, ya que hay separación de por medio*

*5) el momento del abuso.- Las quejas de abuso son de mucho antes de la separación. La campaña de denigración contra el progenitor alienado empieza después de la separación.”<sup>24</sup>*

Las denuncias de abuso sexual o de cualquier otro tipo de abuso frecuentemente se utilizan para obstruir el vínculo entre padres e hijos y cuando se logra la obstrucción se realiza un proceso de enajenación del menor en contra del progenitor obstruido que conlleva fijar recuerdos falsos en la memoria del menor.<sup>25</sup> La mayoría de las veces estas

---

<sup>24</sup> François Podevyn, “Síndrome de Alienación Parental (SAP)”[en línea], trad. Paul Willekens, [http://www.apadeshi.org.ar/sindrome\\_de\\_alienacion\\_parental.htm](http://www.apadeshi.org.ar/sindrome_de_alienacion_parental.htm) [Consulta: 26 de enero de 2007] El mismo documento también se encuentra en el contenido de Padresseparados.info <URL=http://www.padresseparados.info>

<sup>25</sup> “El 77% de los casos de abuso sexual relacionados con divorcios que llegan al programa de Sexualidad Humana en la Universidad de Minnesota han resultado ser casos fraudulentos” Eduardo José

acusaciones han sido infundadas y quedan impunes a pesar del daño emocional que le causan a las partes.

Los abusos sexuales, cuando ocurran, deben ser identificados y sancionados de acuerdo a la legislación vigente. La Convención sobre los Derechos del Niño<sup>26</sup> en su artículo 19 menciona:

#### **“Artículo 19**

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían 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 malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.”

Por lo tanto es imprescindible contar con peritos especializados tanto en abuso sexual como en el síndrome de alienación parental que sean capaces de distinguir entre ambos fenómenos. Esto con el fin de proteger a los menores en caso de abuso sexual y evitar que se use la figura del abuso sexual como obstáculo para impedir la convivencia con el progenitor que tenga derecho a ella.

#### **1.6. La indebida comparecencia de menores ante el Juez**

De acuerdo con los artículos 940 y 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, “...*el Juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los*

---

Cárdenas, “El abuso de la denuncia de abuso”, La Ley, 15 de septiembre de 2000. Apud, APADESHI [en línea], [http://www.apadeshi.org.ar/abuso\\_de\\_la\\_denuncia\\_de\\_abuso.htm](http://www.apadeshi.org.ar/abuso_de_la_denuncia_de_abuso.htm) [Consulta: 31 de enero de 2007]

<sup>26</sup> ONU, “Convención sobre los Derechos del Niño” [en línea], [http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc\\_sp.htm](http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm) [Consulta: 13 de febrero de 2007] La Convención fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49

*asuntos que afecten a la familia*” además de señalar que son de orden público y el Juez suplirá las deficiencias de la queja.

El procedimiento está prescrito en el artículo 941 Bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

**“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...”

En estricto sentido la valoración psicológica del menor debe ser obligatoria y no opcional, como lo menciona el artículo en comento: *“pudiendo incluir la valoración psicológica del menor...”*

El Juez debe velar ante todo por el interés superior del menor. Es bajo esta premisa que no se debe hacer comparecer a los menores ante el Juez. El daño psicológico que se le infringe al menor por esta comparecencia no tiene justificación si se atiende al hecho de que los menores no son partes en el juicio.

**“MENORES DE EDAD. NO ES NECESARIO DESIGNARLE REPRESENTANTE O TUTOR INTERINO A ÉSTOS PARA EL EFECTO DE QUE SE LES ESCUCHE EN LOS JUICIOS DE GUARDA Y CUSTODIA”**

*“...la opinión del menor de edad que debe escuchar el juzgador para resolver su situación jurídica dentro de un juicio de guarda y custodia, no se traduce en garantía de audiencia, dado que el infante no reviste el carácter de parte procesal y que, por*

*ello, tenga que ser oído y vencido en juicio, sino que únicamente se le escucha para saber su sentir respecto a la controversia....”<sup>27</sup>*

En el mismo sentido se pronuncia la siguiente tesis aislada que establece que los menores carecen de interés jurídico en juicio de guarda y custodia, por lo que sólo comparecen ante el Juez para dar cumplimiento a lo que la ley establece.

**MENORES DE EDAD, CARECEN DE INTERÉS JURÍDICO PARA PROMOVER POR SÍ MISMOS O POR CONDUCTO DE ALGUNO DE SUS PROGENITORES EN SU REPRESENTACIÓN, EL JUICIO DE AMPARO RESPECTO DE RESOLUCIONES DICTADAS EN JUICIOS DE GUARDA Y CUSTODIA.**

*“...requisitos a los que la autoridad jurisdiccional da cumplimiento escuchando la opinión del o los menores en relación con la controversia planteada por sus progenitores en el juicio, y al agente del Ministerio Público de la adscripción, a fin de allegarse elementos que le permitan resolver conforme a derecho y atendiendo al interés superior del menor o menores implicados en la controversia.”<sup>28</sup>*

Si se elimina este requisito de ley, se les estará quitando a los menores la presión de los progenitores para que declaren en un sentido o en otro y se ayudaría a eliminar el síndrome de alienación parental que conforma la comparecencia de los menores ante el Juez. Por esa razón se afirma que el interés superior de los menores está garantizado a través de las periciales en psicología que presenten los peritos acreditados y con conocimientos sobre el SAP.

Desde el punto de vista de los especialistas, como el doctor Gardner, se considera inapropiado que los menores comparezcan ante el juez. Un menor alienado está bajo el chantaje emocional del progenitor alienador que literalmente utiliza a los menores para lograr sus objetivos.

Alejandro Heredia Ávila en su participación en el Seminario Internacional “Actualización en Estudios de la Familia: Roles Paternales, Familia y Legislación” menciona:

*“En el mes de noviembre de 2005, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que se podrá evitar que un menor testifique en el juicio de divorcio de sus padres, cuando se considere que existe algún riesgo de que sufra daño psicológico.*

---

<sup>27</sup> Semanario Judicial de la Federación, 9a Época, t. XXIV, Agosto 2006, p.2272

<sup>28</sup> Semanario Judicial de la Federación, novena época, t. , agosto 2006.

*Y se podrá promover un juicio de amparo para evitar la declaración del niño hasta que se revise si le conviene o no participar.*

*La Corte confirmó que la salud psicológica de los menores, es un derecho protegido por la Constitución y por la Convención de los Derechos del Niño, reconocida por la ONU en 1989.*<sup>29</sup>

La Jurisprudencia por contradicción de criterios que cita Alejandro Heredia Ávila se transcribe con el objeto de justificar la indebida comparencia de los menores ante el Juez.

**PRUEBA TESTIMONIAL A CARGO DE LOS MENORES HIJOS EN EL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO DE SUS PADRES. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO CONSTITUYE UN ACTO DE IMPOSIBLE REPARACIÓN Y, POR TANTO, EN SU CONTRA PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.**

*“..., la admisión y orden de desahogo de la prueba testimonial a cargo de los menores sobre los hechos materia del divorcio necesario de sus padres puede causar daños a la salud psicológica de aquéllos, pues tendrán que declarar sobre cuestiones como violencia intrafamiliar, infidelidad, maltrato, amenazas, etcétera; de manera que aun en caso de que se dictara una sentencia que garantizara sus derechos, el perjuicio sufrido al desahogar la testimonial no podría desaparecer y no podría restituirseles en el ejercicio de su salud mental.”<sup>30</sup>*

En el mismo sentido se pronunció el Primer Congreso Internacional de Familia que en el contexto del XXV aniversario de la Convención de los Derechos del Niño emitió la Declaración de México 2006 que en su punto resolutivo 22 menciona:

*“22.- Se debe reconocer que los conflictos de lealtad están presentes en los niños constantemente y desde el principio.”*

En caso en que los jueces deban interrogar a un menor, en los Estados Unidos de América, el doctor Gardner escribió una guía sobre cómo se debe interrogar a los menores para detectar la alienación parental.

---

<sup>29</sup> Alejandro Heredia, “Antecedentes, jurisprudencia, alcances y seguimiento a la Declaración de México 2006”, Ponencia del Seminario Internacional de Actualización en Estudios de la Familia: Roles paternos, Familia y Legislación, Chile, 2006.

<sup>30</sup> Semanario Judicial de la Federación, 9a Época, t XXIII, enero de 2006. p.478

Para nuestra legislación lo conducente sería que se presentaran periciales en psicología del menor, por peritos en la materia que estén familiarizados con el síndrome de alienación parental. Para el caso en que el perito del progenitor alienador presente un peritaje contrario al presentado por el perito de la contraparte, existe la posibilidad de tener un peritaje tercero en discordia que generalmente lo presentan los psicólogos de la Procuraduría del Menor de la entidad federativa correspondiente dependiente del DIF.<sup>31</sup>

## 1.7. Matrimonio

En las Instituciones del derecho romano se comenta que *“Las nupcias o matrimonio consisten en la unión del hombre y la mujer, comercio indivisible de la vida.”*<sup>32</sup> El Digesto da cuenta que *“El matrimonio es la unión de hombre y mujer, con el pleno consorcio de su vida y comunión del derecho divino y humano”*.<sup>33</sup>

El diccionario jurídico mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México<sup>34</sup> define el matrimonio en los siguientes términos:

*“MATRIMONIO I. (Del latín matrimonium) Son las tres acepciones jurídicas de este vocablo. La primera se refiere a la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer con el fin de crear una unidad de vida entre ellos; la segunda, al conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión, y la tercera, a un estado general de vida que se deriva de las dos anteriores.”*

El Código Civil Federal no define el matrimonio, pero se entiende que es un contrato. El artículo 178 versa sobre el contrato de matrimonio en relación a los bienes y dice:

**“Artículo 178.-** El contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal, o bajo el de separación de bienes.”

---

<sup>31</sup> Con fundamento en el artículo 302 del Código Procesal Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos.

<sup>32</sup> César D. Graziani, “Noción de matrimonio y concubinato” [en línea] <[www.edictum.com.ar/miWeb4/NOCION%20DE%20MATRIMONIO%20Y%20CONCUBINATO.doc](http://www.edictum.com.ar/miWeb4/NOCION%20DE%20MATRIMONIO%20Y%20CONCUBINATO.doc)> [Consulta: 4 de julio de 2008] Se le atribuye a Justiniano en la Instituta 1.9.1

<sup>33</sup> Ibidem. Digesto 23.2.1 y se le atribuye a Modestino

<sup>34</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, S.A., Universidad Nacional Autónoma de México, Cuarta Edición, 1991, TOMO III

El artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal lo define como:

**“Artículo 146.-** Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.”<sup>35</sup>

El artículo 68 del Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos dice:

**“Artículo 68.-** NATURALEZA DEL MATRIMONIO. El matrimonio es la unión voluntaria de un hombre y una mujer, con igualdad de derechos y obligaciones para perpetuar la especie y ayudarse mutuamente. Cualquier condición contraria a estas finalidades se tendrá por no puesta.”

De las ponencias recibidas en la consulta convocada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano<sup>36</sup> se señala:

*“...la importancia de darle a la institución del matrimonio un mayor reconocimiento ya que es el punto de partida para formar una familia. Asimismo señalan que en la mayoría de los códigos civiles de nuestro país no existe una definición concreta de “matrimonio”.”<sup>37</sup>*

*“Finalmente, como alternativas de solución que se pudieron obtener de los ponentes, fue el de definir al matrimonio como un acto jurídico, considerando a éste como la manifestación de la voluntad tendiente a producir efectos jurídicos; asimismo un gran número de participantes se manifiestan a favor del matrimonio civil entre personas del mismo sexo.”<sup>38</sup>*

La discusión sobre la naturaleza jurídica del matrimonio versa sobre si es un contrato o un acto jurídico. El Código Civil para el Distrito Federal ya no menciona que sea un contrato. Para revocar o rescindir un contrato de carácter patrimonial sólo es necesario el concurso del consentimiento de las partes, en el matrimonio es imprescindible la intervención del Estado<sup>39</sup>. Los contratos se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad, por el que las partes *“en el acto constitutivo o en su modificación, cláusulas*

---

35 Norm@Civil [en línea], <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/1T4.htm> [Consulta: 31 de enero de 2007]

36 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Op.cit. Nota 8

37 Ibidem.

38 Ibidem.

39 Eloísa R. Alemán Campos, “Breve análisis de la institución jurídica del matrimonio” [en línea], Revista Jurídica Electrónica Verba Iuris, ITESM, 2004. <http://www.cem.itesm.mx/verba-iuris/articulos/040904.html> [Consulta: 4 de julio de 2008]



*especiales o “atípicas”, que se aparten del reglamento de la ley o incluso deroguen alguna de sus normas.”*<sup>40</sup> Tratándose del matrimonio las normas que lo regulan son de orden público y las estipulaciones en contrario se tienen como no puestas.

En el derecho romano se considero indispensable que el matrimonio fuese una unión de un hombre y una mujer (CONIUNCTIO MARIS ET FEMINAE).<sup>41</sup> También el derecho romano consideró que el objeto del matrimonio era la procreación. En el Digesto se habla de la “*La coniunctio animalium*”:

*“De ahí deriva la unión del macho y la hembra que nosotros llamamos matrimonio; de ahí la procreación de los hijos y de ahí su educación. Pues vemos que también los otros animales, incluso los salvajes, parecen tener conocimiento de este derecho”.*<sup>42</sup>

Por estas razones se considera equívoco el concepto “matrimonio civil de personas del mismo sexo” y se ha legislado en el Distrito Federal sobre las sociedades de convivencia.

### **1.7.1. Sociedad de Convivencia**

A este respecto la Asamblea del Distrito Federal ha legislado la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, en la que se define esta figura jurídica como:

**“Artículo 3.-** La Sociedad de Convivencia obliga a las o los convivientes, en razón de la voluntad de permanencia, ayuda mutua y establecimiento del hogar común; la cual surte efectos frente a terceros cuando la Sociedad es registrada ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político-Administrativo correspondiente.”

En cierta forma llena el vacío legal en el que se encontraban las parejas del mismo sexo que cohabitaban y se prestaban ayuda mutua, pero por otra parte las críticas que se le han hecho son válidas. Si se le compara con la figura del matrimonio en la legislación del Distrito Federal, la única diferencia que se encuentra es la procreación de los hijos, pues en ambas figuras se contempla la ayuda mutua. De tal suerte que una pareja estéril podría, en teoría, inscribirse bajo la figura de Sociedad de Convivencia por no adecuarse a la

---

<sup>40</sup> Susana A. Fridman, “La autonomía de la voluntad y el orden público societario” [en línea], Universidad Nacional del Nordeste, Argentina, 2005. <http://www.unne.edu.ar/Web/cyt/com2005/1-Sociales/S-007.pdf> [Consulta: 4 de julio de 2008]

<sup>41</sup> César D. Graziani, Op cit., Nota 32.

<sup>42</sup> Ibidem.

descripción del matrimonio y en estricto sentido no es la demanda de la sociedad, sino contemplar esta figura para formar hogares de personas de distinto sexo.

Por otra parte se incluyen las causales de exclusión de esta figura entre las que se contempla el Matrimonio y el Concubinato.

**“Artículo 4.-** No podrán constituir Sociedad de Convivencia, las personas unidas en matrimonio, concubinato y aquéllas que mantengan vigente otra Sociedad de Convivencia.

Tampoco podrán celebrar entre sí Sociedad de Convivencia, los parientes consanguíneos en línea recta sin límite de grado o colaterales hasta el cuarto grado.”

Entonces personas de distinto sexo que no cumplan con los requisitos del Concubinato, dos años de cohabitación o un hijo en común, podrán inscribirse en una Sociedad de Convivencia.

De los derechos y obligaciones que surgen de esta figura jurídica tenemos:

**“Artículo 13.-** En virtud de la Sociedad de Convivencia se generará el deber recíproco de proporcionarse alimentos, a partir de la suscripción de ésta, aplicándose al efecto lo relativo a las reglas de alimentos.

**Artículo 14.-** Entre los convivientes se generarán derechos sucesorios, los cuales estarán vigentes a partir del registro de la Sociedad de Convivencia, aplicándose al efecto lo relativo a la sucesión legítima entre concubinos.”

Se contemplan el derecho a alimentos en forma recíproca y derechos sucesorios entre los contrayentes. Pero no se han contemplado los derechos de convivencia de los hijos de divorciados que formen una Sociedad de Convivencia o la custodia sobre los mismos hijos en caso de que el contrayente sea quien la ejerza. Otra suerte de hipótesis jurídicas que han sido contempladas en legislaciones de otros países como son la adopción y los derechos y obligaciones que resulten de la disolución de las Sociedades de Convivencia con respecto a los hijos adoptados.

Sin embargo la moral pública imperante no ha contemplado todas estas hipótesis que podrían regular situaciones que hipotéticamente se puedan generar. Si no se va a permitir, por ejemplo, la adopción, nada impide que en lo individual adopten y

posteriormente traigan a sus hijos adoptados a la Sociedad de Convivencia. El único impedimento es:

**“Artículo 17.-** Se tendrá por no puesta toda disposición pactada en la Sociedad de convivencia que perjudique derechos de terceros. El tercero que sea acreedor alimentario tendrá derecho a recibir la pensión alimenticia que en derecho le corresponda, subsistiendo la Sociedad de Convivencia en todo lo que no contravenga ese derecho.

Serán nulos y se tendrán por no puestos los pactos limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente y los contrarios a la Constitución y a las leyes.

Todo conviviente que actúe de buena fe, deberá ser resarcido de los daños y perjuicios que se le ocasionen.”

### **1.7.2. Concubinato**

En el derecho romano se consideró al concubinato como la unión entre hombre y mujer sin la voluntad de ser marido y mujer, sin la  *affectio maritales*<sup>43</sup>. Resulta curioso el hecho de que en el matrimonio no sea necesaria la cohabitación sino el consentimiento para su perfeccionamiento. *Nuptias Non Concubitus Sed Consensus Facit* - “No es la cohabitación lo que hace matrimonio, sino el consentimiento” El legislador considero la cohabitación necesaria en el concubinato tal vez para distinguirla del amasio.

El artículo 291 bis del Código Civil para el Distrito Federal lo describe como:

#### **Artículo 291 Bis.-**

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

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

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios.

---

<sup>43</sup> César D. Graziani, Op cit., Nota 32.

Sobre los alimentos menciona:

**Artículo 291 Quáter.-**

El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este código o en otras leyes.

Respecto a los derechos y obligaciones que surgen del concubinato el Diccionario Jurídico Mexicano<sup>44</sup> menciona:

*...el derecho de los concubinos a los alimentos en los términos del reformado artículo 302 CC; a participar en la sucesión hereditaria según lo establecido en el a. 1635 CC; la posibilidad de investigar la paternidad de los hijos habidos entre los concubinarios en los términos de los aa. 382 y 383 del citado CC y, una vez establecida la filiación de los hijos habidos durante el concubinato, éstos tendrán derecho a los alimentos y a ser llamados a la sucesión del padre....*

De la consulta convocada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano con respecto al concubinato:

*“Se pudo observar que respecto a las propuestas relativas al tema, gran parte de ellas, consideran que no se valora la figura del concubinato como debiera y por lo contrario se les discrimina social y jurídicamente a los hijos nacidos dentro del mismo.*

*Por lo que se sugiere reconocer que el concubinato produce efectos jurídicos, sobre todo a favor de los hijos y de la concubina.”<sup>45</sup>*

Según el Doctor Julián Güitron, también se imputarán al padre los hijos nacidos dentro de los 300 días de la disolución del concubinato.<sup>46</sup> El artículo 391 del código civil para el Distrito Federal reconoce el derecho, no sólo de los cónyuges, sino de los concubinos para adoptar. Por lo que, como se observa, se reducen cada vez más las diferencias jurídicas entre el matrimonio y el concubinato.

---

<sup>44</sup> Op.cit., Nota 34

<sup>45</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Op.cit. Nota 8

<sup>46</sup> Banco de boletines, “La legislación familiar del Distrito Federal dentro de las más avanzadas del mundo”[en línea], UNAM, 5 de septiembre de 2003.

<[http://www.dgi.unam.mx/boletin/bdboletin/2003\\_669vvv.html](http://www.dgi.unam.mx/boletin/bdboletin/2003_669vvv.html)> [Consulta: 8 de julio de 2008]

## **1.8.Separación de los cónyuges**

En los artículos 207 al 216 del Código Procesal Familiar para el Estado de Morelos se trata el tema de la separación de los cónyuges en forma conjunta con la separación de los concubinos.

### **1.8.1. Separación de los concubinos**

De acuerdo con el artículo 291 Quintus del Código Civil para el Distrito Federal al cesar la convivencia, el concubino o concubina que no perciba ingresos o que carezca de bienes para su sostenimiento, tendrá derecho a una pensión alimentaria por un tiempo igual al que haya durado la convivencia y sólo podrá ejercerse ese derecho durante el primer año en que termine el concubinato. Sin embargo, precisa el artículo, no tendrá ese derecho quien haya demostrado ingratitud, viva o en otro concubinato o contraiga matrimonio.

## **1.9.Divorcio**

La Ley de Relaciones Familiares de 1917 introdujo el concepto de divorcio a la legislación permitiéndose; la separación de los cuerpos, la disolución definitiva del contrato matrimonial y la posibilidad de dejar a los cónyuges de contraer nuevas nupcias.<sup>47</sup> En 1859 sólo se contemplaba la separación de los cuerpos ya que el matrimonio era un vínculo indivisible y para 1870 el Código Civil establecía que el divorcio no disolvía el contrato matrimonial y la separación podía pedirse después de dos años de celebrado el matrimonio, y el divorcio por mutuo consentimiento no procedía después de veinte años de matrimonio, ni cuando la mujer tuviera más de cuarenta y cinco años de edad.<sup>48</sup>

El artículo 266 del Código Civil del Distrito Federal versa sobre el divorcio y a la letra dice:

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

---

<sup>47</sup> Secretaría de Gobernación, “El Registro Civil en México”, México, 1981, p. 60 apud, José Luis Sánchez, “RETROSPECTIVA, EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LAS ESTADÍSTICAS DEL DIVORCIO EN MÉXICO”, Ponencia, s.l., s.a.

<sup>48</sup> Idem

Por su parte el artículo 174 del Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos establece:

**“Artículo 174.- RUPTURA DE LA UNIÓN MATRIMONIAL.** El divorcio disuelve el vínculo matrimonial, a petición de uno o de ambos cónyuges, fundada en disposición legal, promovida ante autoridad de acuerdo con lo que dispone el Código Procesal Familiar. Los divorciados quedarán en aptitud para contraer nuevo matrimonio, con las restricciones que este ordenamiento establece.”

El divorcio no es la causa de la desintegración familiar, sino la expresión de una situación de facto que se lleva a juicio para garantizar los derechos adquiridos de todas las partes involucradas.<sup>49</sup> Así lo consideró la Corte en la siguiente Jurisprudencia.

**DIVORCIO NECESARIO POR LA SEPARACIÓN DE HECHO DE LOS CÓNYUGES. TAL HIPÓTESIS NO ATENTA CONTRA LA ORGANIZACIÓN Y DESARROLLO DE LA FAMILIA, POR LO QUE NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).**

*“...En ese tenor, se concluye que la figura jurídica del divorcio no es el origen del rompimiento del matrimonio ni la causa del deterioro de la familia, sino la expresión legal y final de una ruptura de hecho preexistente, así como la manifestación jurídica de una situación conyugal irregular, que permite a los cónyuges afectados intentar una diversa unión lícita que pudiera prosperar y ser la base de una nueva familia sólidamente constituida; de ahí que la aludida hipótesis de divorcio no vulnera el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia.”<sup>50</sup>*

Entre las propuestas de la consulta sobre la Reforma Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación están:

- *“Dar apoyo terapéutico a los padres e hijos que experimentan un divorcio.*
- *Eliminar las disposiciones que obligan a la publicación de las sentencias de divorcio.*
- *Permitir que los cónyuges con hijos casados menores de 30 años puedan disolver el vínculo matrimonial por vía administrativa.*

---

<sup>49</sup> “¿Qué es una familia en la actualidad? ¿Qué significa? Por supuesto, hay niños, mis niños, nuestros niños. Pero hasta la progenitura, el núcleo de la vida familiar, ha empezado a desintegrarse con el divorcio [...] Abuelas y abuelos son incluidos y excluidos sin recursos para participar en las decisiones de sus hijos e hijas. Desde el punto de vista de los nietos, el significado de los abuelos debe determinarse por medio de decisiones y elecciones individuales.” Ulrich Bech, apud, Zygmunt Bauman, “Modernidad Líquida”, Buenos Aires: FCE, 1999. p.5

<sup>50</sup> Semanario Judicial de la Federación, 9a Época, t. XXIII, enero 2006. p.724

- *Que toda desviación o alteración en la conducta sexual, así como el cambio de sexo sea causal de divorcio.*
- *Incluir la violencia intrafamiliar como causal de divorcio en lugar de la sevicia y malos tratos.*
- *Reconocer el valor económico del trabajo doméstico y valorar las aportaciones por concepto de dicho trabajo en las cuentas de divorcio.*<sup>51</sup>

### **1.10. Alimentos**

Los artículos 301 al 323 el Código Civil para el Distrito Federal regulan la obligación de ministrar de los alimentos, siendo de interés para el tema de esta tesis los artículos 301, 303, 305, 308,309, 311, 311Bis, 311Ter y 311Quáter.

Esta obligación es recíproca y como lo menciona el 301, también de los hijos a los padres en caso de necesitarlos estos últimos.

De acuerdo con el artículo 303 del Código Civil en comento, la obligación se extiende hacia los ascendientes en línea recta y el artículo 305 del mismo Código Civil la extiende a los hermanos de los padres y parientes hasta en cuarto grado.

En el caso de los menores, de acuerdo con las fracciones I y II del artículo 308 del el Código Civil para el Distrito Federal los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria, así como, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales.

Para cumplir con la obligación alimentaria es preciso que el Juez le asigne una pensión al acreedor alimentista o sea integrado a la familia. Aunque como se constata en el párrafo final del artículo 282 los menores de doce años quedan al cuidado de la madre salvo que ésta sea la que origine la violencia familiar.

Aunque el artículo 311 menciona que los alimentos han de ser proporcionados de acuerdo con las posibilidades del que deba darlos y las necesidades de quien deba recibirlos, en el artículo 311 Ter se establece que cuando no sean comprobables el salario o los ingresos del deudor alimentario, el Juez tiene facultades para determinarlos de acuerdo con la capacidad económica y el nivel de vida que tanto el deudor alimentario como los acreedores alimentarios hayan llevado durante los dos últimos años, sin especificar el legislador a cuáles últimos dos años hace referencia.

---

<sup>51</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Op.cit. Nota 8

El legislador ha penalizado el incumplimiento de otorgar alimentos asimilándolos al catálogo de delitos en los artículos 193 al 199 del Código Penal para el Distrito Federal. El artículo 193 del código en comento menciona que para el que incumpla con la obligación de otorgar alimentos se le impone una pena de seis a cuatro años de prisión o de noventa a trescientos sesenta días de multa, suspensión o pérdida de los derechos de familia y pago como reparación del daño de las cantidades no suministradas oportunamente. Para la configuración del delito sólo hace falta que los acreedores alimentarios se dejen al cuidado o reciban ayuda de un tercero. No se especifica la duración de este “dejar al cuidado” por lo que podría configurarse al dejar a los menores en una guardería o escuela. De la misma forma se incorpora lo ya estipulado en el artículo 311 Ter del Código Civil en el último párrafo del artículo 193 del Código Penal para el Distrito Federal al repetir la misma hipótesis normativa.

Es decir que aún cuando el obligado no pueda pagar la pensión, está obligado a hacerlo como lo determinó la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis entre dos tribunales colegiados en materia civil, la Primera Sala del Alto Tribunal respaldó el artículo 311 Ter del Código Civil para el Distrito Federal.

**ALIMENTOS. PARA DETERMINAR EL MONTO DE LA PENSIÓN CUANDO NO SE HAYAN ACREDITADO LOS INGRESOS DEL DEUDOR ALIMENTARIO, DEBE ATENDERSE A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 311 TER DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

*“El citado artículo prevé expresamente el supuesto de la falta de comprobación del salario o los ingresos del deudor alimentario y establece los lineamientos para fijar el monto de la pensión relativa, consistentes en la capacidad económica y el nivel de vida que aquél y sus acreedores alimentarios hayan llevado durante los dos últimos años. En congruencia con lo anterior y en virtud de que las controversias sobre alimentos son una cuestión de orden público y de interés social, cuando no se hayan acreditado los ingresos del deudor alimentario, los juzgadores -en primera o segunda instancia- deben atender a lo dispuesto en el artículo 311 Ter del Código Civil para el Distrito Federal, y en el caso de no contar con los elementos necesarios para fijar objetivamente el monto de la pensión, conforme a los artículos 940 y 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, están obligados a recabar oficiosamente los elementos que les permitan establecer la capacidad económica y el nivel de vida a que se refiere el mencionado numeral 311 Ter, además, quien cuente con la información relativa debe proporcionarla en términos del artículo 323 del señalado Código Civil; y una vez hecho lo anterior realizar un*



*estimado del ingreso mensual del deudor alimentario, respecto del cual fijara un porcentaje como monto de la pensión alimenticia.”<sup>52</sup>*

De acuerdo con el artículo 194 del Código Penal para el Distrito Federal también se configura el delito contra el cumplimiento de la obligación alimentaria cuando el obligado renuncie a su empleo o se ponga en estado de insolvencia con el objetivo de eludir el cumplimiento de su obligación alimentaria. Se le impone una pena corporal de uno a cuatro años y multa de doscientos a quinientos días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal, la pérdida de los derechos de familia, así como el pago de reparación de daño por las cantidades no suministradas.

También se le imponen penas a los obligados a informar sobre los ingresos de quienes estén obligados y no lo hagan oportunamente, según el artículo 195 del Código Penal para el Distrito Federal.

Para el Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos en el capítulo relativo a los derechos y obligaciones que nacen del vínculo matrimonial establece:

**“Artículo 88.- PRIORIDAD ALIMENTARIA.** Los bienes de los cónyuges y sus productos, así como sus sueldos, o emolumentos, quedan afectados preferentemente al pago de los alimentos, en la parte que a cada uno corresponda por Ley o por convenio. Para hacer efectivo este derecho podrán los cónyuges y los hijos o sus representantes pedir en cualquier momento el aseguramiento de aquellos bienes.”

En concordancia por lo establecido en este artículo está el artículo 311 Quáter del Código Civil para el Distrito Federal que establece el derecho de preferencia sobre otros acreedores, los acreedores alimentarios, que tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quienes tengan esa obligación.

Por su parte el artículo 179 del Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos en su capítulo sobre el divorcio establece:

**“Artículo 179.- PENSIÓN ALIMENTICIA DERIVADA DEL DIVORCIO.** En los casos de divorcio necesario, el Juez tomando en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de los alimentos en favor del inocente.

---

<sup>52</sup> Seminario Judicial de la Federación, 9ª Época, t.XXVII, febrero 2008. p.58

En los casos de divorcio por mutuo consentimiento se respetará la voluntad de las partes expresada en el convenio, salvo que el mismo sea lesivo a alguno de ellos, en cuyo caso se oirá la opinión del Ministerio Público.

Cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos.”

El artículo en comento le da una mayor facultad discrecional al Juez para resolver tomando en consideración las circunstancias del caso. Es frecuente que en los casos de divorcio una de las partes pierda el empleo por causa de la inestabilidad emocional por la misma separación o la separación del progenitor con los hijos. Se le impone la obligación alimentaria según la circunstancia del caso. Sin embargo, en el Distrito Federal a toda costa se le obliga a la pensión alimentaria. En esta hipótesis no sólo estaría obligado a lo imposible, sino que además podría purgar una pena corporal como se analizó en el artículo 194 del Código Penal para el Distrito Federal.

### **1.11. Patria Potestad**

En México 'la patria potestad es el conjunto de facultades y derechos que los padres tienen para con sus hijos. La custodia por su parte implica sólo tener bajo su resguardo el cuidado, educación y sano desarrollo de los hijos menores de edad.'<sup>53</sup> El Código Civil para el Distrito Federal no define la patria potestad. El párrafo primero del artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal menciona:

**“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.”

Para los casos de separación de los cónyuges el artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal estipula:

**“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...”

---

53 Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), Preguntas Frecuentes[en línea], Edit.DIF, México. <<http://www.dif.gob.mx/grupos/menores/preguntas/preguntasprocuracion.html>> [Consulta: 6 de agosto de 2006]

De este artículo se desprende que en términos generales, los elementos de la patria potestad son la guarda y custodia de los menores. El artículo 177 del Código Familiar para el Estado libre y soberanos de Morelos en su capítulo sobre el divorcio menciona:

**“Artículo 177.- PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.** El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todos los deberes jurídicos que tienen para con sus hijos.”

En el artículo que hace referencia a la patria potestad se establece:

**“Artículo 219.- SUJECCIÓN DE LOS MENORES NO EMANCIPADOS A LA PATRIA POTESTAD.** Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deba ejercerla conforme a la ley.”

En el Código de Procedimientos Familiares para el Estado Libre y Soberano de Morelos la pérdida de la patria potestad se contempla en los artículos 454 y 455 del citado Código.

Con respecto a la pérdida de la patria potestad, está sólo se dará si se pone en peligro la salud o integridad del menor, así lo estableció la Corte en la siguiente Jurisprudencia por reiteración de criterios.

**PATRIA POTESTAD. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS SÓLO OCASIONA SU PÉRDIDA SI COMPROMETE LA SALUD, LA SEGURIDAD, EL DESARROLLO MORAL, LA INTEGRIDAD FÍSICA O PSÍQUICA DE LOS MENORES SUJETOS A ESE RÉGIMEN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).**

*“...el incumplimiento de la obligación a cargo de los padres de dar alimentos a sus hijos sólo ocasiona la pérdida de la patria potestad, si esa infracción es de tal modo grave que comprometa la salud, la seguridad o moralidad de aquéllos; por tanto, es correcto condenar a la pérdida de la patria potestad en un juicio en que se acreditó que el demandado además de no proporcionar alimentos a sus hijos, no justificó su abstención ni tampoco hizo algo por cumplir con su deber, pues ello pone de manifiesto su falta de interés por la salud y seguridad de sus hijos, ocasionando tal abandono un grave riesgo para la integridad física y moral de los mismos.”<sup>54</sup>*

---

<sup>54</sup> Seminario Jurídico de la Federación, 9ª Época, t.XXIV, julio 2006. p.1010

La Patria potestad se instituye en beneficio del menor, y su pérdida sólo puede repercutir en beneficio del menor y no como sanción al progenitor que incumplió los alimentos, así lo estimó la Corte y para mayor redundancia se cita la Jurisprudencia.

**PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA, POR INCUMPLIMIENTO TOTAL O PARCIAL DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).**

*“...el incumplimiento parcial debe ser grave para fundar la pérdida de la patria potestad, es decir, no cualquier parcial incumplimiento, por mínimo que sea, puede servir para ese efecto. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que la patria potestad es una función de los padres establecida sobre todo en interés de los hijos y que consiste esencialmente en cuidar de sus personas y bienes, lo que significa que más que una sanción al progenitor incumplido, la pérdida de la patria potestad debe conceptuarse como una medida de protección del hijo y, por ende, debe ser adoptada en beneficio del mismo, puesto que la intención del legislador no fue simplemente sancionar la mera infracción de los deberes a cargo del padre, sino fundamentalmente proteger al hijo, y si bien la situación de abandono o desamparo debe entenderse producida cuando se ha dejado de cumplir las obligaciones en forma total...”<sup>55</sup>*

Etimológicamente el término Patria Potestad proviene del latín *pater* que se refiere al Padre y Potestad de *potestas* que significa poder o facultad. Se diría, entonces, que la patria potestad es la facultad o poder del padre sobre el menor.

De acuerdo con lo anterior, no existe una definición satisfactoria de la patria potestad. Entre los elementos que hay que considerar dentro de los derechos y obligaciones que la comprenden está la guarda y custodia, la convivencia, los alimentos y las facultades que le permiten a quien posee la patria potestad el decidir sobre la educación, religión y salud del menor.

En Francia se decidió regular la Patria Potestad y no la custodia, porque la consideran inherente a la primera. En México, aunque no se reguló apropiadamente, se le consideró aparte, separada de la Patria Potestad, por las múltiples explicaciones sociológicas que explican el comportamiento violento del varón.

Del análisis de los elementos que la componen, los alimentos no son inherentes a la Patria Potestad. Porque aunque se le retire la Patria Potestad a un progenitor, la obligación de dar alimentos permanece, pues su existencia depende del reconocimiento o filiación que

---

<sup>55</sup> Semanario Judicial de la Federación, 9ª Época, t. XXIII, febrero 2006. p.1854

haga el padre del hijo. Dar alimentos es una obligación independiente a la Patria Potestad, en todo caso estaría subordinada a la guarda y custodia.

La custodia, como derecho y obligación o deber de cuidado, no se puede extraer del concepto de la patria potestad, porque no tendríamos una sin la otra. Es decir, no se puede tener la custodia si no se tiene la patria potestad, aunque si sucede lo contrario en nuestra legislación, se puede tener la patria potestad, pero no la custodia. Es una deficiencia de nuestro derecho que aunque no se legisló de esa forma, las decisiones del juzgador provocaron ese resultado.

El único supuesto en que se tiene la Patria Potestad y no la custodia es un caso de excepción, cuando la custodia la detenta un tercero que no tiene la Patria Potestad. Tal es el caso de los menores que el Estado sustrae de sus hogares, previa denuncia ante el Ministerio Público, de abusos o maltratos en contra de los menores y una variante del maltrato que es la desnutrición por la situación socioeconómica de los progenitores. En este caso el Estado ejerce la custodia y ve por la guarda y custodia del menor.<sup>56</sup> Decide sobre la alimentación, salud y educación del menor. En el supuesto de que la convivencia represente un peligro para el menor, se llega a la Patria Potestad como la nada jurídica. Un menor que es sustraído de su hogar y además no se le permite la convivencia al progenitor por representar un peligro para el menor, podrá detentar la Patria Potestad, pero no puede ejercerla de ninguna manera, ni siquiera a través de la convivencia con el menor.

La convivencia si es un derecho inherente a la patria potestad. Cabe señalar que para decidir sobre la educación, religión o salud del hijo menor de edad se debe conocer su situación particular. No es posible tomar una decisión acertada sin esta información. Por lo tanto, si se otorga la patria potestad se reconoce el derecho de convivencia y únicamente para decidir mejor sobre el bienestar del menor.

El mínimo necesario para considerar la patria potestad es la facultad para decidir sobre la educación y salud del menor, si se considera que el Estado mexicano es laico. En otros países este aspecto si se toma en cuenta, como en los Estados Unidos de América

---

<sup>56</sup> Sin embargo de acuerdo con la ley y la jurisprudencia el Estado no esta legitimado para representar a los menores en juicios de patria potestad (V. Jurisprudencia citada en la sección 1.6.) Es un área de oportunidad para los padres que desean adoptar y que el Estado pueda litigar la Patria potestad de los menores abandonados y que están bajo su guarda y custodia. Esta traba jurídica impide que sean sujetos de adopción y terminen en albergues permanentes cuando pudieran estar en el seno de una familia.

En el mismo sentido se pronuncia la siguiente tesis aislada en materia civil:

**MENORES DE EDAD. LA FALTA DE ASISTENCIA A UNA DE LAS VISITAS ESTABLECIDAS, NO MOTIVA LA PRIVACIÓN O SUSPENSIÓN DEL DERECHO A LA CONVIVENCIA ENTRE PADRES E HIJOS, PUES NO CONSTITUYE, SALVO PRUEBA EN CONTRARIO, UN HECHO GRAVE QUE IMPLIQUE UN PELIGRO INMINENTE EN SU DESARROLLO FÍSICO, PSICOLÓGICO O MENTAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA)**

*“...es del todo indispensable el ejercicio de las facultades inherentes a ellos, entre las que se encuentran de manera destacada la guarda y custodia, y su convivencia con ellos, siempre y cuando no exista algún elemento que patentice que tal convivencia sea contraria a la salud, seguridad o moralidad del menor, esto es, que ponga en peligro una de estas circunstancias lo que, en última instancia, debe acreditarse por la parte que lo invoque y pretenda la limitación o negación de ese derecho.”<sup>57</sup>*

De ninguna manera se debe equiparar la suspensión del derecho de visita o la convivencia con la pérdida de la patria potestad por no acudir a las visitas con el menor. La sanción es desproporcionada a la conducta y al daño que se le ocasiona al menor de privarlo de uno de sus progenitores por la inasistencia a las visitas. El criterio de la Corte anteriormente citado iba en el mismo sentido. El legislador del Distrito Federal decidió que se le retire también el ejercicio de la Patria Potestad. Cabe señalar que el estar en la imposibilidad de realizar las convivencias por un progenitor alienador sería causa suficiente, de acuerdo con el anterior precepto, para perder la Patria Potestad.

Y sin la convivencia, no se puede tomar una decisión acertada sobre lo que es mejor para el menor de edad. Es información necesaria para mejor decidir sobre su futuro. Para poder hablar de esta facultad sobre el menor, se debe considerar la convivencia como medio para logra un fin, que es, el bienestar del menor de edad.

*“Dentro de la consulta convocada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano, entre las ponencias obtenidas relativas al tema de derecho familiar, se pudo observar la preocupación por parte de los participantes respecto de la legislación civil mexicana que consideran conserva anacronismos y normas jurídicas que solamente por razón de género concede derechos y obligaciones a la personas.*

---

<sup>57</sup> Semanario Jurídico de la Federación, novena época, t. , 26 de enero de 2006. p.

*En la actualidad los principios de igualdad y no discriminación han perneado todo el orden jurídico nacional y no hay razón suficiente para que los menores de edad se queden bajo la custodia de la madre sólo por ese simple hecho, ya los padres deben gozar del mismo privilegio.*

*Por otra parte, destacan la importancia de que los juzgadores, al decretar respecto de las medidas provisionales de custodia de los hijos, estas sean tomadas con verdaderos elementos de prueba que siempre vean por el beneficio del menor y la familiar y no sea en base a presunciones.”<sup>58</sup>*

Por las mismas razones se afirma que la aplicación del principio del interés superior del menor está por encima de las presunciones y de la indebida preferencia por la que los menores quedan bajo la custodia de la madre. Si se busca el interés superior del menor, implica que el Juez atendiendo las condiciones del caso elija la mejor opción para él o los menores. Es una incorrecta aplicación del principio que pierde todo su contenido al pretender adaptarlo del derecho anglosajón como un bonito adorno a nuestra legislación.

## **1.12. Violencia familiar**

Para los fines de este trabajo la violencia familiar es la violencia física o moral que ejerce un miembro de la familia en contra de otro. Se debe contemplar en la legislación que la alienación parental es una forma de violencia emocional (moral) que ejercen los progenitores, parientes o Jueces sobre los menores y constituye un abuso.

Los buenos propósitos del legislador se enlistan en el artículo 323 Ter del Código Civil para el Distrito Federal donde menciona que los integrantes de la familia tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física y psíquica, y obligación de evitar conductas que generen violencia familiar. Para lo cual los integrantes de la familia contarán con la asistencia y protección de las instituciones públicas, de acuerdo a las leyes para combatir y prevenir conductas de violencia familiar.

El artículo 323 Quáter del Código Civil para el Distrito Federal considera por violencia familiar el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce

---

<sup>58</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Op.cit. Nota 8

contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones. Agrega que la educación o formación del menor no es justificación para alguna forma de maltrato. Es decir, la nalgada pedagógica y otras formas correctivas de violencia que ejercen los padres en contra de sus hijos.

El artículo 323 Quintus del Código Civil para el Distrito Federal también considera violencia familiar la que se ejerce contra la persona con la que se encuentra unida fuera del matrimonio, que podría resultar del concubinato, amasiato, adulterio, etcétera.

El Código Penal para el Distrito Federal contempla la violencia familiar como un delito que amerita una pena corporal. El artículo 200 del Código Penal para el Distrito Federal establece que al que maltrate física o psicoemocionalmente a un miembro de la familia así sea el cónyuge, concubina o concubinario, pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, al pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, al adoptante o adoptado, se le impondrán una serie de sanciones que van de seis a cuatro años de prisión, pérdida de los derechos que tenga respecto de la víctima, incluidos los de carácter sucesorio y en su caso, a juicio del juez, prohibición de ir a lugar determinado o de residir en él, además se le sujetará a tratamiento psicológico, que en ningún caso excederá del tiempo impuesto en la pena de prisión. Adicionalmente el artículo en comento menciona que se le agregarán las penas correspondientes al delito de lesiones.

En el segundo párrafo del artículo en comento, el legislador establece que debe entenderse por maltrato físico.

*“Para los efectos de este Artículo se considera maltrato físico: a todo acto de agresión intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro...”*

Para enseguida cantinflar<sup>59</sup> sobre lo que debe entenderse por maltrato psicoemocional.

---

<sup>59</sup> “Hablar de forma disparatada e incongruente y sin decir nada.” Diccionario de la Lengua Española [en línea], 20ma ed. <http://www.rae.es> [Consulta: 9 de julio de 2008]



*“Maltrato psicoemocional: a los actos u omisiones repetitivos cuyas formas de expresión pueden ser: prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, actitudes devaluatorias que provoquen en quien las recibe, deterioro, disminución o afectación a alguna o todas las áreas que integran la estructura psíquica.”*

El Diccionario de la Lengua Española define devaluar como “rebajar el valor de una moneda o de otra cosa, depreciarla.”<sup>60</sup> En otras palabras se tendría que incluir dentro de la definición del delito la condición previa de cosificar a la víctima o, según se entienda, establecer que la estructura psíquica es una cosa.

Del mismo Diccionario se obtiene que por deteriorar se entiende “estropear, menoscabar, poner en inferior condición algo.”<sup>61</sup> En virtud de que a la persona no se le puede estropear, se entiende que el legislador habla de la estructura psíquica, en caso de que ésta se pueda estropear y luego reparar. Sin embargo a la persona o víctima si se le puede menoscabar o poner en inferior condición.

Por disminuir se entiende “hacer menor la extensión, la intensidad o el número de algo.”<sup>62</sup> En virtud de que es imposible hacer menor la extensión de la persona, la intensidad o el número de personas, debe entenderse que todas estas situaciones deberán ocurrir sobre la cosa denominada estructura psíquica.

Las razones que utilizó el legislador para realizar la contrarreforma retoman los arquetipos que el fenómeno social se ha encargado de contradecir; el hombre golpeador y la mujer víctima de maltratos que depende económicamente del hombre.

La versión estenográfica de la sesión ordinaria del 28 de diciembre de 2006<sup>63</sup> de la Asamblea de Representantes da cuenta de los argumentos de la diputada Leticia Quezada Contreras a favor del dictamen para modificar los Código Civil para el Distrito Federal, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Código Penal para el Distrito Federal:

(...)

---

<sup>60</sup> Idem

<sup>61</sup> Idem

<sup>62</sup> Idem.

<sup>63</sup> Día de los inocentes (fecha que en México se realizan bromas sin culpa para el que las realiza o se pide prestado con la intención de no pagar el préstamo.)

*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.*

(...)

*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.<sup>64</sup>*

(...)

Predominan los arquetipos y la ignorancia sobre la alienación parental que precisamente argumenta en contra de la comparecencia de los menores alienados frente al juez. Se debe eliminar el término de alineación y sustituirlo por el de alienación, que es el correcto.

El diputado local Enrique Pérez Correa en su intervención a favor del dictamen argumentó:

(...)

*Mientras en este país no haya condiciones de equidad para las mujeres, son importantes estas reformas; mientras este país y esta sociedad no garantice equilibrios de desarrollo personal tanto del hombre como de la mujer dentro de la pareja, resulta de mayor relevancia iniciativas como éstas.*

(...)

*Si en determinado momento, como llega a ocurrir en muchos casos, la pareja decide separarse no solamente porque se dejen de amar, sino por razones incluso profesionales, razones económicas, razones de creencias incluso, llega a darse la*

---

<sup>64</sup> Asamblea Legislativa del Distrito Federal, “Versión Estereográfica de la Sesión Ordinaria Celebrada el 28 de diciembre de 2006” [en línea], <http://www.asambleadf.gob.mx/>, [Consulta: 4 de enero de 2007]

*posibilidad de una separación, el menor es el que se encuentra en mayor estado de vulnerabilidad.*

(...)

*Ya actualmente ya no es lo mismo una separación en este momento que hace 15, 20 años. Hoy es importante que los legisladores reconozcamos que esta circunstancia es una cosa dinámica, es una circunstancia en la cual nunca terminamos de legislar, debemos de estar permanentemente pendientes para vigilar y observar el desarrollo de estas circunstancias y estar permanentemente actualizando y revisando las formas y las circunstancias en los que los menores van a vivir en caso de una separación.<sup>65</sup>*

(...)

Por un lado reconoce que no hay condiciones de equidad para las mujeres y en otro párrafo reconoce la situación cambiante de la sociedad que han llevado a la mujer a trabajar. Los menores, a quienes intentan proteger los diputados locales del Distrito Federal, quedan en un mayor estado de indefensión al no obtener los beneficios de la familia amplia y la red de soporte social que la misma familia representa. Harto se ha comentado el fenómeno de la desintegración familiar en la sociedad actual. La legislación, en lugar de regular esta circunstancia cambiante, tal parece que retoma arquetipos del pasado para hacer cada vez más difícil a los hombres salir de una relación y mantener el contacto con los hijos, forzándolos a permanecer en situaciones que lo único que pueden llegar a producir son frustraciones y violencia familiar, de la que tanto se preocupan los legisladores.

El legislador utilizó la violencia familiar como pretexto para eliminar los avances en la custodia compartida y la protección a el daño que produce en la psique de los menores la alienación parental. La legislación vigente en el Distrito Federal lo único que puede producir es mayor violencia familiar, pues al aumentar los costos sociales que obligan a los padres a mantenerse en un ambiente nocivo de agresiones entre cónyuges, en lugar de regular la natural separación de los cónyuges por cualquiera de las causales que contempla la ley y permitir el continuo contacto de los hijos con ambos progenitores que únicamente se instituye en beneficio del menor, o lo que ha denominado el legislador; el interés superior del menor.

En cualquier conflicto armado los negociadores de buena voluntad procuran la distensión y el desarme. El legislador del Distrito Federal emula a los que arman a las

---

<sup>65</sup> Ibidem.

partes para mantener la paz. Arman a las madres con instrumentos legales para poder chantajear a los padres con la amenaza de no permitir que vean a sus hijos. Si aún bajo la amenaza el padre decide separarse de la madre, esta procura cumplir su amenaza y obtener por sentencia o en forma temporal los alimentos. Un padre que da alimentos y no convive con sus hijos no cuenta con incentivos para seguir dándolos. El efecto es que si se recompone la familia y se forma un nuevo hogar, los hijos dejados atrás quedan en una situación peor que con la custodia compartida.

Un padre que se propone abandonar esposa, hijos y hogar, no importa la legislación que regule la situación, lo va a hacer. En cambio, si se le facilita la transición y se le permite convivir con los hijos de forma civilizada y cumplir con la obligación de dar alimentos, ello se traduce en una mejor situación para el menor. Si por sí misma la situación de la separación de los padres y el divorcio son situaciones difíciles para el menor, el legislador imposibilita continuar la relación paternal y condena a los menores al olvido y maltrato de un solo progenitor y una sola familia. Estos menores no gozarán de los beneficios de la familia ampliada que se traducen en una red de protección social que preparan al menor para los retos que enfrentará en la adolescencia y adultez.

### **1.13. Sustracción de menores**

#### **1.13.1. Sustracción internacional de menores**

La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores fue signada en la Haya, Holanda en su 14ª sesión el 25 de octubre de 1980<sup>66</sup>. México se adhirió el 20 de junio de 1991 y fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de marzo de 1992<sup>67</sup>. El artículo 1º indica que su propósito es:

#### **“Artículo 1.**

La finalidad de la presente Convención será la siguiente:

---

<sup>66</sup> Los textos legales están en inglés y francés

<sup>67</sup> Aprobación Senado: 13 dic 1990. Publicación DOF Aprobación: 14 ene 1991. Vinculación de México: 20 jun 1991 Adhesión. Entrada en vigor internacional: 1º dic 1983. Entrada en vigor para México: 1º sep 1991. Publicación DOF Promulgación: 6 mar 1992. Correo electrónico de Fernando Sosa Betancourt, Director de Tratados SRE, 8 de enero 2007.

- a) Garantizar la restitución de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;
- b) Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.”

El artículo 3 menciona las hipótesis jurídicas en las que la sustracción se considera ilícita y en general cuando se violan los derechos de convivencia.

**“Artículo 3.**

El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

- a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separado o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y
- b) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución del pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.”

No sólo se protegen los derechos de custodia, sino también los derechos de visita, como lo indica el artículo 5º de la Convención.

**“Artículo 5.**

A los efectos de la presente Convención:

- a) El "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;
- b) El "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquél en que tiene su residencia habitual.”

**1.13.2. Restitución de menores**

El procedimiento para la restitución de menores pretende ser sencillo en el que se instituye una Autoridad central responsable de hacer valer la Convención y colaborar con las otras Autoridades centrales en lograr su propósito.

**“Artículo 7.**

Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos de la presente Convención.

Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan:

- a) Localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita;
- b) Prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;
- c) Garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;
- d) Intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;
- e) Facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación de la Convención;
- f) Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;
- g) Conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluyendo la participación de un abogado;
- h) Garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado;
- i) Mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación de la presente Convención y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a su aplicación.”

El procedimiento en general se describe en cuatro artículos que pretenden ser lo más sencillo y práctico con el fin de restituir al menor, privilegiando la restitución voluntaria sobre el ejercicio de la fuerza para lograr su cometido.

#### **“Artículo 8.**

Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor.

La solicitud incluirá:

- a) Información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor;
- b) La fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla;
- c) Los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor;
- d) Toda la información relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor.

La solicitud podrá ir acompañada o complementada por:

- e) En una copia autenticada de toda decisión o acuerdo pertinentes;
- f) Una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona calificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado;
- g) Cualquier otro documento pertinente.

**Artículo 9.**

Si la Autoridad Central que recibe una solicitud en virtud de lo dispuesto en el Artículo 8 tiene razones para creer que el menor se encuentra en otro Estado Contratante, transmitirá la solicitud directamente y sin demora a la Autoridad Central de ese Estado Contratante e informará a la Autoridad Central requirente o en su caso, al solicitante.

**Artículo 10.**

La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas tendientes a conseguir la restitución voluntaria del menor.

**Artículo 11.**

Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados Contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para restitución de los menores.

Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de 6 semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la autoridad central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la autoridad central del Estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.

Si la autoridad central del Estado requerido recibiera una respuesta, dicha autoridad la transmitirá a la autoridad central del Estado requirente o, en su caso, al solicitante.

**Artículo 12.**

Cuando un menor haya sido traslado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el Artículo 3 y, en la fecha de iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.

Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de restitución del menor.”

Algunas excepciones aplican a la restitución de menores y se hallan contenidas en los artículos 13 y 20.

**“Artículo 13.**

No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

- a) La persona, institución u organismo que se hubiere hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o
- b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar la circunstancia a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la autoridad central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.”

Es importante resaltar que el Estado receptor no juzgará el fondo del asunto sobre la custodia o derechos de visita y se limitará a dar cumplimiento a lo que el juez, donde el menor tenga su domicilio, haya sentenciado. La única excepción se da cuando el cumplimiento de la Convención se traduzca en una violación a los derechos humanos del menor.

**“Artículo 16.**

Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante donde haya sido trasladado el menor o en donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones de la presente

Convención para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable, sin que se haya presentado una solicitud en virtud de esta Convención.”

**“Artículo 17.**



El solo hecho de que una decisión relativa a la custodia haya sido dictada o sea susceptible de ser reconocida en el Estado requerido, no podrá justificar la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en la presente Convención, pero las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en cuenta los motivos de dicha decisión al aplicar la presente Convención.”

**“Artículo 20.**

La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá negarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.”

La Convención no es garantía de que los menores serán restituidos. En la aplicación de la misma Convención se ha topado con procedimientos largos (Alemania<sup>68</sup>), la concepción islámica de los derechos del padre (Siria<sup>69</sup>) o paraísos para la sustracción de menores porque no forman parte de la Convención y sus procedimientos son lentos (India<sup>70</sup>).

### **1.13.3. Derechos de visita**

En la Convención se apela a las obligaciones de cooperación de los Estados para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho.

**“Artículo 21.**

Una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las autoridades centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor. Las autoridades centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho. Las autoridades centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar en la medida de lo posible todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho.

---

<sup>68</sup> Jeremy D. Morley, German Failure to Expedite Hague Child Abduction Cases [en línea], <[http://familylawinternational.blogspot.com/2006\\_05\\_01\\_archive.html](http://familylawinternational.blogspot.com/2006_05_01_archive.html)> [Consulta: 2 de enero de 2007]

<sup>69</sup> Ibid, Custody orders not respected internationally; Children abducted overseas, [http://familylawinternational.blogspot.com/2006\\_07\\_01\\_archive.html](http://familylawinternational.blogspot.com/2006_07_01_archive.html) [Consulta: 2 de enero de 2007]

<sup>70</sup> Ibid, India: Safe Heaven for International Child Abduction [en línea], Loc.cit.

Las autoridades centrales directamente o por vía de intermediarios, podrán iniciar procedimientos o favorecer su iniciación con el fin de regular o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo.”

Las obligaciones de cooperación no contemplan provisiones sobre el otorgamiento de visa o permiso de entrada al Estado para los progenitores que pretendan ejercer el derecho de visita, por lo que se puede convertir en un obstáculo insalvable para el ejercicio de este derecho.

### **1.13 Sustracción de menores en México**

#### **1.14.1. Legislación Federal**

El artículo 366 Ter del Código Penal Federal, en relación con el artículo 366 quáter del mismo código, considera el delito como tráfico de menores. Para el artículo 366 Ter del Código Penal Federal comete el delito de tráfico de menores, quien traslade a un menor de dieciséis años de edad o lo entregue a un tercero, de manera ilícita, fuera del territorio nacional, con el propósito de obtener un beneficio económico indebido por el traslado o la entrega del menor.

Según la fracción primera del mismo artículo 366 Ter cometen el delito quienes ejerzan la patria potestad o custodia sobre el menor, aunque no haya sido declarada, cuando realicen materialmente el traslado o la entrega o por haber otorgado su consentimiento para ello.

A quienes cometan el ilícito, el artículo 366 Ter señala una pena de tres a diez años de prisión, así como la privación de los derechos de patria potestad, tutela o custodia a quienes, en su caso, teniendo el ejercicio de éstos cometan el delito a que se refiere el artículo.

El artículo 366 quater del Código Penal Federal en su cuarto párrafo establece que:

“Se impondrán las penas a que se refiere este artículo al padre o madre de un menor de dieciséis años que de manera ilícita o sin el consentimiento de quien o quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del menor, sin el propósito de obtener un lucro indebido, lo trasladen fuera del territorio nacional con el fin de cambiar su residencia habitual o impedir a la madre o padre, según sea el caso, convivir con el menor o visitarlo.”

En otras palabras, quien se encuentre en la hipótesis jurídica que contempla el artículo 366 Ter del Código Penal Federal, no lo haga por obtener un lucro económico, o se encuentre en la situación del ser el padre o madre y sin el consentimiento de quien ejerce la patria potestad o custodia y traslade a un menor fuera del territorio nacional, se le impondrán las penas del delito de tráfico de menores. Además de la pena corporal, se privará de los derechos de patria potestad, tutela o custodia a quienes, en su caso, teniendo el ejercicio de éstos cometan el delito.

## **1.14.2. Sustracción de menores entre Entidades Federativas**

### **1.14.2.1. Legislación del Distrito Federal**

El Código Penal para el Distrito Federal considera como delitos el tráfico de menores y la sustracción de menores:

**Artículo 169.** Al que con el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque ésta no haya sido declarada, lo entregue ilegalmente a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico, se le impondrán de dos a nueve años de prisión y de doscientos a quinientos días multa.

Las mismas penas a que se refieren el párrafo anterior, se impondrán a los que a cambio de un beneficio económico, otorguen el consentimiento al tercero que reciba al menor o al ascendiente que, sin intervención de intermediario, incurra en la conducta señalada en el párrafo anterior.

Cuando en la comisión del delito no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo primero, las penas se aumentarán en un tanto más de la prevista en aquél.

Si el menor es trasladado fuera del territorio del Distrito Federal, las sanciones se incrementarán en un tercio.

Si la entrega definitiva del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico, la pena aplicable al que lo entrega será de uno a tres años de prisión.

Si se acredita que quien recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, se reducirá en una mitad la pena prevista en el párrafo anterior.

Además de las penas señaladas los responsables de los delitos perderán los derechos que tengan en relación con el menor, incluidos los de carácter sucesorio.

Es importante resaltar que el párrafo cuarto del artículo 169 del Código Penal para el Distrito Federal establece la hipótesis para el caso en que el menor sea trasladado fuera del Distrito Federal, norma que no tiene equivalente en la legislación de Morelos y por lo que se propone incluirla.

El artículo 170 del Código Penal para el Distrito Federal contempla dos atenuantes para el caso en que el probable responsable espontáneamente devuelva al menor dentro de las veinticuatro horas siguiente a la comisión del delito, se le impondrá sólo una tercera parte de las sanciones previstas en el artículo 169 del mismo Código. Así como para el caso de que se logre la recuperación de la víctima gracias a la información que proporcione el inculpado, la sanción se le reducirá en una mitad.

#### **1.14.2.2. Legislación de Morelos**

En Morelos no se contempla el delito de sustracción de menores, pero resulta aplicable lo contemplado en el delito de rapto.

### **CAPÍTULO III RAPTO**

**Artículo 143.-** Al que sustraiga o retenga por medio de la violencia física o moral a una persona, sin su consentimiento, contra éste o mediante engaño, para realizar un acto sexual o para casarse, se le impondrán de seis meses a cinco años de prisión.

**Artículo 144.-** Se elevará hasta en una tercera parte la sanción prevista en el artículo anterior, cuando la sustracción o retención realizada con los fines a que se refiere el mismo precepto, recaiga en una persona menor de doce años o que no tenga capacidad de comprender el hecho, o que por cualquier otra causa no pueda resistir.

**Artículo 145.-** Se procederá contra el raptor por querrela de la persona ofendida o de su cónyuge o de la persona con quien esté unida en concubinato. Si aquélla es menor de edad o incapaz, se actuará por instancia del propio ofendido o de quien ejerza sobre éste la patria potestad, la tutela o la custodia.



# Capítulo II

## MARCO LEGAL

### 2.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

“**Artículo 4o.** El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

(...)

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

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

(...)

Si la Constitución establece que el varón y la mujer son iguales ante la ley, no hay razón jurídica por la que leyes secundarias establezcan desigualdades y preferencias en el otorgamiento de la Custodia a la madre por encima del interés superior del menor.

“**Artículo 133.** Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”

Por ejemplo; la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la cual México es parte, es la Ley Suprema de toda la Unión, de acuerdo con el artículo 133 Constitucional.

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

“**Artículo 3.** La protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, tiene como objetivo asegurarles un desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad.

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

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

El artículo 3 de la Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes introduce el concepto del “interés superior de la infancia” vacío de contenido pues no se atendió a las causas que dieron origen al surgimiento de dicho precepto en la legislación norteamericana.

“**Artículo 4.** 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, 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.”

El artículo 4 de la citada Ley es una manifestación de buenos deseos, en la que se establece el objetivo de procurarles los cuidados y la asistencia para lograr un crecimiento y un desarrollo plenos dentro de un ambiente de bienestar y social.

**“Artículo 11.** Son obligaciones de madres, padres y de todas las personas que tengan a su cuidado niñas, niños y adolescentes:

A. Proporcionarles una vida digna, garantizarles la satisfacción de alimentación, así como el pleno y armónico desarrollo de su personalidad en el seno de la familia, la escuela, la sociedad y las instituciones, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo.

Para los efectos de este precepto, la alimentación comprende esencialmente la satisfacción de las necesidades de comida, habitación, educación, vestido, asistencia en caso de enfermedad y recreación.

B. Protegerlos contra toda forma de maltrato, prejuicio, daño, agresión, abuso, trata y explotación. Lo anterior implica que la facultad que tienen quienes ejercen la patria potestad o la custodia de niñas, niños y adolescentes no podrán al ejercerla atentar contra su integridad física o mental ni actuar en menoscabo de su desarrollo.

Las normas dispondrán lo necesario para garantizar el cumplimiento de los deberes antes señalados. En todo caso, se preverán los procedimientos y la asistencia jurídica necesaria para asegurar que ascendientes, padres, tutores y responsables de niñas, niños y adolescentes cumplan con su deber de dar alimentos. Se establecerá en las leyes respectivas la responsabilidad penal para quienes incurran en abandono injustificado.

Las autoridades federales, del Distrito Federal, estatales y municipales en el ámbito de sus respectivas atribuciones, impulsarán la prestación de servicios de guardería, así como auxilio y apoyo a los ascendientes o tutores responsables que trabajen.”

El problema de enunciar tan loables propósitos es que no se incluyen los métodos o procedimientos, así como sanciones en caso de incumplimiento de los objetivos planteados por la ley y se recurre a señalar que las normas dispondrán de lo necesario para garantizar el cumplimiento de los deberes antes señalados.



### 2.3. Código Civil Federal

“**Artículo 272.-** Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio; comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

El Juez del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

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

Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al Juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles.”

Aunque el Código Civil Federal sólo tiene aplicación supletoria, es un punto de inicio al ser una clase de Ley modelo para las entidades federativas o punto de partida para recorrer el camino de un Código Civil único en todo el país.

El divorcio administrativo prescrito en el artículo en comento, no surtirá efectos si se comprueba que los cónyuges procrearon hijos dentro de su matrimonio y omitan mencionarlos en su demanda para facilitar el mismo trámite.

“**Artículo 273.-** Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del Artículo anterior, están obligados a presentar al Juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

- I. Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;
- II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

III. La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;

IV. En los términos del Artículo 288, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo;

V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad”

Como se comentó en el artículo anterior, en caso de haber procreado hijos los demandantes deberán incluir en su escrito los requisitos señalados por este artículo. Tres de las cinco fracciones están relacionadas con el estatus de los hijos durante el proceso del divorcio, para tener una idea de la importancia del tema para el Legislador y que no debería tratarse con ligereza con se ha hecho en la legislación del Distrito Federal.

**“Artículo 275.-** Mientras que se decrete el divorcio, el juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional, y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes hay obligación de dar alimentos.”

La primer parte del artículo en comento parece innecesaria debido a que el Juez no tiene que autorizar la separación para que esta se de en los hechos. En la mayoría de los casos la separación se ha dado antes de iniciar el trámite y sin la necesidad de haber solicitado la licencia del Juez para decretarla. Parece una indebida intromisión del Estado en la vida privada de los particulares.

**“Artículo 282.-** Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes, conforme a las disposiciones siguientes:

I. (Se deroga).

II. Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles;

III. Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos;

IV. Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal, en su caso;

V. Dictar en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede encinta;

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

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

VII.- La prohibición de ir a un domicilio o lugar determinado para alguno de los cónyuges, así como las medidas necesarias para evitar actos de violencia familiar.”

La legislación federal establece que salvo grave peligro para los menores de siete años, permanecerán con la madre. Esto es acorde con lo prescrito en la legislación del Estado de Morelos, pero discorda con los doce años que establece la legislación en el Distrito Federal. En ambos casos va en contra del concepto del interés superior del menor.

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

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

En el mismo ordenamiento se prescribe que el menor comparezca ante el juez, como es el caso del artículo en comento y en contrario se pronuncia el artículo 424 del Código Civil Federal.

**“Artículo 284.-** Antes de que se prevea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, el juez podrá acordar, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores.

El juez podrá modificar esta decisión atento a lo dispuesto en los artículos 422, 423 y 444, fracción III.”

En este artículo se incluye a los parientes cercanos; abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida para mejor proveer a la situación del menor.

**“Artículo 285.-** El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.”

Las obligaciones mencionadas por el artículo se refieren a los alimentos.

**“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.”

Es deseable que prevalezca el respeto en la relación entre ascendientes y descendientes.

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

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

De aplicación supletoria a lo que ya establece el Código Civil para el Distrito Federal, ya que no podría aplicarse la legislación de un Estado a otro.

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

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

**“Artículo 416.-** En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

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

Es preciso lo que indica este artículo; “con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos.” No le da preferencia a ninguno de ellos.

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

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

Los que ejercen la patria potestad tienen el derecho de convivencia que sólo podrá limitarse, suspenderse o perderse por mandato judicial.

**“Artículo 418.-** Las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los tutores, se aplicarán al pariente que por cualquier circunstancia tenga la

custodia de un menor. Quien conserva la patria potestad tendrá la obligación de contribuir con el pariente que custodia al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y vigilancia.

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

En la práctica no es posible terminar la custodia por decisión de quienes ejercen la patria potestad, pues comúnmente los menores terminan en esta situación como sanción a quienes ejercían la patria potestad y en consideración de que se encontrarán mejor con un pariente que en un albergue.

**“Artículo 419.-** La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que los adopten.”

Restringe la facultad del Estado para intervenir aún en las familias integradas con hijos adoptivos.

**“Artículo 420.-** Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores. Si sólo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho.”

**“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.”

El menor no puede de mutuo propio abandonar el hogar de quién ejerza la patria potestad, más no la custodia. Como se mencionó, la legislación civil federal sólo se aplica de manera supletoria. Previendo situaciones incluso contrarias a lo establecido en el ámbito estatal.

**“Artículo 422.-** A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela o de cualquier autoridad administrativa que dichas personas no cumplen con la obligación referida, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.”

La obligación de proporcionarle educación se comprende dentro de los alimentos por lo que en caso extremo podría configurarse el delito de abandono. Difícil de llegar a esta hipótesis, pues por un lado la educación obligatoria es pública y gratuita, por el otro lado tendría que perderse la patria potestad para poder otorgársele aún en contra de la voluntad del progenitor.

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

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

La facultad de corregir, según este artículo, no permite el maltrato físico, pero para el caso de la legislación del Distrito Federal tampoco el emocional. Bajo esta segunda hipótesis, si un progenitor regaña o llama la atención al menor, por ser un elemento subjetivo la violencia psicoemocional, como la describe el legislador, fácilmente se configura la violencia familiar y se le puede restringir al progenitor los derechos de convivencia en caso de una controversia del orden familiar.

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

En contra de este artículo va la fracción VI del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal y el párrafo segundo del artículo 941 Bis del Código de Procedimientos para el Distrito Federal, así como diversas tesis de jurisprudencia, en el sentido de que los menores no son parte del juicio y carecen de personalidad para comparecer.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, por disenso se entiende: “Conformidad de las partes en disolver o dejar sin efecto el contrato u obligación entre ellas existente.”<sup>71</sup>

Este es uno de los obstáculos que impiden la unificación de la legislación en la materia, pues en el ámbito nacional se prescribe una cosa y en el ámbito local lo contrario.

---

<sup>71</sup> Real Academia Española, “Diccionario de la Lengua Española” [en línea], <http://www.rae.es> [Consulta: 11 de agosto de 2008]

## 2.4. Código Civil para el Distrito Federal<sup>72</sup>

“**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. La separación de los cónyuges. El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia.

La separación conyugal decretada por el juez interrumpe los términos a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 267 de este Código;

II. Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos deben dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;

III. Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;

IV. Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede embarazada;

V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo 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. En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la demanda, tomará las siguientes medidas, con el fin de salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar:

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

---

<sup>72</sup> Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Código Civil para el Distrito Federal, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Código Penal para el Distrito Federal, “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 asimismo los Artículos 114, 205, 941 Bis, 941 Ter y se derogan los Artículos 73 Bis, 941 quater, 941 quintus, 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 en todos sus términos”, 28 de diciembre de 2006.



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

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

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

IX. Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise; y

X. Las demás que considere necesarias.

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.”<sup>73</sup>

El artículo 282 prescribe que para los menores de 12 años la madre conservará la custodia. Anterior a la reforma del 28 de diciembre de 2006 el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal establecía la preferencia maternal en la custodia hasta los siete años de edad del menor al prescribir: “ *Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.* ”

**Artículos 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.

---

<sup>73</sup> Este artículo fue reformado y se extrajo del texto del decreto. Ibidem.

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.

La fracción I del artículo 283 reconoce el derecho de los hijos a convivir con ambos padres, salvo las excepciones que destaca en las fracciones II, III y IV para el caso de la violencia familiar.

La reforma del 28 de diciembre de 2006 no conserva el concepto de custodia compartida.<sup>74</sup> La fracción V del artículo 282 dice que se podrá dar mediante convenio, es decir, que si la madre no la quiere otorgar, el juez no está facultado para hacerlo aunque sea en perjuicio de los menores. Se había hecho un avance al atribuirle al juez la potestad de decretarla, lo ideal hubiera sido que fuera prescrita por ley cuando no se afecte el desarrollo del menor. Sin embargo, la situación actual en el Distrito Federal ni siquiera le otorga esta facultad al juez.

**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.

La custodia compartida se podrá acordar mediante convenio en los términos de la fracción V del artículo 282. Se establece que se deberá garantizar las obligaciones de crianza contempladas en el artículo 414 Bis del Código Civil para el Distrito Federal.

---

<sup>74</sup> Ibidem

Ninguna de las obligaciones contempladas en el artículo 414 Bis se puede garantizar con la afectación de cosa determinada o compromiso de pago por un tercero en caso de incumplimiento.

**“Artículo 287.-** En la sentencia que decrete el divorcio y tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de 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.”

El artículo 287 anterior a la reforma limitaba los alimentos hasta los 18 años y la reforma determina que por alimentos, es decir, hasta que los hijos tengan una profesión u oficio.<sup>75</sup>

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

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

En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad a aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo”.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup>Este artículo fue reformado el 28 de diciembre de 2006. Ibidem.

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

(...)

*Exposición de motivos: Artículo 287, relativo a la sentencia de divorcio, se indica con claridad que la obligación de los padres hacia sus hijos e hijas, comprende la satisfacción de habitación, atención médica, hospitalaria y gastos de educación para proporcionarles oficio o profesión, expresado en el pago de alimentos como estipula el artículo 308 del propio Código Civil.*

<sup>76</sup> Este artículo fue reformado el 28 de diciembre de 2006. V. supra

*Texto Original: Artículo 293.- El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.*

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

Es necesariamente el parentesco la relación determinante de la obligación de los padres, incluso de los adoptivos, de atender los alimentos de los hijos durante y después de la separación o divorcio.

**“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.”

En la reforma del 28 de diciembre de 2006 el legislador eliminó de un plumazo la alienación parental.<sup>77</sup> Ya no existe en la legislación del Distrito Federal. Aunque la venganza sea un sentimiento humano y los excónyuges manipulen a los hijos para odiar al otro cónyuge es algo que el legislador en el Distrito Federal no puede aceptar. No importaron los cientos de artículos científicos que la describen, ni los tratamientos existentes, ni la evidencia que la prueba.

Cabe señalar que el legislador utilizó erróneamente el término alienación parental y escribió “alineación parental”. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, alinear significa: “colocar tres o más personas o cosas en línea, incluir a un jugador en las líneas de un equipo deportivo para un determinado partido recta o vincular a una tendencia ideológica, política, etc.”<sup>78</sup> Por otra parte; el verbo alienar proviene del latín

---

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

*Exposición de motivos: artículo 293, estableciendo que también se da el parentesco por consanguinidad, entre el hijo e hija producto de la reproducción asistida y el hombre y la mujer o sólo ésta que hayan procurado su nacimiento, y se equipara al parentesco por consanguinidad la relación que nace de la adopción, con lo que se da plena vigencia a los derechos que surgen con la figura de la adopción.*

77

*Texto Original: 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 deber evitar cualquier acto de manipulación, alineación parental encaminado a producir en la niña o el niño, rencor o rechazo hacia el otro progenitor.*

*Exposición de motivos: artículo 411, relativo a la patria potestad, establece que en las relaciones entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto, con independencia de que vivan o no en el mismo domicilio*

78 Diccionario de la Real Academia Española [en línea]. <http://www.rae.es> [Consulta: 10 de enero de 2007 ]

*alienare* y significa, en su primera acepción enajenar y en una segunda acepción; producir alienación, un proceso de transformación de la conciencia.

El legislador en Morelos transcribió el error de la legislación del Distrito Federal y puso “alineación parental” en lugar de “alienación parental”. En la propuesta de reforma a la legislación del Estado de Morelos se propone la corrección de dicho error.

**“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 considera incumplimiento de éstas obligaciones el que cualquiera de los progenitores tenga jornadas laborales extensas.”

El legislador del Distrito Federal ya describe cuales son las obligaciones de la crianza y de igual forma es válido el cuestionamiento; cómo se garantizan de acuerdo al artículo 283 Bis. Por su naturaleza, son obligaciones de hacer y no de dar, como los alimentos.<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> Ibidem

*Exposición de motivos: artículo 414 Bis, estableciendo en la legislación civil las obligaciones de crianza que deberán observar las personas que ejercen la patria potestad la guarda y custodia provisional o definitiva de los menores, como son: Procurar la seguridad física, psicológica y sexual; fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico, así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares; realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas*

**“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.”

Dentro de la reforma del 28 de diciembre de 2006 el legislador del Distrito Federal atiende al mínimo necesario para seguir llamando Patria Potestad compartida a la convivencia con el menor. Es el único derecho que le reconoce al otro progenitor y le atribuye una serie de obligaciones que además de las alimentarias ha denominado obligaciones de la crianza, sin otorgar las facultades o potestades necesarias al otro progenitor para cumplir con estas obligaciones.<sup>80</sup>

**“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

---

<sup>80</sup> *por parte del menor, y determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor*

Ibidem.

*Texto Original: Artículo 416.- En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.*

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

(...)

*Exposición de motivos: artículo 416, se precisan los deberes de quienes ejerzan la patria potestad hacia los hijos e hijas, en caso de separación, en donde se podrán convenir los términos de su ejercicio, lo relativo a la guarda y custodia de los menores, que podrá ser compartida si existe acuerdo entre los padres, observando el cumplimiento del principio fundamental del interés superior del menor*

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 suspendido considerando el incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza, y que se ponga en peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos.”

Es una reafirmación de lo comentado para el artículo anterior. Para quienes detentan la patria potestad únicamente el legislador le reconoce el derecho de convivencia. A *contrario sensu*, podrá impedirse la convivencia con el menor por causa justa. El juez recupera la potestad de determinar la convivencia en caso de oposición y previa audiencia del menor. Precisamente lo que el legislador en su exposición considera inapropiado, la audiencia del menor, lo prescribe en el artículo 416 Bis.<sup>81</sup>

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

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

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

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

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

V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.”<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> Ibidem

*Exposición de motivos: artículo 416 Bis, en el que se determina que no podrán impedirse sin causa justificada las relaciones entre los menores y sus ascendientes, como son: sus padres y abuelos. Sólo por mandato judicial podrá limitarse o suspenderse el derecho de convivencias, tomando en cuenta además el incumplimiento repetido de las obligaciones de crianza, y que se ponga en peligro la salud e integridad física, emocional y sexual de los menores*

<sup>82</sup> Este artículo fue creado en reforma del 28 de diciembre de 2006. Idem

“Exposición de motivos: artículo 416 Ter, indicando que el interés superior del menor es prioritario para otorgar los derechos de niñas y niños respecto de los derechos de otra persona, garantizando entre otros: acceso a la salud física y mental a la alimentación y educación y el desarrollo de la estructura de

La ley ni la doctrina definen el término “psicoemocional”. Además se usa el término en el Código Penal para el Distrito Federal. No se encuentra esta palabra en el Diccionario de la Real Academia Española. Los diccionarios de psicología que se consultaron tampoco la contemplan. El legislador probablemente habla de la protección psicológica y emocional que por alguna razón sintetizó en el término “psicoemocional”.

**“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.”

El reformado artículo 417 es contrario a la Convención sobre los Derechos del Niño y debe ser derogado. Del mismo modo se pronunció la Corte y emitió la siguiente jurisprudencia:

**RÉGIMEN DE CONVIVENCIA FAMILIAR Y VISITA A LOS HIJOS. NO DEBE CONDICIONARSE AL CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES.**

*“...Consiguientemente, cuando se resuelva decretar un régimen de visitas entre un menor y alguno de sus progenitores no procede condicionarse la convivencia paterno-filial al previo consentimiento de dicho menor, pues dada su incapacidad para decidir lo que más le convenga, no puede quedar a su voluntad la verificación de la convivencia ya resuelta, amén de que lejos de beneficiarle ello le perjudica, puesto que el mencionado infante podría verse influenciado por factores externos a su real manera de pensar y sentir, es decir, se propiciaría que mediante la influencia de alguno de los progenitores se evitara la convivencia determinada, sin que derivase ello de la decisión personal de dicho menor.”<sup>83</sup>*

Esta Tesis Aislada es anterior a la reforma de diciembre de 2006 y el legislador del Distrito Federal debió atender lo dispuesto en esta tesis. Por la jerarquía de nuestras leyes establecida en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; los Tratados serán Ley Suprema para toda la Unión y deberá pedirse el amparo y protección

---

personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y de excesos disciplinarios.”

<sup>83</sup> Semanario Judicial de la Federación, 9a época, t.XXI, febrero de 2005. p.1765



de la justicia federal en caso de que se pretenda aplicar el artículo 417 del Código Civil para el Distrito Federal.

**“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.”

De acuerdo con los testimonios de los expertos vertidos en este estudio, los menores no deben ser asistidos por un profesional en psicología, sino el profesional en psicología es quien debería presentar su dictamen pericial sobre el estado del o los menores y recomendar las medidas necesarias para salvaguardar su salud mental y emocional. Si el legislador ha incluido que este testimonio se presente de forma oral por economía procesal, suena a toda luz acertada que se haga de forma privada sin la presencia de los progenitores a fin de evitar la indebida presión psicológica o chantaje emocional de cualquiera de ellos.

**“Artículo 444.-** La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:

I.- Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de este derecho;

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

III.- En los casos de violencia familiar en contra el menor;

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

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

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

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

Sobre la fracción IV del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal no se entendía si la pérdida de la patria potestad se perdía por dejar de suministrar alimentos en forma parcial o total, a lo que la corte respondió con la siguiente jurisprudencia:

**PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA. EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA, EL MISMO DEBE SER TOTAL (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN IV, DEL ARTÍCULO 444 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN VIGOR A PARTIR DE JUNIO DE DOS MIL CUATRO).**

*“...es de concluir que la intención del legislador para que proceda la pérdida de la patria potestad por incumplimiento de la obligación alimentaria por más de noventa días, sin causa justificada, es que sea total, esto es, que exista abstención por parte de los padres de suministrar alimentos, pues ello revela objetivamente su desinterés y cuidado respecto de los acreedores alimentarios; lo cual no se aprecia en el caso en que cumplen de manera parcial. De lo contrario, se estaría facultando a los Jueces para que no importando el monto del numerario faltante para ese fin, sin exigir mayor requisito y reflexión alguna, decretaran la pérdida de la patria potestad, cuando si ese hubiese sido el propósito de la reforma, se hubieran establecido los parámetros a tomar en cuenta por el juzgador para normar su criterio.”<sup>84</sup>*

## 2.5. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

**“Artículo 114.-** Será notificado personalmente en el domicilio señalado por los litigantes:

- I. El emplazamiento del demandado, y siempre que se trate de la primera notificación en el procedimiento, de diligencias preparatorias o de jurisdicción voluntaria en que se deba hacer saber de las mismas a la otra parte;
- II. El autor que ordena la absoluciónde posesiones o reconocimiento de documentos;
- III. La primera resolución que se dicte cuando se dejare de actuar por más de seis meses por cualquier motivo;
- IV. Cuando se estime que se trata de un caso urgente y así se ordene;
- V. El requerimiento de un acto a la parte que deba cumplirlo;
- VI. La sentencia dictada por el juez o la Sala del Tribunal que condene al arrendatario de casa habitación a desocuparla, así como el auto de su ejecución.
- 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

---

<sup>84</sup> Semanario Judicial de la Federación, 9a época, t.XXII, noviembre de 2005. p.895

VIII. En los demás casos que la Ley dispone.

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.”<sup>85</sup>

Las fracciones I, II y IV mencionan los supuestos que bajo el procedimiento familiar será notificado personalmente el demandado.

“**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.”

En la reforma hecha al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal no queda claro cuando interviene el mediador. Se sobreentiende que a solicitud del juez.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> Este artículo fue reformado el 28 de diciembre de 2006 y su texto copiado del decreto. Idem.

<sup>86</sup> Ibidem

*Texto Original: 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 mediadores, 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*

La heterocomposición por intervención del mediador, en este caso del Centro de Justicia Alternativa, ha demostrado ser la más conveniente para solucionar las controversias por el horario y los días de convivencia específicamente en Francia.

**“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, este tiene la obligación de informar al Juez y a quien no ejerce la custodia los

---

*domicilio en el que residan habitualmente.*

*(...)*

*Exposición de motivos: Artículo 205, se indica que el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, no deberá intervenir en los casos de violencia familiar, haciendo del conocimiento del Ministerio Público actos en los cuales las víctimas sean menores de edad. Así mismo, los mediadores del Centro en los convenios respectivos deberán de garantizar el bienestar, la seguridad física y mental de los hijos e hijas menores de edad, así como su derecho de convivir con el progenitor que no vive con ellos. Pudiendo solicitar las partes, el cumplimiento del convenio ante el Juez de lo Familiar en la vía de apremio*

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.”

El Juez decidirá si incluye o no la valoración psicológica del menor, pero debería ser obligatoria y no opcional.

Con respecto al cambio del domicilio del ascendiente que conserva la guarda y custodia, la única obligación que tiene el progenitor custodio es el de avisar al Juez el cambio de su domicilio y teléfono para que el otro custodio pierda *de facto* y *de jure* los derechos de convivencia y no se estipula ninguna garantía en favor del derecho de visita, como se contempla en la legislación internacional aplicable por analogía al caso de la sustracción de menores entre entidades federativas que imposibilitan el ejercicio material del derecho de convivencia.

Por la reforma al artículo 941 Bis se derogó el artículo 941 sextus, permitiendo la legalización de la sustracción de menores entre entidades federativas.<sup>87</sup> No se adivina la

---

<sup>87</sup> Ibidem

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

*En la audiencia las partes 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 consanguinidad en línea colateral hasta el cuarto grado que no lo tengan bajo su custodia.*

(...)

*Reforma: Exposición de motivos: artículo 941 Bis.- para hacerlo acorde con el contenido del Código Civil, precisando que en caso de existir desacuerdo sobre la guarda y custodia y las convivencias de las niñas y niños con sus padres, se realizará la audiencia para resolver sobre la custodia y las convivencias de manera provisional, en donde los menores deberán ser acompañados por el Asistente de Menores*

intención del legislador de sancionar una conducta que en el ámbito internacional es penada y no se respeta el derecho de visita. Basta con que la madre que detenta la guarda y custodia deje su número telefónico y dirección ante el Juez para romper todo vínculo entre el padre y su hijo o hija. Si la convivencia con ambos progenitores se considera que es en el interés superior del menor, luego no se entiende que se facilite la sustracción de menores entre entidades federativas.

**“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 otorgaran por el Juez de lo Familiar cuando exista peligro para la integridad física, sexual y psicológica de los hijos menores de edad.”

El artículo 941-Ter del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal restringe la convivencia hasta por la realización de labores escolares, entendiéndose tareas, en las cuales además le impone la obligación de “auxiliarlo en dichas actividades”. No se puede auxiliar a un menor si no se da la convivencia en razón de la limitación establecida por el legislador. Es un sistema que atenta contra los derechos de convivencia e impone obligaciones imposibles de cumplir.

## 2.6. Código Penal para el Distrito Federal

### CAPÍTULO VI

#### RETENCIÓN Y SUSTRACCIÓN DE MENORES O INCAPACES

“**Artículo 173.-** Se impondrá de uno a cinco años de prisión y de cien a quinientos días de multa, al ascendiente, descendiente, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado, que retenga o sustraiga a un menor o incapaz y que sobre éste no ejerza la patria potestad, la tutela o mediante resolución judicial no ejerza la guarda y custodia.

Cuando el sujeto devuelva espontáneamente al menor o al incapaz, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del delito, se le impondrá una tercera parte de las sanciones antes señaladas.”

En el ámbito penal es un retroceso que el legislador haya despenalizado la conducta contenida en la fracción tercera del artículo 173 del Código Penal para el Distrito Federal de no permitir las convivencias sin facultar al juez para utilizar medidas de apremio más fuertes en términos de la sanción para lograr el cumplimiento de sus resoluciones.<sup>88</sup> Es decir, no es lo más eficaz que estas transgresiones sean consideradas tipos penales, especialmente con el pésimo sistema de impartición de justicia que facilita la entrada a los Centros de Readaptación Social, pero imposibilita su salida. Lo mejor sería facultar al Juez para ejercer el arresto hasta por treinta y seis horas en caso de incumplimiento. Sin embargo, se eliminan las conductas descritas en los tipos penales y no se provee a la legislación civil de conductas equivalentes que faciliten al juzgador identificar las conductas en perjuicio del interés superior del menor.

---

<sup>88</sup> El artículo 73 Bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal fue reformado el 28 de diciembre de 2006.

*Texto Original: 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*

*Exposición de motivos: artículo 73 Bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ya que su contenido esta implícito en el artículo 73 del mismo ordenamiento, por lo cual es innecesario este precepto.*

Especialmente que se argumente por el “hecho de que el propio menor no quiera convivir con el otro progenitor”, argumento propio de la alienación parental. En todo caso, para mantener la coherencia del sistema legal, tendría que explicar el contenido del párrafo segundo del artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal y qué entiende por alineación parental cuando mencionaba:

*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 deber evitar cualquier acto de manipulación, alineación parental encaminado a producir en la niña o el niño, rencor o rechazo hacia el otro progenitor.*<sup>89</sup>

**“Artículo 284.-** Cuando la ley autorice el empleo de medidas de apremio para hacer efectivos los mandatos de la autoridad, la consumación de los delitos de desobediencia y resistencia de particulares se producirá en el momento en que se agote el empleo de tales medidas de apremio.”

Como se analizó anteriormente, lo óptimo en estos casos es la utilización de medidas de apremio para obligar al transgresor a cumplir con lo establecido o pactado, sin embargo, toda vez agotadas estas medidas, será necesario recurrir al orden penal para restablecer el estado de las cosas.

---

<sup>89</sup> Op.cit., Nota 72



## 2.7. Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos

**“Artículo 218.-** CUIDADO Y RESPETO A LOS ASCENDIENTES. Los descendientes, cualquiera que sea su estado, edad y condición, deben proporcionar cuidado, honrar y respetar a sus ascendientes.”

La obligación alimentaria se extiende a los hijos hacia los padres. Así como la obligación de respetar a sus padres que encuentra su correlativo en el artículo 411 del Código Civil Federal.

**“Artículo 219.-** SUJECIÓN DE LOS MENORES NO EMANCIPADOS A LA PATRIA POTESTAD. Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deba ejercerla conforme a la ley.”

Como este artículo tiene su correlativo en la legislación federal, que ya se comentó, sólo se menciona el artículo con el que tiene relación, este caso el artículo 412 del Código Civil Federal.

**“Artículo 220.-** SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS DE LA PATRIA POTESTAD. La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los sujetos a ella.

La patria potestad se ejerce por el padre y la madre del menor no emancipado o del mayor incapacitado, y a falta o por imposibilidad de ambos por los abuelos paternos o maternos, debiendo tomar en cuenta el juzgador las circunstancias que más le favorezcan al menor, así como su opinión.

Su ejercicio tiene como contenido la protección integral del incapaz en sus aspectos físico, moral y social, e implica el deber de su guarda y educación.”

Este artículo encuentra su correlativo en el artículo 413 del Código Civil Federal. De igual forma y en contra sentido con otras disposiciones este artículo dispone que se tome en cuenta la opinión del menor para decidir la patria potestad del mismo menor.

**“Artículo 221.-** CONTROVERSIA ENTRE LOS OBLIGADOS. En el caso de controversia entre los obligados, se deberán poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los que ejercen la patria potestad, debiendo ser uno de estos y pudiéndose compartir la custodia. En defecto de ese acuerdo; el juez de lo familiar resolverá lo conducente, debiendo tomar siempre en cuenta la opinión del menor.”

Esta es una de las previsiones que se incluyen en el artículo 282 del Código Civil Federal. De nueva cuenta se considera escuchar la opinión del menor.

**“Artículo 222.- CUIDADO DE LOS MENORES DE SIETE AÑOS.** 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”

**“Artículo 223.- CONTENIDO DE LA SENTENCIA DEFINITIVA.** La sentencia que se pronuncie en definitiva, fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez de lo familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o recuperación, según sea el caso.

Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los hijos e hijas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en caso de que algún ascendiente tuviese la custodia, el otro que no la posee, a partir de que los menores cumplan 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 de haya perdido, siempre y cuando acredite que se ha cumplido con dicha obligación.

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

**“Artículo 224.- PROCURACIÓN DEL RESPETO HACIA LOS PROGENITORES.** 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 y alineación parental encaminada a producir en la niña o del niño, rencor o rechazo hacia el otro progenitor, sopena de suspenderse en su ejercicio.”

Tiene su correlativo en el artículo 411 del Código Civil Federal.

**“Artículo 225.- CAMBIO DE CUSTODIA.** El juez de lo familiar 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 parentesco civil o consanguíneo en línea recta ascendente.”

El contenido de este artículo se encontraba en el artículo 941 Quáter del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y tal vez lo conducente sería incluirlo en el código adjetivo correspondiente en este caso, el Código de Procedimientos Familiares para el Estado Libre y Soberano de Morelos.

**“Artículo 226.- EJERCICIO CONJUNTO O SEPARADO DE LA PATRIA POTESTAD.** Cuando los dos progenitores han reconocido y admitido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad. Si viven separados, se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 210 y 211 de este Código.

Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entra a ejercerla el otro y, en ausencia de ambos, los abuelos paternos o maternos, debiendo tomar en cuenta el juzgador las circunstancias que más le favorezcan al menor, así como su opinión.”

Sería un avance mayor lograr la custodia compartida, como lo legisla Francia, y a partir de una edad de siete años, cuando ya no tiene ninguna repercusión en la salud mental o formación de la personalidad del menor.

**“Artículo 227.- PATRIA POTESTAD SOBRE EL HIJO NACIDO FUERA DE MATRIMONIO.** Cuando los padres del hijo nacido fuera del matrimonio que vivían juntos se separen, continuarán ejerciendo la custodia. En caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, lo hará el progenitor que designe el Juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.”

**“Artículo 228.- PROHIBICIÓN DEL SUJETO A PATRIA POTESTAD PARA ABANDONAR EL DOMICILIO FAMILIAR.** Mientras se mantenga la patria potestad, el sujeto a ella no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o de la autoridad judicial competente.”

**“Artículo 229.- INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO Y DE OTRAS AUTORIDADES PARA EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LA PATRIA POTESTAD.** Cuando llegue al conocimiento del Ministerio Público o de los Consejos Locales de Tutela, siempre con vista al primero, que las personas en ejercicio de la patria potestad no cumplen con las obligaciones consignadas en este Capítulo, lo informarán al Juzgado de lo Familiar para que se provea a la designación de un tutor especial.”

**“Artículo 230.- FACULTAD DE CORRECCIÓN MESURADA Y OBLIGACIÓN DE BUENA CONDUCTA EJEMPLAR.** Los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia tienen la facultad de corregirlos mesuradamente y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

Las autoridades competentes, en caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente.

La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atente contra su integridad física o psíquica en los términos de lo dispuesto en el artículo 24 de este Código, por lo tanto los llamados de atención y exhortos que

hagan los padres o tutores para el buen comportamiento y adecuada convivencia de todos los integrantes del núcleo familiar, de ninguna manera justifican el ejercicio reiterado de la violencia física o moral contra los menores.”

**“Artículo 231.- INCAPACIDAD DEL SUJETO A PATRIA POTESTAD PARA OBLIGARSE Y COMPARECER EN JUICIO.** El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de disenso, resolverá el Juez.”

**“Artículo 232.- REPRESENTACION Y ADMINISTRACIÓN DE LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.** Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen.”

**“Artículo 233.- ADMINISTRACIÓN CONJUNTA.** Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre; o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración, la omisión del administrador en lo que dispone este artículo, acarrea la nulidad relativa de los negocios que haya celebrado cuando sean perjudiciales para los sujetos a la patria potestad, así como cuando el administrador obtenga algún beneficio personal.”

**“Artículo 234.- AUTORIZACIÓN JUDICIAL DEL QUE EJERCE LA PATRIA POTESTAD.** La persona que ejerza la patria potestad representará también a los sujetos a ella 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.”

**“Artículo 235.- CLASES DE BIENES DEL SUJETO A PATRIA POTESTAD.** Los bienes del sujeto a patria potestad, mientras se encuentre bajo ésta, se clasifican en:

I.- Bienes que adquiera por su trabajo; y

II.- Bienes que adquiera por cualquier otro título.

Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo a quien esté sujeto a la patria potestad.

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

**“Artículo 236.- RENUNCIA A LOS DERECHOS OTORGADOS LEGALMENTE A LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.** Quienes ejercen la patria potestad pueden renunciar expresamente a los derechos que les concede el artículo anterior.

La renuncia del usufructo hecha en favor del sujeto a patria potestad se considera como donación.”

**“Artículo 237.- RÉDITOS Y RENTAS VENCIDAS A FAVOR DEL SUJETO A PATRIA POTESTAD.** Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al sujeto a patria potestad, pertenecen a éste, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que ejerza la patria potestad.”

**“Artículo 238.- OBLIGACIONES ALIMENTARIAS Y DEL USUFRUCTUARIO A CARGO DE LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.** El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones alimentarias que expresa el Capítulo III del Título Único del Libro Segundo y además, las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar caución, fuera de los casos siguientes:

I.- Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra, o estén concursados;

II.- Cuando contraigan ulteriores nupcias; y

III.- Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los sujetos a patria potestad.”

**“Artículo 239.- EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO DE LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.** El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, se extingue:

I.- Por la emancipación o la mayor edad de los sujetos a patria potestad o por la terminación de la incapacidad cuando sean mayores;

II.- Por la pérdida de la patria potestad; y

III.- Por renuncia.”

**“Artículo 240.- ADMINISTRACIÓN POR EL SUJETO A PATRIA POTESTAD SOLTERO.** Cuando el sujeto a patria potestad no esté casado y tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de dicha administración como emancipado con la restricción que establece la Ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces.”

**“Artículo 241.- PROHIBICIÓN DE DISPONIBILIDAD DE BIENES A LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.** Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al sujeto a patria potestad sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización del Juez competente.

Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganados por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los sujetos a patria potestad o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar caución en representación de los sujetos a patria potestad.”

“**Artículo 242.-** AUTORIZACIÓN JUDICIAL POR ENAJENAR BIENES A LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD. Siempre que el Juez conceda licencia a los que ejerzan la patria potestad, para enajenar un bien inmueble, mueble precioso o título valor perteneciente al incapaz mandará a valuar dichos bienes, determinará si dispensa la subasta pública conforme a las circunstancias del caso y hará que con el producto de la venta se realicen inmediatamente inversiones seguras para el incapaz, las que deberá comprobar satisfactoriamente.”

“**Artículo 243.-** RENDICIÓN DE CUENTAS SOBRE LA ADMINISTRACIÓN. Las personas que ejercen la patria potestad tienen obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los sujetos a patria potestad.”

“**Artículo 244.-** OPOSICIÓN DE INTERESES ENTRE LOS SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD. En todos los casos en que las personas que ejerzan la patria potestad tengan un interés opuesto al de los sujetos a patria potestad, serán éstos representados, en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el Juez para cada caso.

Los Jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejerzan la patria potestad, los bienes del sujeto a la patria potestad se derrochen o se disminuyan.

Estas medidas se tomarán a instancia de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, del tutor nombrado al mayor incapaz o del Ministerio Público en todo caso.”

“**Artículo 245.-** DEVOLUCIÓN DE BIENES Y FRUTOS AL TERMINAR LA PATRIA POTESTAD. Las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a los sujetos a ella, luego que estos se emancipen o lleguen a la mayor edad, o cese la incapacidad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.”

“**Artículo 246.-** TERMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. La patria potestad se acaba:

- I.- Con la muerte del que la ejerce si no hay otra persona en quien recaiga;
- II.- Con la emancipación;
- III.- Por la mayor edad del sujeto a patria potestad; y
- IV.- Por cese de la incapacidad del mayor sujeto a ella.”

“**Artículo 247.-** PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD. La patria potestad se pierde por cualquiera de las siguientes causas:

I.- Cuando el que la ejerza es condenado judicialmente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;

II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 439, del Código Procesal Familiar;

III.- Cuando el que la ejerza no cumpla, cualquiera que sea la causa, los deberes inherentes al cargo, comprometiendo la salud, la seguridad o la moralidad de los sujetos a patria potestad, sin perjuicio de las sanciones penales que procedan; y

IV.- Por la exposición o el abandono del sujeto a patria potestad que dure hasta tres meses, por quien ejerza ésta conforme a la Ley.

En el caso de ulteriores nupcias de quien ejerza la patria potestad, no confiere al cónyuge nuevo el derecho de su ejercicio respecto de las personas que están sujetas a ella.”

**“Artículo 248.- CONTINUIDAD DE LA PATRIA POTESTAD.** La madre o abuela que pase a segundas nupcias no pierde por este hecho la patria potestad. El nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior.”

**“Artículo 249.- SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.** El ejercicio de la patria potestad se suspende:

I.- Por incapacidad declarada judicialmente;

II.- Por la ausencia declarada en forma;

III.- Por la sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión;

IV.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 439, del Código de Procesal Familiar; y

V.- Cuando el que la ejerce incurra en conductas de violencia familiar prevista en el artículo 24 de este Código, en contra de las personas contra las cuales la ejerza.

VI.- 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.

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

**“Artículo 250.- IRRENUNCIABILIDAD DE LA PATRIA POTESTAD.** La patria potestad no es renunciable pero aquellas a quien corresponde ejercerla pueden excusarse, cuando por su avanzada edad o por su mal estado de salud no puedan cumplir con ella.

Sin embargo, el Juez de lo Familiar podrá privar de ella a quienes la ejercen o modificarla cuando existan razones suficientes que determinen condiciones mejores para quienes estén sujetos a ella.”

**“Artículo 251.- PATRIA POTESTAD DEL HIJO MENOR DE UN INCAPACITADO.** Los hijos menores de un incapacitado quedarán bajo la

patria potestad de la persona capaz a quien le corresponda conforme a la Ley, y no habiéndola se le proveerá de tutor.”

## **2.8. Código de Procedimientos Familiares para el Estado Libre y Soberano de Morelos**

“**Artículo 207.-** SOLICITUD DE SEPARACIÓN DE CÓNYUGES Y CONCUBINOS. El que intente demandar por divorcio o nulidad de matrimonio, o denunciar o querrellarse contra su cónyuge ó concubino, puede solicitar su separación al Juzgado correspondiente.”

“**Artículo 208.-** REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE SEPARACIÓN DE PERSONAS. En la petición de separación se señalarán las causas en que se funda, el domicilio del depósito, utilizando preferentemente el domicilio conyugal quien conserve la custodia de los hijos; la existencia de hijos menores y las demás circunstancias del caso. En los casos en que la urgencia lo amerite, el Juez deberá con toda premura decretar y hacer ejecutar la medida de depósito o de separación, decretando los alimentos a que hubiere lugar.”

“**Artículo 209.-** PRÁCTICA DE DILIGENCIAS PARA LA SEPARACIÓN DE PERSONAS. El Juez podrá, si lo estima conveniente, ordenar la práctica de las diligencias que a su juicio sean necesarias antes de dictar resolución. Si la casa que se destine para el depósito es la misma en que está establecido el domicilio conyugal se conminará al cónyuge para que se abstenga de concurrir a ella mientras la medida subsista, sin perjuicio de que se le permita retirar sus objetos personales.”

“**Artículo 210.-** RESOLUCIÓN DE LA PROCEDENCIA DE LA SEPARACIÓN DE PERSONAS. Presentada la solicitud, el Juez sin más trámite, salvo lo dispuesto en el artículo anterior, resolverá sobre su procedencia y si la concediere, dictará las disposiciones pertinentes para que se efectúe materialmente la separación, atendiendo a las circunstancias de cada caso en particular. No obstante, el Juez podrá citar a las partes en cualquier tiempo, ya sea en forma conjunta o separada y variar las disposiciones decretadas bajo su responsabilidad y sin substanciación especial, cuando exista causa justa que lo amerite y lo juzgue oportuno, haciéndolo con marcada acuciosidad; respecto a entrega de ropa u otros objetos, subsistencia de la mujer y de los hijos u otras circunstancias planteadas.”

“**Artículo 211.-** PREVENCIÓN AL CÓNYUGE Ó CONCUBINO DE NO IMPEDIR LA SEPARACIÓN O CAUSAR MOLESTIAS. En la misma resolución ordenará la notificación al otro cónyuge ó concubino, previniéndolo que se abstenga de impedir la separación o causar molestias a su pareja o a sus bienes y si se tratare de la mujer dictará las precauciones si se encontrare encinta, bajo apercibimiento de procederse en su contra en los términos legales que el Juez considere convenientes.”



**“Artículo 212.- SITUACIÓN DE LOS HIJOS MENORES E INCAPACES DURANTE LA SEPARACIÓN.** El Juez determinará la situación de los hijos menores e incapaces atendiendo a las circunstancias del caso, tomando en cuenta las obligaciones señaladas en este Código y las propuestas, si las hubiere, de los cónyuges ó concubinos, que podrán de común acuerdo designar la persona que tendrá a su cargo la custodia de los hijos menores. En ausencia de convenio, y si el juez no encuentra obstáculo que ponga en riesgo la integridad física o moral de los menores, dejará a la madre el cuidado de los hijos que no hayan cumplido siete años.

En todos los casos, en que haya menores de edad, el Juez determinará el régimen de visitas, tomando en consideración preferentemente al Departamento de Orientación Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Estado y a los Centros de Convivencia del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, si ello favorece al régimen.”

**“Artículo 213.- AUSENCIA DE FORMALIDADES EN CASO DE INCONFORMIDAD DE UN CÓNYUGE Ó CONCUBINO.** La inconformidad de alguno de los cónyuges ó concubinos sobre la resolución o disposiciones decretadas, se tramitará en los términos previstos en este Código.”

**“Artículo 214.- PLAZO PARA DEMANDAR.** En la resolución se señalará el plazo de que dispondrá el solicitante para presentar la demanda que será de diez días hábiles contados a partir del día siguiente de efectuada la separación. A juicio del Juez, podrá concederse una sola vez una prórroga por la mitad del plazo.”

**“Artículo 215.- REGRESO DEL CÓNYUGE AL DOMICILIO CONYUGAL.** Si al vencimiento del plazo concedido no se acredita al Juez que se ha presentado la demanda, cesarán los efectos de la separación, quedando obligado el cónyuge a regresar al domicilio conyugal dentro de las veinticuatro horas siguientes. El cónyuge que se separó, tendrá en todo tiempo el derecho de volver al domicilio conyugal.”

**“Artículo 216.- DEPÓSITO DE INCAPACES.** El depósito de menores o incapacitados se decretará:

I. Como medida anterior a la inhabilitación si el incapacitado presenta datos de peligrosidad; y, tratándose de huérfanos o incapacitados en abandono, por muerte o ausencia de la persona a cuyo cargo estuvieren;

II. Como medida previa o, en otros casos, posterior a la demanda sobre pérdida de la patria potestad, si se alegare la posibilidad de malos tratos, ejemplo pernicioso o se les obligue a cometer actos ilícitos; y,

III. Al admitirse la demanda de divorcio o de nulidad de matrimonio.

Para el depósito se seguirán las normas aplicables a cada caso. El juez oír a los interesados y podrá decretar el depósito de los menores o incapacitados en establecimiento público de asistencia o en hogar de reconocida honorabilidad.”

**“Artículo 454.- PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.** Cuando la pérdida de la patria potestad no se derive de sentencia dictada en juicio penal o civil que condene expresamente a la pérdida de ese derecho, sólo podrá decretarse mediante sentencia declarativa que se dicte en juicio contradictorio. El juicio contradictorio se tramitará en vía de controversia familiar, con intervención del Ministerio Público, en el que tendrán aplicación, en lo conducente, las reglas establecidas para los juicios de paternidad y filiación. La sentencia que se dicte es apelable en el efecto suspensivo.

En cualquier estado del juicio, el Juez podrá ordenar que la custodia del hijo quede al cuidado de uno de los padres o de tercera persona de reconocida honorabilidad y podrá además de oficio o a petición de parte acordar las medidas cautelares que juzgue adecuadas.”

**“Artículo 455.- SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.** Los asuntos que versen sobre suspensión de la patria potestad y calificación de excusas cuando no hayan sido objeto de declaración judicial, se tramitarán y decidirán en una audiencia en la que se oiga a las partes y se reciban las pruebas que se presenten.

La resolución que se dicte no es apelable.”

# Capítulo III

## LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO COMPARADO

### Estados Unidos de América

El sistema de custodia en los Estados Unidos de América (EEUU) es similar al de México, en el que se ejerce una custodia legal conjunta o compartida, pero no una custodia física compartida. El avance más importante que se ha dado en la legislación de la Unión Americana fue establecer el interés superior del menor eliminando la preferencia a la madre para ejercer la Custodia. Ha sido resultado de un proceso social que ha cambiado las estructuras tradicionales y evolucionado a nuevas formas de paternidad.

El cambio de roles se gestó en la Segunda Guerra Mundial, cuando los hombres partieron a la guerra y las mujeres ocuparon sus lugares en las fábricas. Necesitaron guarderías y de otras prestaciones para poder trabajar y criar a sus hijos al mismo tiempo.

En los años sesentas y setentas el movimiento feminista presionó a los padres a tomar un rol más activo en la crianza de los hijos. Las mujeres regresarían al trabajo, escuela y a buscar el desarrollo en sus carreras<sup>90</sup>.

La jurisprudencia consideraba a las mujeres como progenitores más aptos para la crianza de los hijos, pues precisamente eran producto de su vientre.

A principio de los años setentas varios estados promulgaron leyes de divorcio sin culpable y como consecuencia aumentaron los divorcios. Después de la separación los padres quisieron continuar participando en la crianza de los hijos y se dieron cuenta que no había fundamentos legales para tal pretensión.

James Cook, fundador de la *Joint Custody Association*, se vio atrapado en esa situación y cabildeó exitosamente para que la legislatura de California aprobara la primera ley de custodia compartida.

A partir de los años ochentas las Cortes comenzaron a ignorar el sexo del progenitor para otorgar la custodia de un menor. Se privilegio la custodia compartida y de no ser

---

<sup>90</sup> Jayne A. Major, apud. Nota 17 , Trad. Jorge K. Ikeda

posible, otorgarle la custodia al progenitor que estuviera interesado y mejor preparado atendiendo al mejor interés del menor.

El sistema federal en los Estados Unidos de América no permite tener una legislación uniforme sobre el tema. Como las legislaciones de los Estados que conforman la Unión Americana son tan diferentes entre si y muy recelosas de su jurisdicción en el ámbito de aplicación espacial, es decir, son muy territoriales, se han generado conflictos con la sustracción de menores y retorno de los mismos menores entre estados de la Unión Americana. Esto desembocó en la creación de la legislación conocida como “UNIFORM CHILD CUSTODY JURISDICTION AND ENFORCEMENT ACT” en 1997 para solucionar los diferendos entre estados.

Sobre la custodia compartida (joint custody) es preciso distinguir entre dos tipos generales:

*“Custodia legal conjunta: significa que los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño; suele acompañarse de un régimen amplio de convivencia, que varía según los distintos estados.*

*Custodia física conjunta: significa que los padres comparten el tiempo de residencia con el niño, aunque los períodos de convivencia no tengan forzosamente la misma duración. En general, se considera el 35% del tiempo como umbral mínimo de convivencia del progenitor que menos tiempo pasa con el niño, siendo frecuentes los repartos al 50%.”<sup>91</sup>*

Se utilizan distintos términos para definir la custodia compartida; "igualdad de derechos y responsabilidades" (Alabama, Michigan), "contacto continuo, frecuente y significativo" (Louisiana, Idaho, Montana), "bajo su cuidado y supervisión" (Missouri) y "acceso material a ambos (padres)" (Pensilvania).<sup>92</sup>

---

91 Asociación de Padres de Familia Separados (APFS) y Federación Andaluza de Padres y Madres Separados (FASE), Informe de reencuentro [en línea], <http://www.geocities.com/apinpach/index.htm> [Consulta: 28 de septiembre de 2006]

92 Se cita el Copyright © 2003 American Friends Service Committee (Comité de Servicio de Amigos) Cualquier material de esta revista puede reproducirse libremente de forma impresa o electrónica sin previa autorización siempre que se cite como fuente a la Revista Futuros y su uso no sea con fines comerciales. “The American Friends Service Committee (AFSC) is a Religious Society of Friends (Quaker) affiliated organization which works for social justice, peace and reconciliation, abolition of the death penalty, and human rights, and provides humanitarian relief. The group was founded in 1917 as a combined effort by American members of the Religious Society of Friends and assisted civilian victims of war.” Wikipedia [en línea] <http://www.wikipedia.org> [Consulta: 2 de febrero de 2007]

'La decisión de custodia de un niño o niña comprende la custodia legal y física compartida por ambos padres.' Esta decisión no es muy común por lo que se refiere a 'la custodia legal compartida y la custodia física exclusiva de la madre' en contraposición con la custodia compartida<sup>93</sup>

Otro diccionario legal la define como: 'una orden de la Corte de circuito que provee: 1. Los padres comparten las decisiones principales que afectan a sus hijos (custodia legal) 2. Los hijos vivirán con un progenitor una parte del tiempo y con el otro la otra parte del tiempo (custodia física)'<sup>94</sup>.

La ley de Minnesota contempla la presunción de la custodia legal compartida y la define como una forma de custodia en la cual ambos padres tienen igualdad de derechos y responsabilidades, incluyendo el derecho de participar en las mayores decisiones en el crecimiento (desarrollo) del hijo incluyendo la educación, cuidado médico y educación religiosa<sup>95</sup>.

La jurisprudencia del Estado de Oregon señala: 'La ley de Oregon no concederá la custodia compartida sin un acuerdo de las partes. La custodia compartida es simplemente un acuerdo en el que se señalan cada uno de los poderes de cada padre, los derechos y responsabilidades del cuidado personal del niño, de las decisiones importantes tales como educación, cuidado médico y profesión religiosa. "El acuerdo" debe especificar un procedimiento por el cual los cambios, disputas y brechas alegadas (alleged breaches) se pueden mediar o resolver de otra manera y preverán una revisión periódica de sus términos por los padres'<sup>96</sup>.

*"Asimismo, en diversas legislaciones de los Estados Unidos se prevé, como presunción inicial en materia de custodia, la residencia física del niño con ambos*

---

93 DUHAIME, Lloyd, *Duhaime's Legal Dictionary*, s.ed., Trad. Jorge K. Ikeda, 1994-1999.

<<http://www.4lawschool.com/dic/dict-jk.htm>> [Consulta: 5 de agosto de 2007]

94 Midland County Information Systems, *Glossary of terms*[en línea], Edit. Midland County Internet Website, Trad. Jorge K. Ikeda, Revisado: 25 de julio de 2005. [Consulta: 5 de agosto de 2005]

95 DivorceChoice.com, *Glossary of terms*[en línea], Edit. DivorceChoice.com, 2002. <[www.divorcechoice.com/glossary.asp](http://www.divorcechoice.com/glossary.asp)> [Consulta: 9 de agosto de 2005]

96 Feibleman & Case, *Glossary of Legal Terms*[en línea], Edit. Feibleman & Case, 2004-2005. <<http://www.feibleman-law.com/glossary.php>> [Consulta: 9 de agosto de 2005] Nota del sitio (en inglés): Feibleman and Case P.C. provides the above information as a service to potential and current clients as well as continuing education to other lawyers. A person's accessing the information contained in this web site, is not considered as retaining Feibleman & Case P.C. for any case nor is it considered as providing legal advice. Feibleman and Case P.C. cannot guarantee the outcome of any case.

*progenitores ("custodia conjunta física"), con un reparto de los tiempos de convivencia equitativo hasta donde sea posible y nunca inferior al 35 por ciento para el progenitor que conviva menos tiempo con el niño. Es decir, si la presunción inicial es la custodia conjunta física, pierden su razón de ser los enfoques contenciosos para lograr la custodia exclusiva de los niños y, con ella, el control de la situación posterior al divorcio y las ventajas económicas resultantes”<sup>97</sup>*

Como cada Estado que forma la Unión Americana tiene su propia legislación, es preciso analizarla caso por caso. En el anexo 3 se encuentra la recopilación de la legislación de los cincuenta estados de la Unión Americana sobre la custodia compartida.<sup>98</sup>

Aunque la legislación es tan diversa, se pueden extraer principios generales que son comunes a las legislaciones de los Estados que la contemplan y estos son:

- a. El divorcio, separación o anulación del matrimonio no implica la separación de los padres de sus hijos.
- b. La ley no hace distinción alguna en el sexo de los padres para otorgar la custodia.
- c. La custodia compartida se considera el mejor interés de niño, salvo que se compruebe que va en contra de la salud mental, física o emocional del niño.

De los 50 estados que conforman la Unión Americana en 13 estados no se encuentra ninguna expresión a favor de la custodia compartida, una minoría que representa el 26 por ciento de los estados, una cuarta parte.<sup>99</sup> En seis estados se establece una presunción a favor de la custodia compartida y en el resto está regulada la custodia compartida.<sup>100</sup>

Los estados que no contemplaban la custodia compartida o que contemplándola se regulaba de distinta forma ocasionaba la imposibilidad de ejecutar las sentencias de un juez en otro estado o jurisdicción territorial. La “Uniform Child Custody and Jurisdiction Act” (UCCJA, por sus siglas) había sido ratificada por los 50 estados y el Distrito de Columbia

---

<sup>97</sup> APFS Y FASE, Op.cit., Nota 57.53. p.9

<sup>98</sup> El trabajo de APFS y FASE (ibidem) se usó en un primer momento para este estudio en su parte relativa a los Estados Unidos, pero en virtud de que no citaba la totalidad de los Estados de la Unión Americana se recurrió a la fuente original de la que se traducen varios fragmentos. La traducción fue hecha por el autor de la tesis.

<sup>99</sup> Carolina del Norte, Carolina del Sur, Dakota del Norte, Dakota del Sur, Hawai, Indiana, Maryland, Nebraska, Nueva Jersey, Nueva York, UTA, Rhode Island y Wyoming

<sup>100</sup> Connecticut, Minnesota, New Hampshire, Tennessee, Vermont y Washington

y la Islas Vírgenes, sin embargo causaba problemas para ejecutar las visitas entre padres que habitaban en distintos estados y problemas con la custodia de los niños. En 1980 el gobierno federal decretó legislación para prevenir el secuestro de los niños por sus padres (“Parental Kidnaping Prevention Act” (PKPA, por sus siglas). La legislación obligaba a las autoridades estatales a acatar los mandatos sobre custodia de los jueces de otros estados.

En 1993 el centro de estudios sobre los niños y la ley de la American Bar Association (ABA, por sus siglas) publicó el estudio titulado “Obstáculos para la recuperación y retorno de los menores sustraídos” (“*Obstacles to the Recovery and Return of Parentally Abducted Children*”) que indicaba la pérdida de uniformidad de la UCCJA por la inconsistencia en la interpretación de los jueces y los problemas de índole técnico-jurídico de aplicar la PKPA. El estudio sugería un número de reformas que eliminarían la inconsistencia en las interpretaciones de las Cortes de los estados y armonizarían ambas legislaciones.

Fue necesario hacer una revisión de la UCCJA y en 1997 se decretó la “Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act” (UCCJEA, por sus siglas) cuyos objetivos son:

- (a) Evitar la competencia y conflictos jurisdiccionales de Cortes de otros estados en materia de la custodia de los niños que en el pasado había ocasionado la sustracción de menores entre Estados con efectos lesivos en su bienestar;
- (b) Promover la cooperación de las Cortes de otros estados con el fin de que el decreto de custodia sea emitido por la Corte del estado que pueda decidir el caso en el mejor interés del niño;
- (c) Desalentar el uso del sistema interestatal para continuar las controversias sobre la custodia de los niños;
- (d) Detener la sustracción de los menores;
- (e) Evitar la revisión del decreto de custodia por Cortes de un Estado en este Estado;
- (f) Facilitar la ejecución de sentencias de custodia de otros estados.

## Unión Europea

### Alemania

En la Unión Europea se dio el caso de Elsholz<sup>101</sup> contra Alemania y es de suma importancia para la causa del síndrome de alienación parental.

De acuerdo con la sentencia del 13 de julio de 2000, el demandante nació en Alemania en 1947. El 13 de diciembre de 1986 nació el niño C fuera de matrimonio y el demandante reconoció la paternidad el 9 de enero de 1987 y desde entonces ha cumplido con todas sus obligaciones de alimentos regularmente.

Desde noviembre de 1985 el demandante vivía con la madre de C y su hijo mayor Ch. En junio de 1988 la madre se mudó con los dos niños. El demandante siguió viendo al niño hasta julio de 1991. El demandante buscó la mediación de la oficina para jóvenes de Ekrath y en diciembre de 1991 el niño C dijo que no quería mantener contacto con su padre.

El 19 de agosto de 1992 el demandante inició un proceso en la Corte de distrito de Mettman y reclamó el derecho de visita el primer sábado de cada mes de 1 a 6 pm. El demandante alegó que la madre del niño no le permitía verlo porque el dejó de darle 700 marcos adicionales a la manutención del niño por la falta de supervisión de la madre al niño que le causó la ruptura de su brazo mientras jugaba en el parque. Después de la audiencia el 4 de noviembre de 1992 y de escuchar al niño el 9 de noviembre de 1992, la Corte desechó la demanda el 4 de diciembre de 1992.

La Corte argumentó que el artículo 1711 del Código Civil sobre el derecho del padre a mantener contacto con los hijos nacidos fuera del matrimonio fue concebido como una cláusula de excepción que debía ser observada estrictamente.

Antes de las reformas sobre asuntos de familia, el Código Civil contemplaba de esta forma la custodia y el derecho de acceso para un hijo nacido fuera del matrimonio:

#### **“Artículo 1634.-**

1. El Padre que no tenga la custodia tiene el derecho al contacto personal con el niño. El padre que no tenga la custodia y el padre que tenga la custodia no

---

101 Corte Europea de Derechos Humanos, “CASE OF ELSHOLZ v. GERMANY” <en línea>, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=8785364&skin=hudoc-en&action=request> [Consulta: 12 de octubre de 2006]



- deben hacer nada que pueda dañar la relación del niño con los otros o interferir seriamente con la crianza.
2. La Corte de lo familiar puede determinar el alcance de este derecho y puede dictar reglas más específicas para su ejercicio, también con relación a las terceras partes, mientras no se haya tomado la decisión, el derecho, bajo el artículo 1632 § 2, del padre que no tenga la custodia puede ser ejercido a través del periodo de contacto. La Corte de lo familiar puede restringir o suspender ese derecho si esa medida es necesaria para el bienestar del niño.
  3. Un padre que no tenga la custodia y tenga un legítimo interés en obtener información acerca de las circunstancias personales del niño, podrá requerir esa información de la persona que tenga la custodia en cuanto esto esté en armonía con los intereses del niño. La Corte<sup>102</sup> decidirá sobre cualquier disputa relativa al derecho de información.
  4. Cuando ambos padres tengan la custodia y estén separados no solo temporalmente, las provisiones precedentes deberán aplicar *mutatis mutandis*”

Las previsiones que la Corte tomó en cuenta para decidir desechar la demanda fueron las siguientes del mismo Código Civil:

**“Artículo 1705.-** La custodia de un niño menor de edad nacido fuera de matrimonio es ejercida por la madre del niño...”

**“Artículo 1711.-**

1. La persona que tenga la custodia del niño deberá determinar el derecho del padre de acceso al niño. El artículo 1634 § 1, segunda oración, aplica por analogía.
2. Si es en interés del niño tener contacto con el padre, la Corte custodia puede decidir que el padre tiene el derecho al contacto personal. El artículo 1634 § 2 aplica por analogía. La Corte custodia puede cambiar su decisión en cualquier momento.
3. El derecho para pedir información sobre las circunstancias personales del niño está regulado en el artículo 1634 § 3.
4. Cuando sea apropiado, el oficial para jóvenes podrá mediar entre el padre y la persona que ejerza el derecho de la custodia.”

El 8 de diciembre de 1993 el demandante solicitó a la Corte una orden para obtener consentimiento de la madre para terapia familiar para él y el niño, así como para determinar los derechos de acceso al niño.

---

102 *Guardianship*, que decide la custodia.

El 17 de diciembre de 1993 la Corte volvió a desechar la demanda y reafirmó la sentencia del 4 de diciembre de 1992 y que no se daban las condiciones estipuladas en el artículo 1711. La Corte determinó que las tensiones entre la madre y el padre del niño afectaban su bienestar, que el niño conocía la oposición de la madre para que conviviera con su padre y que de hacerlo el niño se encontraría en un dilema de lealtad hacia la madre y afectaría su bienestar. No era relevante en el fallo de la Corte cuál de los padres ocasionaba las tensiones, pero que posteriores contactos del niño con el padre dañarían su bienestar en el familia. En las entrevistas con el niño, éste llamó a su padre “repugnante” y “estúpido” y que la madre le decía que “Egbert no era su padre. Su mamá temía a Egbert”.

El 13 de enero de 1994 el demandante apeló la decisión de la Corte y solicitó la opinión experta para conocer los verdaderos deseos del niño y decretar los derechos de acceso en consecuencia.

El 21 de enero de 1994 la Corte regional de Wuppertal sin audiencia previa desechó la apelación. En primera porque había dudas sobre la admisibilidad de la apelación. En una primera instancia el demandante se comprometió a respetar la decisión de la Corte para poder acceder a la amigable composición. En segundo lugar, que no sólo se debería alcanzar con el acceso del padre al niño el bienestar del mismo niño, sino que debería ser ventajoso y benéfico, así como necesario para el equilibrio del niño.

El 19 de abril de 1994 un panel de tres jueces de la Corte Federal Constitucional rechazó entrar al análisis de la demanda en virtud de no tratarse de un asunto de carácter general que afecte la observancia de la Constitución.

El demandante interpone su recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos y fundamenta su derecho en los artículos 8, 14 y 6-1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en consideración a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

**“Artículo 6 - Derecho a un proceso equitativo.**

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la

prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.

A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.

A defenderse por si mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.

A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra el y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.”

**“Artículo 8 - Derecho al respeto a la vida privada y familiar.**

1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

**“Artículo 14 - Prohibición de discriminación**

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

Y de acuerdo al mismo convenio la Corte aplicó lo prescrito en el artículo 41.

“Si la Corte encuentra que ha habido una violación de la Convención o de los Protocolos además, y si la ley interna de la altas partes contratantes referida permite que solamente la reparación parcial sea hecha, la Corte, en caso de necesidad, produce la satisfacción justa a la parte”

Por lo que sentencia al gobierno alemán al pago de treinta y cinco mil marcos alemanes en compensación por daños no pecuniarios producidos por la ansiedad y daño moral<sup>103</sup> producidos por la falta de contacto con su hijo desde 1991. Además sentencia a Alemania al pago de DEM 12,584.26 por costas y gastos.

La Corte decide 13 votos contra 4 que hubo violación al artículo 8 de la Convención. Decide unánimemente que hubo violación al artículo 14 en relación con el artículo 8 de la Convención. Decide 13 votos contra cuatro que hubo violación a la fracción primera del artículo 6 de la Convención.

Los argumentos del demandante expuestos ante la Corte fueron:

1. *“La actitud de las Cortes alemanas fue la culpable de la falta de contacto con su hijo desde 1991 porque le permitieron a la madre del niño a romper el contacto y a permitir que su hijo fuera influenciado por ella.*
2. *Por el largo periodo de tiempo que transcurrió desde el último contacto, el niño fue alienado de él.*
3. *El conflicto de lealtad al que fue sometido el niño por la madre.*
4. *Las declaraciones del niño fueron extremadamente importantes porque mostraron que la madre había programado al niño en contra del padre, haciéndolo víctima del Síndrome de Alienación Parental (PAS). Entonces el niño rechazaba todo contacto con su padre. La decisión de la Corte de no llamar a un perito, como lo solicitó el demandante y lo recomendó la oficina para jóvenes, estaba violando no sólo los intereses del padre, sino los intereses del niño en el mediano y largo plazo.*
5. *Al rechazar el acceso del padre al niño y fallar a favor de la madre del niño, las Cortes alemanas fallaron en su deber constitucional de proteger a sus ciudadanos contra las violaciones de sus derechos por individuos privados.*
6. *Los resultados de la investigación en los EEUU sobre el Síndrome de Alienación Parental (PAS) han estado disponibles desde 1984 y 1992. Como consecuencia de lo anterior, un gran número de publicaciones especializadas salieron y fueron tomadas en cuenta por las Cortes en los Estados Unidos y Canadá creando los casos de ley. Si las Cortes alemanas hubieran estado preparadas para adoptar los resultados de la investigación llevada a cabo en los EEUU, donde hubo mayores presupuestos a la investigación, y actuar conforme a ellos, la Corte pudo haber tomado otra decisión. Por lo menos la Corte hubiera citado a un experto familiar con especialidad en las dinámicas psicológicas de las relaciones familiares.*
7. *El demandante concluye que las autoridades alemanas violaron su deber de proteger los derechos de sus ciudadanos prescritos en el artículo 8 de la Convención.”*

---

103 “Distress” dice la sentencia en inglés.

## Francia

El 27 de febrero de 2001 la Ministra delegada de la familia y la infancia; Ségolène Royal, presentó la iniciativa de reforma titulada “La reforma de la autoridad parental: los nuevos derechos de las familias” como parte de la reforma del derecho de familia que emprendió el gobierno socialista de Lionel Jospin.

*«Cada hijo tiene el derecho a ser educado por su padre y por su madre, con independencia de la situación familiar. Hay que reafirmar el papel del padre cuando está marginado por el divorcio», indicó la Ministra al presentar su iniciativa. Y añadió: «La fórmula de compartir el tiempo del hijo entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de una semana de cada dos, es la que mejor puede responder a las necesidades del niño».*<sup>104</sup>

El 12 de diciembre de 2001 la Asamblea Nacional Francesa aprobó la reforma que entró en vigor el 5 de marzo de 2002.<sup>105</sup> Un aspecto de suma importancia en la reforma fue la equiparación de los derechos y obligaciones del padre y la madre después de la separación, como lo es el derecho de guarda y custodia.<sup>106</sup> Hasta antes de la reforma, la custodia se le otorgaba a la madre.

El artículo 227-6 del Código Penal de Francia castiga con 6 meses de prisión y una multa de 50 mil francos a quien teniendo la custodia de los menores omite informarla a quienes puedan ejercer en relación con los niños un derecho de visita o de acogimiento en virtud de una sentencia o convenio judicialmente aprobado.

La reforma en Francia buscó la mediación de las partes como forma de resolver el conflicto. El artículo 373-2-10 del Código Civil en primer lugar establece que en caso de desacuerdo el Juez tratará de conciliar entre las partes. En mismo artículo le permite al Juez proponer una medida de mediación y en caso de ser aceptada por las partes, designar un mediador familiar al efecto.

---

<sup>104</sup> APFS y FASE, Op.cit., Nota 57. p. 15

<sup>105</sup> Véase el anexo número 4

<sup>106</sup> Octavio Martí, “Francia equipara los derechos y deberes de padres y madres”, El País, 13 de diciembre de 2001. Apud, Adios Papá [en línea], <http://www.geocities.com/apinpach/cc-Francia.htm> [consulta: 31 de enero de 2007]

El Código Civil francés en su artículo 373-2-9 establece que la residencia del menor puede establecerse en cada uno de los domicilios de los progenitores y el juez cuenta con la facultad de establecer periodos de convivencia en los que los menores viven alternadamente con ambos progenitores.<sup>107</sup> Es la primera vez que un gobierno europeo reconoce que el régimen de alternancia en la convivencia es el más adecuado para el desarrollo del menor.

### **3.2.3. España**

En España no existe la custodia compartida como en Francia, Bélgica, Alemania, Suecia e Italia. Esto hará que el lector se cuestione sobre la pertinencia de incluir a España en el presente estudio. La respuesta a esta interrogante está en dos situaciones de hecho; la tradición del derecho romano fue impuesta por los conquistadores a los territorios en América y por la similitud de las legislaciones en tanto que ambas contemplan el Amparo.

En relación con el tema el Código Civil Español vigente estipula:

#### **“Artículo 154**

Los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades:

1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
2. Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos.”

#### **“Artículo 156**

La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que

---

<sup>107</sup> Adios Papá, Fragmentos de la “Ley N° 2002-305 del 4 de marzo de 2002 relativa a la patria potestad” [en línea], <http://www.adiospapa.info/temas/leyfr.htm> [Consulta: 16 de octubre de 2006] Al parecer la ley y varios de estos fragmento fueron extraídos de Apud, APFS y FASE, Op.cit., Nota 57.

realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.”

El artículo 156 establece la patria potestad compartida, sólo por excepción la ejercerá uno de los padres, pero esta también deviene en que uno sólo la ejerza de manera exclusiva y deje al otro padre sin derechos. Por esta razón las organizaciones de padres separados piden la custodia compartida.

### **“Artículo 158**

El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

1. Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.
2. Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.
3. Las medidas necesarias para evitar la sus tracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:
  - a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
  - b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
  - c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

4. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.”

#### **“Artículo 159**

Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.”

El artículo 159 expresamente separa la custodia de la patria potestad como atributo, al mencionar que “el juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad”. Es decir, el juez tiene la potestad de indicar que padre tendrá la custodia.

#### **“Artículo 160**

Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.

[Este apartado ha sido redactado conforme a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm. 157, de 02-07-2005, pp. 23632-23634). Para ver la antigua redacción haga clic aquí.]

No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.”

#### **“Artículo 161**

Tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor.



Las disposiciones del Código Civil Español de una u otra forma regulan posibles litigios con respecto a los derechos de visita de los padres aún cuando no ejercen la patria potestad.”

En España es donde más claramente se observa la génesis de la reforma que busca el reconocimiento de la custodia compartida. El diccionario de la Real Academia Española<sup>108</sup> define la palabra génesis, en su primera acepción, como “origen o principio de algo”. En un momento, cuando se genera el problema por el desfase que se da entre el avance de la sociedad y la legislación, surgen varios grupos de presión llamados “asociaciones de padres separados” de distintas regiones que propugnan por cambios en la legislación, se logran los cambios y se somete a juicios de amparo por la constitucionalidad de la legislación y toda vez que se ha emitido sentencia en los juicios de amparo, se crea jurisprudencia en un sentido o en otro.

El 16 de febrero de 2001 el boletín oficial del estado publica la sentencia al amparo 3966/97 promovido por Mercedes Gil Martínez contra la sentencia de de 1 de septiembre de 1997, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia al resolver el recurso de apelación presentado en el expediente num. 75/96 sobre procedimiento de separación matrimonial.<sup>109</sup>

*“El 1 de septiembre de 1997 fue dictada la Sentencia de apelación. En ella se estimó parcialmente el recurso de apelación y se decretó la guarda y custodia compartida por ambos progenitores, de forma que el menor «habitará con cada uno de sus progenitores en meses alternos, estando los meses pares con la madre y los impares con el padre, cambiando esta distribución cada año», fijando un régimen de visitas en favor del otro progenitor para los períodos durante los que no ostente la guarda y custodia, y un régimen especial para los períodos vacacionales.”*

Lo interesante del caso fue que el Padre había aceptado que el menor permaneciera con la madre, es decir; que la custodia compartida no formaba parte de la litis. Sin embargo; el Juez, tomando en cuenta las particularidades del caso y estimando que el padre había quedado desempleado y la madre tenía una situación inestable, consideró desproporcionado establecer una pensión alimenticia y consideró que lo mejor era que

---

<sup>108</sup> Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española” [en línea], <http://www.rae.es> [Consulta: 16 de octubre de 2006]

<sup>109</sup> Boletín Oficial del Estado. BOE 16/02/2001. Sección T.C.[en línea]. <http://www.boe.es/boe/dias/2001/02/16/pdfs/T00025-00029.pdf> [Consulta: 22 de julio de 2008]

ambos acogieran al menor en sus casas bajo un calendario que dividía por igual la convivencia con ambos progenitores.

*“Lógicamente, al realizar esta distribución, cada progenitor se encargará de los gastos ordinarios del menor durante el tiempo que conviva con él, mientras que se fijan por mitad los gastos extraordinarios. Asimismo, esta distribución quiere condicionar a cada progenitor a buscar en todo momento el bien del menor, entendiendo que si bien el régimen de visitas es un derecho compartido, también es cierto que este Tribunal pretende proteger por encima de todo y con la mayor intransigencia la posición del más débil, que es el menor, quien debe encontrarse lo más cómodo posible ante la situación de separación de sus progenitores. No se puede obviar que la separación de los padres no puede ser fácil para los hijos, y ello entre otras cosas porque supone la creación de dos vidas distintas en el menor, que le pueden reportar un desequilibrio que debemos mitigar en lo posible. Por todo ello, estimamos parcialmente el recurso planteado, revocando parcialmente la sentencia de instancia.»”*

Se establece en el resolutivo segundo: “La atribución de la guarda y custodia de la hija menor a ambos progenitores, de modo que la menor estará con cada progenitor una semana desde la salida del colegio los lunes hasta la entrada al día siguiente, y ejerciéndose conjuntamente por ambos padres la potestad sobre aquella.” Es decir, la custodia compartida.

Se cita el artículo 103 del Código Civil Español que por modificación de la Ley 15/2005 quedó como sigue:

### **“Artículo 103**

Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

1.<sup>a</sup> Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.”

La última modificación a la ley se realizó en el 2005 y de acuerdo con el BOE<sup>110</sup>:

---

110 El Mundo, “AGILIZACIÓN DE LOS PROCESOS DE RUPTURA: La ley del divorcio entra en

*“Se pretende reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad y en este sentido se prevé que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida”*

Y entre los procedimientos nuevos se encuentra la mediación que se identifica como “voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral”<sup>111</sup> un procedimiento alterno al divorcio.

La señora Mercedes Gil Martínez promovió un amparo que se le otorgo provisionalmente el 6 de mayo de 1998. El 10 de julio de 1998 el mismo amparo fue admitido a trámite. El Tribunal Constitucional resolvió desestimar la petición de amparo.

---

vigor hoy tras ser publicada ayer en el BOE” [en línea],  
<http://www.elmundo.es/elmundo/2005/07/09/espana/1120903826.html> [Consulta: 22 de octubre de 2006]

111 Ibidem

# Capítulo IV

## PROPUESTA LEGISLATIVA

### 4.1. Situación actual de la custodia compartida

El propósito del trabajo es realizar una investigación documental sobre la legislación vigente con el fin de obtener una propuesta legislativa que pueda regular las controversias de forma más equitativa. En particular la comparación entre la legislación del Distrito Federal con la legislación de Morelos. Al tiempo que se realizó la investigación la legislación del Distrito Federal se modificó. En el ámbito expuesto en este trabajo significó un retroceso comparado con lo que regulaba anteriormente y dejó a la legislación de Morelos en avanzada con respecto a lo que entró en vigencia en el Distrito Federal. Por ello será necesario comparar la legislación anterior con la vigente.

El artículo 282 vigente prescribe que los menores de doce años quedarán al cuidado de la madre. El artículo 282 antes de la reforma establecía la edad de siete años. Por una parte la ley reconoce la facultad de los menores para comparecer ante Juez y por la otra considera que los menores de doce años aún no están preparados plenamente para realizar actividades y juicios de valor de una manera independiente.

Si se ha demostrado que ambos progenitores son igualmente capaces de criar a los hijos, no se explica por qué se le da esta preferencia a la madre. Acertadamente la Asociación Mexicana de Padres Separados, A.C. considera que el concepto que manejó la Comisión de Equidad de Género sojuzga y menoscaba a la mujer a ser únicamente capaz de criar a los hijos, condenándola a ejercer ese papel en demérito de la participación crucial de la mujer en la economía de las sociedades desarrolladas.<sup>112</sup>

En comparación el artículo 222 del Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos prescribe que la edad en la que la madre tendrá preferencia será antes de los siete años.

---

<sup>112</sup> Alejandro Heredia Ávila, “Análisis de la contrarreforma al Código Civil para el Distrito Federal de México” [en línea], AMPFS, <  
[http://ampfsmexico.com.mx/nuevos\\_dc/CONTRAREFOFORMA%202007%20LEY%20DE%20GUARDIA%20Y%20CUSTODIA%20GACETA%20OFICIAL%20DEL%20D.F.%20%20FEBRERO%202007.pdf](http://ampfsmexico.com.mx/nuevos_dc/CONTRAREFOFORMA%202007%20LEY%20DE%20GUARDIA%20Y%20CUSTODIA%20GACETA%20OFICIAL%20DEL%20D.F.%20%20FEBRERO%202007.pdf)> [Consulta: 9 de agosto de 2008]

**Artículo 222.- CUIDADO DE LOS MENORES DE SIETE AÑOS.** 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.

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 212 del Código de Procedimientos Familiares para el Estado Libre y Soberano de Morelos que menciona:

**Artículo 212.- SITUACIÓN DE LOS HIJOS MENORES E INCAPACES DURANTE LA SEPARACIÓN.** El Juez determinará la situación de los hijos menores e incapaces atendiendo a las circunstancias del caso, tomando en cuenta las obligaciones señaladas en este Código y las propuestas, si las hubiere, de los cónyuges ó concubinos, que podrán de común acuerdo designar la persona que tendrá a su cargo la custodia de los hijos menores. En ausencia de convenio, y si el juez no encuentra obstáculo que ponga en riesgo la integridad física o moral de los menores, dejará a la madre el cuidado de los hijos que no hayan cumplido siete años.

En todos los casos, en que haya menores de edad, el Juez determinará el régimen de visitas, tomando en consideración preferentemente al Departamento de Orientación Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Estado y a los Centros Dirección General de Legislación de Convivencia del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, si ello favorece al régimen.

La edad del menor no debe ser determinante para designar su custodia. En lactantes es comprensible que la madre mantenga la custodia. Algunos especialistas mencionan los tres años. Cualquiera de los dos criterios está muy lejano a los 7 y 12 años que prescribe la legislación en estas entidades.

La noción del mejor interés del menor, copiado a nuestro derecho del derecho de los Estados Unidos de América<sup>113</sup>, tiene como principio que las Cortes deben ignorar el género para otorgar la custodia del menor y sólo debe contemplar la capacidad del progenitor en relación con los mejores intereses del menor.<sup>114</sup> Sin embargo se copian los preceptos de otras legislaciones y se adaptan a la nuestra sin tomar en cuenta el sentido original o las causas históricas y sociales que devinieron en esa legislación. La siguiente jurisprudencia da cuenta de ello:

---

<sup>113</sup> El título cuarto de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes se titula “Del Derecho al debido proceso en caso de infracción a la Ley Penal” en referencia al “*due process of the law*” distinta a nuestra garantía de legalidad.

<sup>114</sup> Richard A. Gardner, Op.cit., Nota . p.93

**GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DE EDAD. EL HECHO DE QUE PERICIALMENTE SE HAYA DETERMINADO QUE LA MADRE, DEBIDO A SU PROCESO DE SEPARACIÓN CON EL PADRE DEL MENOR, DEBA SOMETERSE A TRATAMIENTO PSICOLÓGICO, NO ES MOTIVO PARA CONSIDERAR QUE NO ES APTA PARA EL CUIDADO DE SU HIJO.**

*“... Ahora bien, el hecho de que pericialmente se haya determinado que la madre debe someterse a tratamiento psicológico, para estar en mejores condiciones para hacerse cargo del niño, ya que se encuentra afectada emocionalmente por el proceso de separación que enfrenta con el padre del infante, no es motivo para considerar que aquélla no sea apta para el cuidado del menor, sobre todo si no hay prueba de que la progenitora presente problemas relacionados con la psiquiatría o la psicología, en forma grave, que le impidan hacerse cargo de su hijo.”<sup>115</sup>*

El artículo 3 y 4 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes mencionan la noción interés superior del menor. El artículo 4 del ordenamiento en comento menciona que atendiendo a ese principio, las normas aplicables se entenderán dirigidas a “los cuidados y la asistencia que requieren para lograr un crecimiento y un desarrollo plenos dentro de un ambiente de bienestar familiar y social.”

El artículo 416 del Código Civil Federal retoma el sentido original del precepto particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores y a los jueces de lo familiar oyendo en lo conducente al Ministerio Público les prescribe: “En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos.” El artículo 417 del Código Civil Federal también menciona el interés superior del menor y prescribe que “no podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes.”

Los artículos 414 Bis, 416, 416 Bis, 416 Ter del Código Civil para el Distrito Federal y los artículos 205, 941 Bis y 941 Ter del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal también mencionan el término “interés superior del menor” que queda totalmente desvirtuado en relación con los artículos 282, 283, 287, 293, 411, 416, 417 y 444 del mismo Código Civil del Distrito Federal que fueron reformados para eliminar la equidad de género al decidir sobre la custodia de los menores e introducir la violencia familiar para restringir los derechos de visita de los padres de los menores, entendiéndose por éstos a los progenitores varones.

---

<sup>115</sup> Semanario Judicial de la Federación, 9na Época, t. XXIV, Diciembre de 2006. p. 1343

El concepto “interés superior del menor” no se encuentra contemplado en la legislación del Estado de Morelos por lo que se propone su inserción.

El artículo 416 Ter del Código Civil para el Distrito Federal define lo que deberá entenderse para esa legislación por “interés superior del menor”. Siendo más acertado al concepto original del interés superior del menor lo que prescribe el artículo 416 del Código Civil Federal, por lo que se considera apropiado incluirlo en la legislación del Estado de Morelos.

En comparación con el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal<sup>116</sup>, el artículo 223 del Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos en su segundo párrafo a la letra dice:

*Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los hijos e hijas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en caso de que algún ascendiente tuviese la custodia, el otro que no la posee, a partir de que los menores cumplan 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.*

Es el texto igual al anterior artículo 283 en su segundo párrafo. Se copió letra por letra el contenido del párrafo segundo del 283, aunque fue una reforma parcial porque no se incluyeron otros preceptos necesarios para tener una reforma integral en Morelos.

En comparación el artículo 224 del Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos la contempla.

**Artículo 224.- PROCURACIÓN DEL RESPETO HACIA LOS PROGENITORES.**

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 y alineación parental encaminada a producir en la niña o del niño, rencor o rechazo hacia el otro progenitor, sopena de suspenderse en su ejercicio.

Es necesario que se describan las conductas de las que se debe abstener el progenitor alienador si el legislador procura evitar el daño moral que se traduce en un daño emocional

---

<sup>116</sup> Ibidem. Cfr. Artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal

o psicológico al menor y se pretenda el interés superior del menor. También el hecho que se sancione la conducta que represente una alienación parental porque, en principio, el litigio entre los progenitores no se traduce en un litigio o pleito con los hijos. Ni los hijos deben tomar partido por uno u otro progenitor.

En la reforma hecha al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal no queda claro cuando interviene el mediador. Se sobreentiende que a solicitud del juez. Este mismo precepto fue incluido en el Código de Procedimientos Familiares para el Estado Libre y Soberano de Morelos que en su artículo 207 menciona:

**Artículo 207.- SOLICITUD DE SEPARACIÓN DE CÓNYUGES Y CONCUBINOS.** El que intente demandar por divorcio o nulidad de matrimonio, o denunciar o querellarse contra su cónyuge ó concubino, puede solicitar su separación al Juzgado correspondiente.

Sin embargo no se contempla el proceso de mediación en el Código de Procedimientos Familiares para el Estado Libre y Soberano de Morelos.

Sobre el artículo 941 Bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el Código de Procedimientos Familiares para el Estado Libre y Soberano de Morelos establece que:

**Artículo 439.- PUNTOS RESOLUTIVOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS HIJOS.** La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, conforme a las reglas siguientes:

I. Los hijos quedarán bajo la custodia del cónyuge que no dió causa al divorcio, pero a la muerte de éste el otro progenitor podrá recobrar la custodia de los menores;

II. Cuando el divorcio se funde en la separación de los cónyuges, los hijos quedarán bajo la custodia de la cónyuge mujer si son menores de siete años, y si fueren mayores de esta edad, permanecerán al lado del mismo cónyuge junto a quien han vivido durante la separación.

III. Si los dos cónyuges hubieren dado causa al divorcio, el juez podrá asignar el cuidado al cónyuge que considere incapaz de causarle daño a los menores, y si no lo hubiere podrá suspenderles a ambos el ejercicio de la custodia, nombrando un tutor;

IV. Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las facciones IV y XXI del artículo 175 del Código Familiar para el estado de Morelos, el cónyuge culpable perderá la patria potestad sobre el menor.



## 4.2. Ventajas y beneficios de la custodia compartida

Del Código Civil para el Distrito Federal se extrae la siguiente definición del interés superior del menor:

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

- I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;
- II.- El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;
- III.- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;
- IV.- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y
- V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.”

Este artículo y en relación con los artículos reformados no están acordes con la Convención sobre los Derechos del Niño que en su artículo 9.3 se establece que:

*“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.”*

Únicamente menciona la fracción V del artículo 416-Ter los derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables. Esto último va en contra de lo estipulado en la fracción V y último párrafo del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal donde se le quita la facultad al juez y se le otorga a la madre de llegar a un acuerdo o, de no hacerlo, se aplica el último párrafo del 282 que le otorga hasta los 12 años del menor la custodia a la madre. Las fracciones II, III y IV del artículo 283 del mismo Código Civil para el Distrito Federal donde se justifica que por violencia familiar la custodia se le restringe al padre quedando en la madre, aún cuando la madre pueda ser la fuente de la violencia familiar. La violencia familiar se instituye como causal para impedir la convivencia con los padres aunque esta no haya sido legalmente comprobada. Si existe un delito denominado violencia familiar, en todo caso, debería primero sancionársele con la

pena corporal y sanción contemplada en la ley y después quitarle los derechos de convivencia y no al revés, como menciona el artículo 941-Ter del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal “*independientemente de que exista o no indagatoria al respecto*” porque en este supuesto se estaría en contra de lo dispuesto por los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que por un lado no se le respeta la garantía de audiencia y por el otro se contraviene la garantía de certeza jurídica.

Es en el interés superior del menor que tenga un contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la separación de estos. Es un derecho de los niños y también un derecho de los padres. De ninguna forma es una obligación, como lo sancionaba el artículo 941 Quintus del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; el incumplimiento de las convivencias con la suspensión de “*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.*”

Bajo este supuesto, un progenitor alienador que impida la convivencia y acuse de la falta de la misma convivencia, adquirirá por ese sólo hecho, la negación del ejercicio de la convivencia en perjuicio de la contraparte.

Este sistema de divorcio en el estudio “La custodia compartida, reencuentro de padres e hijos separados por una ley obsoleta y parcial” elaborado por la Asociación de Padres de Familia Separados y la Federación Andaluza de Padres y Madres Separados, ha sido denominado “cuadrilátero de boxeo” donde el menor es testigo de las luchas pugilísticas entre sus padres.

De regularse la custodia compartida ninguna de las partes tendrá motivo de entablar costosas demandas judiciales con cargo al patrimonio de las partes y al erario público.

Del estudio citado se destaca que el único argumento en contra de la custodia compartida es el de la estabilidad del menor por el constante ir y devenir de los hogares de los progenitores, sin tomar en cuenta que debido a las ocupaciones actuales el menor lleva el mismo ir y devenir entre la guardería y su hogar, desestimando el argumento de la estabilidad. A su vez se considera que tiene una mayor valoración la estabilidad emocional del menor producto del constante contacto con ambos padres que la estabilidad material.

El texto anterior del artículo 941-Bis garantizaba a los parientes hasta de cuarto grado la convivencia con el menor en caso de solicitarla al juez. La legislación vigente derogó esta previsión en contra del interés superior del menor.

La familia extensa ayuda a sus miembros a superar eventos estresantes. Varios estudios psicológicos demuestran que los menores cuentan con una red de protección social más amplia si conviven con parientes paternos y maternos. Los menores se adaptan mejor a los cambios naturales de su desarrollo mientras se preparan para la adolescencia.<sup>117</sup>

La ampliación del régimen de convivencias en España, por ejemplo, busca el reconocimiento del derecho de los abuelos a convivir con sus nietos. Se da el caso, también, que en separaciones o divorcios cada uno de los progenitores mantiene la custodia de uno o más hijos y en esta situación se debe establecer un régimen de convivencias entre hermanos. Así lo ha estimado la Corte y prescrito en la siguiente tesis aislada:

**GUARDA Y CUSTODIA. NECESARIO RESULTA DECIDIR SOBRE UN RÉGIMEN DE CONVIVENCIA ENTRE LOS HERMANOS MENORES DE EDAD, CUANDO ESTÉN SEPARADOS.**

*“ Si en un juicio natural se decreta el divorcio de los padres y cada uno tiene bajo su guarda y custodia a un menor (el progenitor al hijo y la madre a la hija), es incuestionable que de acuerdo con la litis, las particularidades del caso, las características de los progenitores y las situaciones de hecho prevalecientes, la Sala Familiar debe decidir conforme a sus facultades jurisdiccionales y su prudente arbitrio sobre la conveniencia de establecer un régimen de convivencia de los menores hermanos entre sí, y dirimir si ha lugar a ello, o sea, determinar dicha convivencia y, en su caso, fijar el lugar y la forma en que deberá desarrollarse, decretando las medidas pertinentes para asegurar que cada uno de los menores puedan continuar bajo la custodia de sus respectivos progenitores.”<sup>118</sup>*

Si se establece el régimen de custodia compartida para estos casos de hermanos separados se permite una mayor convivencia entre hermanos al alternarse la residencia o aumentar el tiempo de convivencia.

Con un régimen de custodia compartida, las transferencias económicas son directas en vez de indirectas. Si lo único que se busca es el beneficio económico, ningún régimen va

---

<sup>117</sup> Natalia Vitela, “La familia extensa vive mejor”, Reforma, 21 de enero de 2007. La psicóloga y profesora en la UNAM; Blanca Estela Barcelata Aguarte opina que es funcional porque le permite a sus miembros la posibilidad de manifestar sus emociones y también les permite crear una identidad propia, pero al mismo tiempo se les dote de un sentido de pertenencia al grupo.

<sup>118</sup> Seminario Judicial de la Federación, 9a Época, t.XX, noviembre de 2004. p.1962

a funcionar, es decir, frecuentemente la madre pelea la custodia exclusiva de los hijos para quedarse con la casa y las pensiones. Esta situación no beneficia a los menores. Por lo que se debe beneficiar los pagos directos de los gastos del menor, como lo son el pago de la colegiatura y otro tipo de gastos que puedan ser pagados directamente y en beneficio del menor.

La custodia compartida eleva el nivel de vida de los menores. La convivencia a los padres les permite atender directamente las necesidades del menor, sin la posibilidad de lucrar con la contraparte.<sup>119</sup> El legislador debe prever el que un progenitor lucre con la situación de separación o divorcio en perjuicio del interés superior del menor al procurar los pagos directos en gastos educativos, de salud y entretenimiento al favorecer el régimen de custodia compartida.

En conclusión, la custodia compartida se constituye en beneficio de los hijos y representa el interés superior del menor. Se debe reconocer que no siempre es posible instituir un régimen de custodia compartida cuando, como lo contempla la ley, represente un peligro para la salud física e integridad del menor. No con base en acusaciones sin fundamento de violencia familiar, sino en procesos donde se demuestre esta agravante para impedir la convivencia. Tampoco las condiciones materiales de los progenitores ayudan a propiciar un régimen de custodia compartida porque los progenitores pueden tener la prioridad de buscar el sustento en el tiempo que podrían convivir con sus hijos.<sup>120</sup>

La crianza de los hijos no depende tanto de los recursos materiales disponibles, sino de la voluntad de invertir el tiempo necesario para brindarles las atenciones que los menores requieren. Si existe la voluntad de los progenitores para convivir con los menores y esta convivencia se inscribe en el interés superior del menor, la legislación y los juzgadores deben privilegiarla.

---

<sup>119</sup> APFS y FASE, Op.cit., Nota 57 , p.12

<sup>120</sup> Desde el punto de vista sociológico representa un problema poblacional la creencia popular de que los niños traen consigo una torta bajo el brazo. La decisión de procrear hijos debe basarse en la disponibilidad de recursos como tiempo y dinero para atender sus necesidades materiales y emocionales del menor. Sin distingo de estrato social, la familia pequeña vive mejor.

### 4.3. Comprobación de la hipótesis con estadística

La estadística se usa como instrumento de investigación social. Emilio Durkheim opinaba que a través de la estadística podemos aislar los hechos sociales para su estudio.<sup>122</sup> Sobre la importancia de la estadística en el estudio de la incidencia de divorcios en México, José Luis Sánchez muestra en sus investigaciones que:

*En 1926, se inició la captación de la estadística de divorcios, y para el año de 1930, ya sumaban 1 626 divorcios. En ese sentido, la proporción del número de divorcios respecto del número de matrimonios se conoce como índice de divorcialidad, y para ese mismo año el índice fue de 1.6, es decir, 1.6 divorcios por cada 100 matrimonios; mientras que para el año de 2002, se reportaron 60, 641 divorcios lo que representó un índice de 9.8, o sea, casi 10 divorcios por cada 100 matrimonios*

*Así, de acuerdo a las estadísticas, existe una tendencia creciente a la ocurrencia de los divorcios hasta el año de 1992, sin embargo de 1993 en adelante las cifras muestran un descenso, el cual se puede atribuir al procedimiento de captación, ya que de 1984 a 1992, un mismo divorcio era registrado por el Registro Civil y por los Juzgados, es decir, se duplicaba el registro, por lo anterior, el problema se resolvió a partir de 1993, cambiando el procedimiento de captación y separar el tipo de divorcio de acuerdo a la fuente informante, así el volumen de divorcios captado disminuyó considerablemente, para 1992 se registraron 51 953 casos y en 1993 fueron 32 483.<sup>123</sup>*

De la información estadística del INEGI<sup>124</sup> para varios años analizados sobre las causas de divorcio no se obtienen datos que puedan probar la hipótesis que se sustenta en esta tesis, en el sentido de que la legislación civil no es equitativa y atenta contra la igualdad consagrada en el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Si se pudiera descontar el efecto de que toda persona que inicie una demanda gane, se encontraría que hay más mujeres que ganan que hombres. Sin embargo al realizar la correlación de los datos, el resultado es uno.<sup>125</sup> Para prácticamente toda mujer que inició un

---

<sup>122</sup> Cfr. Durkheim, E., Las reglas del método sociológico, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p.46 apud, José Ma. Martín Patino, “La importancia de la Estadística en la interpretación de la realidad”, Informe de la Fundación Encuentro, Madrid, 21 de noviembre de 2006.

<sup>123</sup> José Luis Sánchez, Op.cit. Nota 36. p.3

<sup>124</sup> Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), “Estadísticas de nupcialidad” [en línea], <http://www.inegi.gob.mx> [Consulta: 10 de enero 2007]

<sup>125</sup> Wesa.net, “Pearson Correlation & Scatter Plot - Free Statistics Software (Calculator)” [en línea] < <http://www.wessa.net/corr.wasp> > [Consulta: 14 de febrero de 2007] *The free use of the scientific content, services, and applications in this website is granted for non commercial use only.* La correlación es una de las más comunes y más útiles estadísticas. La correlación es un número que describe el grado de relación entre dos variables. William M.K. Trochim, “Correlation” [en línea], *Webcenter for social research methods*, < <http://www.socialresearchmethods.net/kb/statcorr.php> > [Consulta: 14 de febrero de 2007] Trad. Jorge K. Ikeda

juicio de divorcio la sentencia le fue favorable y para todo hombre que inició un juicio de divorcio.<sup>126</sup>

Para todos los años hay prácticamente una correlación de uno entre quien inicia la demanda y a quien le es favorable. Sin embargo el número de casos en que la mujer inicia la demanda de divorcio es mayor al de los hombres. Por lo tanto no podemos demostrar con estos datos que hubiera una situación en la que a pesar de que el hombre iniciara la demanda la ganara la mujer.

De estos datos surge otra hipótesis. Si lo único que podemos decir es que más mujeres presentan demandas de divorcio que los hombres ¿cuáles son las razones sociales o jurídicas por las que se presenta esta situación?

Para la variable Abandono del Hogar sin causa justificada tenemos una ratio de 40/60. Sesenta por ciento de los hombres que abandonan el hogar frente a un 40 de mujeres que lo hacen. Es alto el porcentaje de mujeres que abandonan el hogar sin causa justificada. Si se pudiera cruzar la variable de las mujeres que dejan hijos detrás, se tendría que los padres son igualmente capaces de criar a estos hijos que las mujeres. ¿Por qué la legislación favorece a las mujeres?

Para la variable “Negativa a contribuir voluntariamente al sostenimiento del hogar” tenemos una ratio de 10/90. Es decir que prácticamente las mujeres que demandan esta causal es porque el hombre no trabaja o no proporciona voluntariamente su aportación para el sostenimiento del hogar y el 90 por ciento de las mujeres si lo hace, es decir o trabaja y mantiene exclusivamente el hogar o realiza labores en el hogar que se traducen en su aportación al sostenimiento del hogar.

El hecho de que más mujeres demanden el divorcio que los hombres puede deberse a dos causas que no se pueden medir con estos datos. La primera hipótesis es que los hombres incumplen en mayor medida el contrato del matrimonio, o, la segunda hipótesis, las causales y consecuencias jurídicas del divorcio favorecen más a la mujer que al hombre. La segunda hipótesis es acorde con la hipótesis de trabajo planteada aquí.

Para el hombre resulta más costoso salir del matrimonio que para la mujer. En términos económicos es una pérdida neta para ambos cónyuges. En términos sociales el costo es mayor para el hombre que pierde o puede perder el contacto y convivencia con sus hijos. Por lo tanto se mantienen en una situación de matrimonio que lo único que puede generar es frustración e indiferencia o, en el peor de los casos; violencia intrafamiliar.

Alejandro Heredia, presidente de la Asociación Mexicana de Padres Separados, A.C. (AMPS, en adelante) calcula que:

*En un juzgado familiar del Distrito Federal se reciben aproximadamente al año 1200 casos relacionados con riñas entre parejas, solicitudes de divorcio, peticiones de custodia. En el 90% de los casos, la sentencia favorece a la madre, quien a veces, utiliza a los hijos como arma contra su propio padre.<sup>128</sup>*

---

<sup>126</sup> Ver anexo número 5

<sup>128</sup> Alejandro Heredia, Op. Cit. Nota 27.

Esta situación no se refleja en los datos del INEGI sobre nupcialidad. Será un reto para una investigación posterior calcular el número de sentencias que favorecen a la madre en el otorgamiento de la custodia de los hijos.

La información extraída de la ponencia “Retrospectiva, evolución y estado actual de las estadísticas del divorcio en México” de José Luis Sánchez muestra que el 64.3% de las sentencias otorgan la patria potestad a ambos aunque sólo uno la ejerza de forma exclusiva.<sup>129</sup>

Las conclusiones a las que llega su estudio son:

1. *Las estadísticas presentan diferencias por diferentes razones entre las más importantes son la forma como se capta la estadística, por ejemplo el estado civil se capta a través del proceso de levantamiento censal, mientras la estadística de divorcios es mediante el proceso de generación de estadísticas vitales y en donde el instrumento de donde se extraen las cifras son las sentencias judiciales que emiten los juzgados, así como las oficinas del registro civil. Por lo que estamos hablando de procesos diferentes y de marcos conceptuales diferentes. El análisis de la información debe realizar por tipo de estadística sin efectuar cruces entre ellas.*

2. *La evolución del divorcio reflejado en las diferentes estadísticas nos indican un escenario en donde las personas separadas y divorciadas se incrementan notablemente respecto de la población total, con lo cual, la importancia que adquieren dentro de la sociedad se verá reflejado en conjunto de demandas que las autoridades e instituciones de prestarles servicios necesariamente tendrán que elevar la calidad y la oferta de éstos, y que no hacerlo la inconformidad se verá reflejado en un problema social, que seguramente será creciente.*

3. *Para tener éxito en la realización del divorcio deberá de realizarse en el marco del acuerdo mutuo y del entendimiento, las estadísticas así lo indican.<sup>130</sup>*

#### **4.4. Propuesta de reforma al Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos**

Una urgente reforma menor que requiere el Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos es corregir el artículo 224 que a la letra dice:

**Artículo 224.-** PROCURACIÓN DEL RESPETO HACIA LOS PROGENITORES.

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

---

<sup>129</sup> José Luis Sánchez, Op.Cit., Nota 36.

<sup>130</sup> Idem

potestad. En consecuencia, cada uno de los ascendientes debe evitar cualquier acto de manipulación y alineación parental encaminada a producir en la niña o del niño, rencor o rechazo hacia el otro progenitor, so pena de suspenderse en su ejercicio.

Y debe decir:

**Artículo 224.- PROCURACIÓN DEL RESPETO HACIA LOS PROGENITORES.**

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 y alienación parental encaminada a producir en la niña o del niño, rencor o rechazo hacia el otro progenitor, so pena de suspenderse en su ejercicio.

La legislación de lo familiar del Estado de Morelos no puede estar aislada de lo contemplan las normas federales. Para estar acordes con la legislación federal y formar un sistema armónico de normas se propone introducir el concepto del “interés superior del menor” en su sentido original contemplado en el artículo 416 del Código Civil Federal que prescribe:

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

Para proteger el derecho de convivencia contemplado en el artículo 224 del Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos se deberá introducir en la legislación familiar el párrafo segundo del artículo 417 del Código Civil Federal que contempla:

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

Se debe legislar es la figura del mediador para privilegiar los divorcios por mutuo consentimiento por sobre los divorcios necesarios que se llevan por litigios contenciosos



que desgastan a ambas partes en lo económico y emocional. Se propone introducir en el Procedimiento de divorcio el párrafo relativo a la mediación y que es copia del anterior artículo 205 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

*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.*

La otra reforma que se deberá llevar a cabo es la ampliación del régimen de convivencias en dos ámbitos. El primero; el de ampliarlo para contemplar los derechos de los parientes hasta en segundo grado para convivir con los menores. El otro ámbito es el temporal hasta llegar a la igualdad de tiempo de convivencia entre la madre y el padre y a partir de los dos años de edad del menor.

En la legislación se deberán tomar medidas para evitar la sustracción entre entidades federativas que lesionen los derechos de convivencia de los padres separados o divorciados con respecto a sus hijos.

Es en el interés superior del menor que en el supuesto de estar bajo el abuso que representa la alienación parental, se le cambie al menor de una situación nociva a otra menos nociva mientras se trata terapéuticamente al progenitor alienador. Por analogía, si el menor se encuentra en una situación de maltrato, el Estado interviene para salvaguardar su integridad física y mental, hasta vaciar de contenido a la Patria Potestad y constituirse en último garante de su educación y salud al tomarlos bajo su guarda y custodia en los Centros de Asistencia Social.

#### **4.5. Justificación de la propuesta**

Un ejemplo de situación no contenciosa en la que se faculta al juez para resolverla se encuentra en el artículo 487 del Código de Procedimientos Familiares para el Estado Libre y Soberano de Morelos.

**Artículo 487.-** AUTORIZACIÓN PARA QUE UN MENOR SALGA DEL PAÍS CUANDO FALTARE EL CONSENTIMIENTO DE UNO DE LOS PROGENITORES. La solicitud de autorización para que un menor salga del país cuando faltare el consentimiento de uno de los progenitores se tramitará en

un procedimiento no contencioso ante el Juez de lo Familiar, quien decidirá tomando en cuenta el tiempo que el menor necesite permanecer fuera del país, lugar del arribo, personas con las que viajará y con las que permanecerá durante su estancia en el extranjero así como el objetivo del viaje.

La autorización a que se refiere este artículo en ningún caso podrá exceder de seis meses.

El anterior artículo 205 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal contemplaba la mediación de la siguiente forma:

**“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.”

Actualmente el procedimiento establecido en el Código de Procedimientos Familiares para el Estado Libre y Soberano de Morelos para tal efecto es el siguiente:

**“Artículo 505.- REGLAS PARA DIRIMIR CONTROVERSIAS ENTRE CÓNYUGES.** Las diferencias que surjan entre marido y mujer se tramitarán conforme a las reglas siguientes:

- I. Sobre la obligación de los cónyuges de vivir juntos;
- II. Acerca de la obligación, monto y aseguramiento de los alimentos;
- III. Sobre educación y establecimiento de los hijos y administración de los bienes que a éstos pertenezcan; y
- IV. Administración de los bienes comunes, y demás asuntos relativos a cuestiones patrimoniales entre los consortes.

Recibida la demanda, el Juez citará a los cónyuges a una audiencia en la que los oírán; en ella recibirá las pruebas que se ofrezcan, pudiendo, además, decretar los medios de investigación que estime oportunos. El fallo que se dicte será apelable en el efecto devolutivo y se ejecutará sin necesidad de caución.

Si se pidiera la terminación de la sociedad conyugal, el Juez decretará las medidas provisionales que estime oportunas para la conservación de los bienes de la sociedad legal a petición del actor, inclusive las de limitar las facultades del cónyuge administrador, tramitándose el litigio de acuerdo con las reglas del procedimiento contencioso.”

El proceso de mediación podría sustituir al arcaico sistema de las juntas de avenencia. En el mismo proceso se le obligaría al mediador a realizar la función de la avenencia antes de comenzar la negociación de los términos del divorcio. La junta de avenencia se encuentra contenida en el artículo 493 del Código de Procedimientos Familiares para el Estado Libre y Soberano de Morelos y la regula de la siguiente forma:

**“Artículo 493.- JUNTA DE AVENENCIA.** Hecha la solicitud el juez de lo familiar citará a los cónyuges a una junta de avenencia, en la que se identificarán plenamente ante el Juez, quien los exhortará personalmente y ante la presencia del Ministerio Público para procurar su reconciliación.”

Sobre la propuesta para implementar un modelo de sistema de convivencias este deberá ser flexible y adaptable a cada circunstancia en particular y siguiendo el principio de que entre más pequeña sea la edad del menor, más frecuentes deberán ser los contactos.

El Children’s Rights Council (Consejo de los Derechos del Niño)<sup>131</sup> propone el siguiente modelo:

<b><i>Edad</i></b>	<b><i>Frecuencia del contacto con ambos padres</i></b>
Menos de 1 año	Una parte de cada día (mañana o tarde)
De 1 a 2 años	Días alternos
De 2 a 5 años	No más de dos días seguidos sin ver a cada uno de los padres
De 5 a 9 años	Alternancia semanal, con medio día (mañana o tarde) de convivencia con el progenitor no conviviente durante esa semana
Más de 9 años	Alternancia semanal

<sup>131</sup> APFS y FASE, Op.cit. Nota 57, p.10 El CRC trabaja desde 1985 para que los niños tengan contacto frecuente, continuo y significativo con ambos padres y la familia extendida como lo harían normalmente en el matrimonio. Véase <http://crckids.org>

El artículo 417 de la anterior legislación del Código Civil para el Distrito Federal prescribía:

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

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

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

Específicamente se prescribe que “no podrán impedirse, sin causa justa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes”. Es una facultad del Juez que sin mandato judicial no se puede apropiarse el progenitor que tenga la custodia. Este mismo precepto se encuentra contenido en el artículo 417 del Código Civil Federal que tiene una aplicación limitada si no es que nula.

En Francia se ha legislado el cambio de residencia de los padres separados o divorciados otorgándole al Juez la facultad de decidir en caso de diferencia.

**“Artículo 373-2**

La separación de los padres no tendrá efectos en las normas de atribución del ejercicio de la patria potestad.

Tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos de éste con el otro progenitor.

Todo cambio de residencia de uno de los padres, en la medida en que modifique las modalidades de ejercicio de la patria potestad, deberá comunicarse con la debida antelación al otro progenitor. En caso de desacuerdo, el progenitor más diligente podrá solicitar al juge aux affaires familiales que adopte una decisión en función del interés del niño. El juez asignará los gastos

de desplazamiento y ajustará en consecuencia el importe de la contribución para la manutención y la educación del niño ”.<sup>132</sup>

---

<sup>132</sup> Francia, Código Civil [en línea], <http://legifrance.gouv.fr> [Consulta: 14 de febrero de 2007]

## **Conclusiones**

La alienación parental y el síndrome de alienación parental son desviaciones de la conducta ocasionados por el derecho y que una adecuada legislación puede contribuir a la solución de la situación actual.

La discusión se ha centrado en permitir o no escuchar la opinión del menor para evitar la alienación parental, al tiempo que se han eliminado las descripciones que permiten al juzgador identificar el maltrato que sufren los menores al estar bajo este tipo de conducta.

La solución no se encuentra en negar el problema como lo hizo el legislador en el Distrito Federal recientemente ni en otorgarle los derechos en forma exclusiva a la madre y negárselos al padre. La evolución y desarrollo de la sociedad han causado que los roles tradicionales se modifiquen y que los padres quieran tomar un rol más activo en el ejercicio de la paternidad.

Aunque es deseable la inclusión del concepto de interés superior del menor tal como se creó, lo deseable está lejos de lo posible y aunque por el momento no se pueda eliminar la preferencia materna en el otorgamiento de la custodia, sería conveniente permitir la custodia compartida alternando la estancia del menor mayor de siete años.

Finalmente, con la información estadística disponible no se puede comprobar la hipótesis sustentada en la tesis. En una investigación posterior se podría determinar, con análisis estadístico, la inequidad en los procesos de divorcio que tienden a favorecer a la mujer en relación con la patria potestad.

## Bibliografía

Barman, Zygmunt, *Modernidad Líquida*, Buenos Aires: FCE, 1999.

Engels, Friedrich, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Madrid: Fundamentos, 1970.

Calderón de la Barca S., Laura P y Bono López, María, *Manual para la Elaboración de Tesis de Licenciatura del Departamento de Derecho*, ITAM, Departamento de Derecho, 2003.

Gardner, Richard A., *The Parental Alienation Síndrome*, 1992, 2da Ed. 1998

-----, "Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes?" , *American Journal of Family Therapy*, s.l., núm. 30, pp.93-115, 2002.

Heredia, Alejandro, *Antecedentes, jurisprudencia, alcances y seguimiento a la Declaración de México 2006*, Ponencia del Seminario Internacional de Actualización en Estudios de la Familia: Roles paternos, Familia y Legislación, Chile, 2006

Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Editorial Porrúa, S.A., Universidad Nacional Autónoma de México, Cuarta Edición, 1991

López Monroy, José de Jesús, *Sistema Jurídico del Common Law*, México: Porrúa, 2da ed., 2001.

*Reforma*, Mujeres Trabajando, 31 de diciembre de 2006

Touraine, Alain, *¿Qué es la democracia?*, México: FCE, 2ed., Trad. Horacio Pons, 2000.

### Consultas en internet

Adorador.com, *María Magdalena* [en línea], <[http://www.adorador.com/mujeresdelabiblia/maria\\_magdalena.htm](http://www.adorador.com/mujeresdelabiblia/maria_magdalena.htm)> [Consulta: 28 de diciembre de 2006]

Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Versión Estereográfica de la Sesión Ordinaria Celebrada el 28 de diciembre de 2006 [en línea], <http://www.asambleadf.gob.mx/>, [Consulta: 4 de enero de 2007]

Corte Europea de Derechos Humanos, *CASE OF ELSHOLZ v. GERMANY* <en línea>, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=8785364&skin=hudoc-en&action=request> [Consulta: 12 de octubre de 2006]

Documentación. *Referencias bibliográficas* [en línea], [http://www.ugr.es/~pwlac/G00\\_Referencias\\_electronicas.html](http://www.ugr.es/~pwlac/G00_Referencias_electronicas.html) [Consulta: 3 de octubre de 2006]

*Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* [en línea] <<http://www.rae.es>> [Consulta: 28 de diciembre de 2006]

El Mundo, *Agilización de los procesos de ruptura: La ley del divorcio entra en vigor hoy tras ser publicada ayer en el BOE* [en línea], <http://www.elmundo.es/elmundo/2005/07/09/espana/1120903826.html> [Consulta: 22 de octubre de 2006]

Escrituras, *Evangelio de Maria Magdalena* [en línea], <<http://escrituras.tripod.com/Textos/EvMagdalena.htm>> [Consulta: 28 de diciembre de 2006]

España, Juzgado de Primera Instancia Número 15 Barcelona, Auto No.239, en Asociación Gallega de Padres y Madres Separados, Custodia Compartida en Medidas Provisionales [en línea], <<http://ayudaafamiliasseparadas.fiestras.com/servlet/ContentServer?pagename=R&c=Articulo&cid=1151514491171&pubid=988617426871>> Consulta: 22 de octubre de 2006

Feibleman & Case, *Glossary of Legal Terms*[en línea], Edit. Feibleman & Case, 2004-2005. <<http://www.feibleman-law.com/glossary.php>> [Consulta: 9 de agosto de 2006]

Las Siervas de los Corazones Traspasados de Jesús y María, *San Ignacio de Loyola* [en línea], <[http://corazones.org/santos/ignacio\\_loyola.htm](http://corazones.org/santos/ignacio_loyola.htm)> [Consulta: 27 de diciembre de 2006]

Martí, Octavio, *Francia equipara los derechos y deberes de padres y madres*, El País, 13 de diciembre de 2001. Apud, *Adios Papá* [en línea], <http://www.geocities.com/apinpach/cc-Francia.htm> [consulta: 31 de enero de 2007]

Martín-Cano Abreu, Francisca, *Los arquetipos femeninos de los templarios y la idea de igualdad en la sociedad occidental* [en línea], <[http://www.creatividadfeminista.org/articulos/templarios\\_1.htm](http://www.creatividadfeminista.org/articulos/templarios_1.htm)> [Consulta: 28 de diciembre de 2006]

Mayor, Jayne A., *Parents Who Have Successfully Fought Parental Alienation Syndrome* [en línea], <<http://www.breakthroughparenting.com/PAS.htm>> [Consulta: 3 de enero de 2007] Trad. Jorge K. Ikeda



Morley, Jeremy D., *German Failure to Expedite Hague Child Abduction Cases* [en línea], <[http://familylawinternational.blogspot.com/2006\\_05\\_01\\_archive.html](http://familylawinternational.blogspot.com/2006_05_01_archive.html)> [Consulta: 2 de enero de 2007]

Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos* [en línea], <<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>> [Consulta: 2 de enero de 2007]

Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos del Niño* [en línea], [http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm) [Consulta: 13 de febrero de 2007]

Podevyn, Francois, *Síndrome de Alienación Parental (SAP)* [en línea], trad. Paul Willekens, [http://www.apadeshi.org.ar/sindrome\\_de\\_alienacion\\_parental.htm](http://www.apadeshi.org.ar/sindrome_de_alienacion_parental.htm) [Consulta: 26 de enero de 2007]

Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), *Preguntas Frecuentes* [en línea], DIF, México. <<http://www.dif.gob.mx/grupos/menores/preguntas/preguntasprocuracion.html>> [Consulta: 6 de agosto de 2006]

Unión Europea, Corte Europea de Derechos Humanos, *Elsholz v. Alemania*, expediente 25735/94, HUDOC Collection. <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>> Consulta: 12 de octubre de 2006

Wikipedia, *Organización Territorial de los Estados Unidos* [en línea], <[http://es.wikipedia.org/wiki/Organizaci%C3%B3n\\_pol%C3%ADtico-administrativa\\_de\\_los\\_Estados\\_Unidos](http://es.wikipedia.org/wiki/Organizaci%C3%B3n_pol%C3%ADtico-administrativa_de_los_Estados_Unidos)> [Consulta: 29 de septiembre de 2006]

Correo electrónico de Fernando Sosa Betancourt, Director de Tratados SRE, 8 de enero 2007.

### Legislación consultada

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Civil Federal

Código Penal Federal

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

Código Civil para el Distrito Federal

Código Penal para el Distrito Federal

Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal

Código Familiar Para El Estado Libre Y Soberano De Morelos.

Código Procesal Familiar Para El Estado Libre Y Soberano De Morelos.

# **Anexo 1**

## CARTA ABIERTA

A la opinión pública morelense:

El sábado 9 de julio de 2005 a las 17.10 horas en Plaza Cinemex Diana fui agredido físicamente a golpes en cara y cuerpo por los guardaespaldas del Arq. Noé Gregorio Sánchez Cruz, Presidente Municipal de Temixco. Todo por pedirle que me dejara cargar a mi hijo, al que no había visto desde hace 6 meses. ¡EXIJO JUSTICIA!

A Noé Sánchez Cruz:

Dios no te concedió hijos varones. Es tu nieto, no tu hijo. Déjame ver a mi hijo. No tienes principios ni valores. El derecho me asiste y tarde o temprano veré a mi hijo. Deja de usar recursos públicos en agredir a los ciudadanos y transgredir el Estado de Derecho.

Atentamente,

**JORGE IKEDA**

Cuernavaca, Morelos a 11 de julio de 2005

Al cuesti

# Falta cont

▶ ANDRES

CUERNAVACA, M  
tario de Go  
mayores ac  
menudeo p  
Morelos de  
República (I  
Millán, será  
Archundia E

Entrevist  
conoció qu  
reas pendir  
bio Millán,  
coordinada  
cia de este  
ta de Comf

Los peni  
te de la ex  
que es car  
nes)", pero  
añadió, "pe  
te, que hul

De igual  
cuencia or  
"que quier  
de las pe  
esto, lam  
cerio", lo  
de comba

Respec  
deo en M  
conflicto p  
tadísticas

La Jornada  
5

2005



Intruyó a sus guardas golpear al ex esposo de su hija

# Denuncian al alcalde panista de Temixco por prepotencia

**Genaro Suárez Covarrubias**

Por delitos como amenazas de muerte, abuso de autoridad, presunciones, golpes e injurias, Jorge Ramírez Irujo Rodríguez, de 50 años de edad, presentó la denuncia penal AM/TA/1576/05-07 ante el Ministerio Público de la Procuraduría General de Justicia, en la colonia Antonio Díaz Vialta, en contra del presidente municipal de

Temixco, el panista Noel Sánchez Cruz.

El denunciante dio a conocer que desde hace un año se agredió a Paola Sánchez de 20 años hija del alcalde Noel y en enero de este año quedó embarazada, sin embargo, durante el tiempo que estuvo embarazada procreó a un hijo de nombre Jorge Raúl Irujo Sánchez, de un año

de edad. Sin embargo, pese a que el juez acordó que tenía derecho a ver a su hijo todos los días de lunes a domingo, de 8 a 8 de la noche, pero desde hace dos meses no lo ha podido ver por instrucciones del alcalde de Temixco.

Empero, el empresario Jorge Irujo informó a El Regional del Sur, que el pasado sábado 9 de julio, Jorge Irujo se encontraba en el restaurante Zenit, en plaza Colón, Oaxaca, en Cuernavaca, cuando a las 17:10 horas llegó el alcalde de Temixco y acompañado a la gubernatura de Morelos, Noel Sánchez Cruz, junto con su esposa la señora Paola Vives, su ex esposa de 20 años, Paola Sánchez y su hijo de mismo nombre a quien llevaron en brazos.

La impresión de verlo, luego de casi mes de no poder verlo, hizo que Irujo se acercara a saludarlo y pudo dejarle un mensaje, pero en el momento en que lo agarró, Noel Sánchez Cruz se inclinó y lanzó a sus quemientos para que intervinieran.

Acto seguido, intervino el policía Alejandro «E» para separarlo, e inmediatamente llegó otro elemento de seguridad y lo empezó a golpear en la cara y cuerpo. Ante esa situación, el municipio afiliado del Partido Acción

Nacional, se levantó y lo bajó a tierra de las dos personas que lo seguían golpeando sucesivamente.

Por esa razón, el comerciante Jorge Irujo, decidió acudir al Ministerio Público de la colonia Antonio Díaz Vialta, a presentar la denuncia penal AM/TA/1576/05-07 por los delitos de amenazas de muerte, abuso de autoridad, presunciones, golpes e injurias y lo que resultó, así como la queja ante la Comisión Estatal de Derechos Humanos (CEDH) que preside Sergio Velasco.

Al final, Jorge Irujo, manifestó que el luchará por ver a su hijo como lo acordó el juez que lo demandó y solicitó la intervención de autoridades judiciales, toda vez que Noel Sánchez Cruz, quien dijo, ya lo empezó a golpear en sus ocasiones y por eso presentó denuncia ante la PGJ, es responsable de todo lo que pueda sucederle a él y a su familia, en razón de los sucesos registrados. Por otro lado, que actualmente, el municipio panista vive en la calle Orizaba, número 29, en el Fraccionamiento Burgos en la colonia Bugambilillas, en Temixco. Y así, las 17 horas, fue otro momento de seguridad con otros grupos policiacos, quienes le hicieron ver a su hijo Jorge Raúl Irujo Sánchez de un año ante mes de edad.

Recodo, el TSJ, o abrió expedientes a particulares

## Determinante, dictamen sobre criterios de acceso a información

**José Carlos López**

Integrantes del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial consideraron que será muy importante la resolución que emita la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en un amparo interpuesto por Temexco por acción del Instituto Federal de Acceso a la Información, para definir los criterios sobre lo que se puede dar a conocer y lo que debe permanecer clasificado como confidencial.

Lo anterior, luego de que abogados de Temexco promovieron una demanda de amparo en contra del IFAI en la que cuestionan la constitucionalidad de este artículo fundamental de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información.

Aunque el amparo es en contra de la Ley Federal y no la acción, los jueces esperan que en su resolución el máximo tribunal defina algunas cuestiones sobre el cumplimiento de información.

La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información tendrá su propia de fuerza ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, luego de que el máximo tribunal aceptó revisar una demanda de amparo en la que Telefebo de México cuestionó la constitucionalidad de este artículo fundamental de sus estatutos.

Según la demanda de amparo promovida por los influyentes abogados de Temexco, la Ley de Transparencia resulta evidentemente inconstitucional, porque cualquier persona puede impetrar de la información o documentación propiedad de los gobiernos que gira en los archivos de las autoridades públicas o del cumplimiento a la referida ley, sin que el efecto se tenga un fin específico para comprobar el cumplimiento de disposiciones legales, sino por la mera "curiosidad" de algún particular.

Por su parte, la Corte sólo ha hecho un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de la Ley Federal de Transparencia (vigente desde junio de 2002), pero fue en el tema relacionado con el derecho de sustancia de los terceros interesados durante los procedimientos de acceso a la información, en un amparo de BBVA-Bancomer que fue negado.

Y aunque el Tribunal Superior de Justicia ha sido uno de los organismos públicos que se han mostrado más rápidos a entregar información a los particulares.

Su presidenta, Ricardo Flores Pérez, destacó la necesidad de fijar límites en la Ley de Información Pública y Transparencia que evita el Poder Judicial abrir la información reservada por la «revelación de algunos asuntos que merecen la reserva», y tomando en cuenta este primer orden del Instituto, aclaró que en caso de estar obligados de nuevo a entregar cualquier otro documento, «seremos lentísimos que espere la información al interesado bajo las responsabilidades del Instituto».

Recordó que al interior de la institución que representa hay un consenso de información clasificada que determina «cuál es la reserva y hay que analizar perfectamente, esto punto porque es aquí donde podrían surgir los conflictos en cuanto a que el consejo emita una cosa y los servidores del Instituto actúan otra».

Rosca Pérez comentó a los integrantes del Instituto a revisar la normatividad para aplicar perfectamente el contenido de la Ley de Información, la cual debe señalar las tipologías de información reservada y confidencial en aquellos procedimientos en los que se debe guardar la reserva y la integridad de las personas que por la naturaleza del asunto tendríamos que reservarnos.

Se hizo una tormenta en un vaso de agua, acusa delegado a Ricardo Rosca

## Ninguna irregularidad en incapacidades del IMSS a trabajadores del TSJ

**Laura Escobar Díaz**

La delegación estatal del IMSS concluyó la investigación realizada a las incapacidades de trabajadores del Tribunal Superior de Justicia en cuanto a denuncia de falsedad en los documentos expedidos al revisar que no se anexó ningún justificante médico ni irregular al revisar sólo 50 incapacidades médicas.

El delegado del Instituto, Jorge Herrera del Rincón, reconoció que de este conflicto se hizo una tormenta en un vaso de agua luego de que en el TSJ se denunció la expedición de cientos de incapacidades falsas y generó inconformidad tanto del presidente de este poder, Ricardo Rosca Pérez como de la delegación.

«Nosotros ya concluimos la investigación y no se puede llegar a nada, no eran falsas, las cifras eran falsas, no hubo solo en este problema pero hubo una mala información porque en

el IMSS no puede haber incapacidades apócrifas porque se trabaja con todos debidamente registrados previamente».

Herrera del Rincón abundó que esta resolución ya fue informada a Rosca Pérez a fin de que verifique la autenticidad de los justificantes médicos de los cuales sólo 50 fueron incapacidades y de esas amparaban a 23 desahuciados.

Señaló que para constatar cada documento se hizo una revisión exhaustiva por expediente y no se pudo confirmar ninguna situación irregular tal y como lo determinó el Comité de Fiel del IMSS que revisó con exhaustivo celo incapacidades.

A mismo tiempo del funcionario federal aceptó que se tienen dudas de que se expiden justificantes excesivos a trabajadores que se ausentan de las empresas pero como el caso médico es difícil, dijo, no se permite dar fe.

## **CARTA ABIERTA**

**Al H. Congreso del Estado de Morelos:**

El síndrome de alienación parental (PAS) es una forma de maltrato infantil. Es **URGENTE** que el Congreso local legisle sobre la materia como lo han hecho varios países y el Distrito Federal.

El Arq. Noé Gregorio Sánchez Cruz, Presidente Municipal de Temixco, utiliza recursos públicos para evitar la convivencia con mi hijo e induce un síndrome de alienación parental cuyas consecuencias duran toda la vida. Esta conducta es violatoria de mis derechos humanos, sin menoscabar los de mi menor hijo a quien represento legalmente.

**¡POR FAVOR, DETENGAN EL ABUSO!**

Jorge K. Ikeda



# **Anexo 2**



**MENORES DE EDAD, CARECEN DE INTERÉS JURÍDICO PARA PROMOVER POR SÍ MISMOS O POR CONDUCTO DE ALGUNO DE SUS PROGENITORES EN SU REPRESENTACIÓN, EL JUICIO DE AMPARO RESPECTO DE RESOLUCIONES DICTADAS EN JUICIOS DE GUARDA Y CUSTODIA.**

De acuerdo con el artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal, la guarda y custodia constituyen parte de los derechos y obligaciones derivados del ejercicio de la patria potestad que los padres ejercen respecto de sus menores hijos, por ello resulta evidente que la titularidad del derecho a ejercer esa guarda y custodia corresponde única y exclusivamente a los padres. Ahora bien, tomando en consideración que el interés jurídico no es otra cosa que la titularidad que le corresponde al peticionario de garantías en relación a los derechos u obligaciones afectados por un acto de autoridad, es inconcuso que en los juicios de guarda y custodia de menores, la titularidad de los derechos controvertidos corresponde única y exclusivamente a los padres no a los menores, lo que a su vez implica también la exclusividad para los padres respecto del interés jurídico para impugnar a través del juicio de amparo los acuerdos y resoluciones que se dicten en dicho procedimiento y afecten el ejercicio de los derechos de los que son titulares. Sin que sea óbice al respecto el "interés superior de la niñez" a que se refieren la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, toda vez que dicho concepto implica que las políticas, las acciones y la toma de decisiones relacionadas con ese periodo de la vida, tienen que darse de tal manera que, en primer término y antes de cualquier otra consideración, se busque el beneficio directo del infante y del adolescente a quien van dirigidas, y que las instituciones de bienestar social, tanto públicas como privadas, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos deberán responder, viéndolo como prioritario, a ese interés superior del menor, de modo y manera tales que quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el interés superior del niño, deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la convención y ordenamiento legales antes citados; requisitos a los que la autoridad jurisdiccional da cumplimiento escuchando la opinión del o los menores en relación con la controversia planteada por sus progenitores en el juicio, y al agente del Ministerio Público de la adscripción, a fin de allegarse elementos que le permitan resolver conforme a derecho y atendiendo al interés superior del menor o menores implicados en la controversia.

**PRUEBA TESTIMONIAL A CARGO DE LOS MENORES HIJOS EN EL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO DE SUS PADRES. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO CONSTITUYE UN ACTO DE IMPOSIBLE REPARACIÓN Y, POR TANTO, EN SU CONTRA PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.**

Si se toma en consideración que la salud psicológica de los menores es un derecho protegido por el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por la Convención sobre los Derechos del Niño, signada por el Estado mexicano y

publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991, es inconcuso que ese derecho constituye una garantía individual y un derecho sustantivo cuya protección es obligación del Estado en todos los actos que realice respecto de los menores; de ahí que cualquier acto dentro de juicio que pudiera afectar su salud mental debe considerarse como de imposible reparación. En esa virtud, la admisión y orden de desahogo de la prueba testimonial a cargo de los menores sobre los hechos materia del divorcio necesario de sus padres puede causar daños a la salud psicológica de aquéllos, pues tendrán que declarar sobre cuestiones como violencia intrafamiliar, infidelidad, maltrato, amenazas, etcétera; de manera que aun en caso de que se dictara una sentencia que garantizara sus derechos, el perjuicio sufrido al desahogar la testimonial no podría desaparecer y no podría restituirseles en el ejercicio de su salud mental. Por ello, la sola admisión de una prueba de esta clase debe considerarse como un acto de imposible reparación para los efectos de la procedencia del juicio de amparo indirecto, juicio que en forma excepcional podrá promover el propio menor en términos del artículo 6o. de la Ley de Amparo, sin que sea necesario probar en los autos del juicio natural que existirá un perjuicio de esa naturaleza, en tanto que es suficiente la sola posibilidad de que ello ocurra.

**DIVORCIO NECESARIO POR LA SEPARACIÓN DE HECHO DE LOS CÓNYUGES. TAL HIPÓTESIS NO ATENTA CONTRA LA ORGANIZACIÓN Y DESARROLLO DE LA FAMILIA, POR LO QUE NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).**

Si bien es cierto que conforme al artículo 4.1 del Código Civil del Estado de México, la familia tiene su base y fundamento legal en el matrimonio que le da estabilidad, ya que establece que es una institución de carácter público e interés social, por medio del cual un hombre y una mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia, y el artículo 4.16 de dicho código impone a los consortes la obligación de contribuir a los fines del matrimonio, esto es, a compartir el estado de vida que hayan adoptado; también lo es que la causal de divorcio prevista en el artículo 4.90, fracción XIX, de la aludida legislación, consistente en la separación de hecho de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que la haya originado, está referida exclusivamente a su separación personal, a la desunión, ausencia o falta de convivencia entre ellos, a la interrupción personal de su vida conyugal, así como a la falta de cohabitación de los esposos y de vida en común prolongada en exceso de ese periodo, justificada o injustificadamente. En ese tenor, se concluye que la figura jurídica del divorcio no es el origen del rompimiento del matrimonio ni la causa del deterioro de la familia, sino la expresión legal y final de una ruptura de hecho preexistente, así como la manifestación jurídica de una situación conyugal irregular, que permite a los cónyuges afectados intentar una diversa unión lícita que pudiera prosperar y ser la base de una nueva familia sólidamente constituida; de ahí que la aludida hipótesis de divorcio no vulnera el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

**PATRIA POTESTAD. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS SÓLO OCASIONA SU PÉRDIDA SI COMPROMETE LA SALUD, LA SEGURIDAD, EL DESARROLLO MORAL, LA INTEGRIDAD FÍSICA O PSÍQUICA DE LOS MENORES SUJETOS A ESE RÉGIMEN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).**

Considerando por una parte, que la patria potestad impone a los padres el deber de proveer a la asistencia y protección de las personas de los hijos, en la medida reclamada por las necesidades de éstos, es evidente que tal deber implica una dirección ético-espiritual, así como rectitud de conducta de quienes la ejercen y, por ende, su cumplimiento constituye un factor determinante para la subsistencia y desarrollo armónico de los menores sujetos a ese régimen y, por otra, el interés que la sociedad tiene en la conservación de dicha institución familiar en que se sustenta la formación moral e intelectual de las personas sobre quienes se ejerce esa potestad, es válido sostener conforme al artículo 628, fracción III, del Código Civil para el Estado de Puebla que el incumplimiento de la obligación a cargo de los padres de dar alimentos a sus hijos sólo ocasiona la pérdida de la patria potestad, si esa infracción es de tal modo grave que comprometa la salud, la seguridad o moralidad de aquéllos; por tanto, es correcto condenar a la pérdida de la patria potestad en un juicio en que se acreditó que el demandado además de no proporcionar alimentos a sus hijos, no justificó su abstención ni tampoco hizo algo por cumplir con su deber, pues ello pone de manifiesto su falta de interés por la salud y seguridad de sus hijos, ocasionando tal abandono un grave riesgo para la integridad física y moral de los mismos

**RÉGIMEN DE CONVIVENCIA FAMILIAR Y VISITA A LOS HIJOS. NO DEBE CONDICIONARSE AL CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES.**

De conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, aprobada por el Senado de la República el diecinueve de junio de mil novecientos noventa, ratificada por México el veintiuno de septiembre del precitado año, y publicada en el Diario Oficial de la Federación el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno, en todas las medidas concernientes a los niños y niñas que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, considerarán primordialmente que se atienda al interés superior del niño, de acuerdo con el artículo 3 de dicha convención. Consiguientemente, cuando se resuelva decretar un régimen de visitas entre un menor y alguno de sus progenitores no procede condicionarse la convivencia paterno-filial al previo consentimiento de dicho menor, pues dada su incapacidad para decidir lo que más le convenga, no puede quedar a su voluntad la verificación de la convivencia ya resuelta, amén de que lejos de beneficiarle ello le perjudica, puesto que el mencionado infante podría verse influenciado por factores externos a su real manera de pensar y sentir, es decir, se propiciaría que mediante la influencia de alguno de los progenitores se evitara la convivencia determinada, sin que derivase ello de la decisión personal de dicho menor.

**PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA, POR INCUMPLIMIENTO TOTAL O PARCIAL DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).**

El artículo 444, fracción IV, del Código Civil para el Distrito Federal, establece que la patria potestad se pierde por el incumplimiento de la obligación alimentaria por más de noventa días, sin causa justificada. Ahora bien, el incumplimiento parcial de la obligación de proporcionar alimentos por más de noventa días sí puede dar lugar a la pérdida de la patria potestad, pues no cabe admitir que para que opere la causal de referencia el abandono de dichos deberes deba ser necesariamente total, ya que es evidente que la necesidad de percibir alimentos es de tal naturaleza que no puede quedar supeditada a eventualidades ni a un cumplimiento parcial, por lo que un incumplimiento de esta clase sí puede en principio justificar la pérdida de la patria potestad, máxime cuando se trata de menores que no pueden valerse por sí mismos, toda vez que de no ser así se llegaría a autorizar una situación permanente de abandono parcial de las obligaciones y deberes de los padres para con sus hijos, que no puede ser lógicamente lo que quiso estatuir el legislador en el precepto anotado. Sin embargo, el incumplimiento parcial debe ser grave para fundar la pérdida de la patria potestad, es decir, no cualquier parcial incumplimiento, por mínimo que sea, puede servir para ese efecto. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que la patria potestad es una función de los padres establecida sobre todo en interés de los hijos y que consiste esencialmente en cuidar de sus personas y bienes, lo que significa que más que una sanción al progenitor incumplido, la pérdida de la patria potestad debe conceptuarse como una medida de protección del hijo y, por ende, debe ser adoptada en beneficio del mismo, puesto que la intención del legislador no fue simplemente sancionar la mera infracción de los deberes a cargo del padre, sino fundamentalmente proteger al hijo, y si bien la situación de abandono o desamparo debe entenderse producida cuando se ha dejado de cumplir las obligaciones en forma total, hipótesis en la que el Juez no necesita entrar a considerar la importancia del incumplimiento, ya que su idoneidad para justificar la pérdida de la patria potestad surge de la voluntad del legislador cuando tiene lugar por más de noventa días y no ha mediado causa justificada, no acontece lo mismo cuando se está frente a un incumplimiento parcial por un lapso determinado, desde luego superior a noventa días, caso en el que el juzgador, conforme a su prudente arbitrio, debe sopesar las circunstancias y ponderar si el incumplimiento parcial es de tal entidad que amerite la pérdida de la patria potestad, atendiendo, por ejemplo, a si es o no considerable la parte en que se ha incumplido, el tiempo por el que se ha prolongado, etcétera, y sin olvidar que el interés de los hijos debe ser estimado como primordial

**MENORES DE EDAD. LA FALTA DE ASISTENCIA A UNA DE LAS VISITAS ESTABLECIDAS, NO MOTIVA LA PRIVACIÓN O SUSPENSIÓN DEL DERECHO A LA CONVIVENCIA ENTRE PADRES E HIJOS, PUES NO CONSTITUYE, SALVO PRUEBA EN CONTRARIO, UN HECHO GRAVE QUE IMPLIQUE UN PELIGRO INMINENTE EN SU DESARROLLO FÍSICO, PSICOLÓGICO O MENTAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA)**

De la interpretación de los artículos 605, 605 bis y 637 del Código Civil para el Estado de Puebla se advierte que el derecho del padre a visitar a sus hijos es una función familiar, una facultad y deber, establecido fundamentalmente en beneficio de los hijos, siendo para éstos un derecho de la personalidad, de manera tal que para que los progenitores puedan cumplir cabalmente con los deberes que les impone la patria potestad, como son el velar por su seguridad e integridad corporal, el cuidado de dirigir su educación, vigilar su conducta, sus relaciones y correspondencia, y su formación, es del todo indispensable el ejercicio de las facultades inherentes a ellos, entre las que se encuentran de manera destacada la guarda y custodia, y su convivencia con ellos, siempre y cuando no exista algún elemento que patentice que tal convivencia sea contraria a la salud, seguridad o moralidad del menor, esto es, que ponga en peligro una de estas circunstancias lo que, en última instancia, debe acreditarse por la parte que lo invoque y pretenda la limitación o negación de ese derecho. Por tanto, la falta de asistencia a una de las visitas establecidas, no constituye una circunstancia que motive la privación o suspensión del derecho a la convivencia entre padres e hijos, pues no es, salvo prueba en contrario, un hecho grave que implique un peligro inminente en el desarrollo físico, psicológico o mental del menor y sí, por el contrario, la preservación del trato frecuente entre ambos tiende a desarrollar una formación estable y fuerte en beneficio del menor

**GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DE EDAD. EL HECHO DE QUE PERICIALMENTE SE HAYA DETERMINADO QUE LA MADRE, DEBIDO A SU PROCESO DE SEPARACIÓN CON EL PADRE DEL MENOR, DEBA SOMETERSE A TRATAMIENTO PSICOLÓGICO, NO ES MOTIVO PARA CONSIDERAR QUE NO ES APTA PARA EL CUIDADO DE SU HIJO.**

La Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la cual México es parte, establece en su sexto principio que para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad del niño se requiere darle amor y comprensión, por ello, siempre que sea posible, el infante debe crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y sólo por causas excepcionales un niño de corta edad puede ser separado de su madre, por ser quien tiene la presunción de ser la persona más apta para procurar el cariño, la comprensión, el cuidado y las atenciones necesarios para el menor. Ahora bien, el hecho de que pericialmente se haya determinado que la madre debe someterse a tratamiento psicológico, para estar en mejores condiciones para hacerse cargo del niño, ya que se encuentra afectada emocionalmente por el proceso de separación que enfrenta con el padre del infante, no es motivo para considerar que aquélla no sea apta para el cuidado del menor, sobre todo si no hay prueba de que la progenitora presente problemas

relacionados con la psiquiatría o la psicología, en forma grave, que le impidan hacerse cargo de su hijo.

**PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA. EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA, EL MISMO DEBE SER TOTAL (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN IV, DEL ARTÍCULO 444 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN VIGOR A PARTIR DE JUNIO DE DOS MIL CUATRO).**

De acuerdo a los antecedentes históricos legislativos, las razones que tuvo el legislador para reformar el artículo en cita, fue con la finalidad de fomentar una paternidad responsable, obligando a que los padres no incumplan con su obligación alimentaria para con sus hijos; empero el texto literal del referido precepto legal es ambiguo pues no se señala si el incumplimiento debe ser total o parcial; sin embargo, de la exposición de motivos se advierte que el legislador señala: "... trátase de la omisión de cuidados de abstenerse de ministrar alimentos...", luego, si abstener de acuerdo con la "Enciclopedia del idioma" el vocablo abstener significa: "dejar de hacer alguna cosa"; tomando en cuenta que la patria potestad es un estado de derecho que así como otorga obligaciones, también concede derechos, como son entre otros, educar y convivir con los hijos; y, que el fin de la reforma es proteger a los niños a través del fomento de la paternidad responsable, es de concluir que la intención del legislador para que proceda la pérdida de la patria potestad por incumplimiento de la obligación alimentaria por más de noventa días, sin causa justificada, es que sea total, esto es, que exista abstención por parte de los padres de ministrar alimentos, pues ello revela objetivamente su desinterés y cuidado respecto de los acreedores alimentarios; lo cual no se aprecia en el caso en que cumplen de manera parcial. De lo contrario, se estaría facultando a los Jueces para que no importando el monto del numerario faltante para ese fin, sin exigir mayor requisito y reflexión alguna, decretaran la pérdida de la patria potestad, cuando si ese hubiese sido el propósito de la reforma, se hubieran establecido los parámetros a tomar en cuenta por el juzgador para normar su criterio.

# **Anexo 3**

**\* Alabama<sup>133</sup>**

§ 30-3-150. Política de estado

Custodia conjunta.- Es política de este estado asegurar que los niños menores de edad tengan un contacto frecuente y continuo con los padres que hayan mostrado capacidad para actuar según el mejor interés de sus hijos, y alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de sus hijos tras su separación o ruptura matrimonial. Por "custodia conjunta" no se entenderá necesariamente "custodia física en porcentajes iguales".

§ 30-3-151. Definiciones

A los fines del presente artículo, se tendrán en cuenta las definiciones siguientes:

- 1) Custodia conjunta: comprende la custodia legal conjunta y la custodia física conjunta.
- 2) Custodia legal conjunta: ambos padres tienen idénticos derechos y responsabilidades para la adopción de las decisiones importantes relativas al niño, como por ejemplo la educación, la atención sanitaria y la formación religiosa. El tribunal podrá atribuir determinadas facultades decisorias a un solo progenitor, al tiempo que ambos padres conservan la igualdad de derechos y responsabilidades respecto de otras decisiones.
- 3) Custodia física conjunta. Los padres comparten la custodia física de forma que se asegure al niño el contacto frecuente y sustancial con cada uno de ellos. La custodia física conjunta no significa necesariamente que los períodos de custodia física tengan idéntica duración.
- 4) Custodia legal exclusiva. [...]
- 5) Custodia física exclusiva. [...]

§ 30-3-152. Consideraciones de los tribunales; factores que se tendrán en cuenta.

- a) El tribunal considerará en cada caso la atribución de la custodia conjunta, pero podrá otorgar cualquier forma de custodia en función del mejor interés del niño. [...]
- b) El tribunal podrá ordenar una forma de custodia conjunta sin consentimiento de ambos padres cuando considere que el mejor interés del niño lo requiere.
- c) Si ambos padres solicitado la custodia conjunta, se da por supuesto que la custodia conjunta coincide con el mejor interés del niño.

§ 30-3-153. Plan de los padres.

---

133 Code of Alabama, 1975, Acts 1996, N° 96-520; en vigor desde el 1 de enero de 1997 Apud, Op cit nota 1 \*\*\*Texto original: <http://www.legislature.state.al.us/CodeofAlabama/1975/22063.htm>



a) Para poner en práctica la custodia conjunta, el tribunal requerirá a los padres para que presenten, como parte de su acuerdo, disposiciones sobre las cuestiones relativas al cuidado y la custodia del niño [...]

\* **Alaska**<sup>134</sup>

a) [...] El tribunal otorgará la custodia sobre la base del mejor interés del niño. Al determinar cuál es el mejor interés del niño, el tribunal tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos los enumerados en AS 25.24.150 c). En una determinación de custodia formulada en virtud de la presente sección, el tribunal establecerá un régimen de visitas a favor de un abuelo u otra persona si ello coincide con el mejor interés del niño.

b) Ninguno de los padres, con independencia de la cuestión de la legitimidad del niño, tendrá preferencia a efectos de la adjudicación de la custodia.

c) El tribunal podrá conceder la custodia compartida [shared custody] a ambos padres si considera que la custodia compartida coincide con el mejor interés del niño. Una sentencia de custodia compartida asegurará que el niño tenga contacto frecuente y continuo con cada uno de los padres en la mayor medida posible.

AS 25.20.080. Mediación en relación con la custodia del niño.

a) [...] en cualquier momento, dentro de los 30 días siguientes a la presentación de una solicitud de custodia presentada de conformidad con la disposición AS 25.20.060, el tribunal podrá ordenar a las partes que se sometan a mediación.

• **Arizona**<sup>135</sup>

---

134 Joint Custody and Shared Parenting Statutes [en línea], <http://www.gocrc.com/research/legislation.html> Trad. por Jorge K. Ikeda [Consulta: 29 de septiembre de 2006] *Alaska Statutes, title 25 – AS 25.20.060* \*\*\*Texto original: <http://touchngo.com/lglcntr/akstats/Statutes/Title25/Chapter20.htm>

135 Ibidem

*Arizona statutes Title 25, Chapter 4, 25-403*

*A. The court shall determine custody, either originally or on petition for modification, in accordance with the best interests of the child. The court shall consider all relevant factors, including:*

*1. The wishes of the child's parent or parents as to custody.*

*2. The wishes of the child as to the custodian.*

*3. The interaction and interrelationship of the child with the child's parent or parents, the child's siblings and any other person who may significantly affect the child's best interest.*

*4. The child's adjustment to home, school and community.*

*5. The mental and physical health of all individuals involved.*

*6. Which parent is more likely to allow the child frequent and meaningful continuing contact with the other parent.*

*7. Whether one parent, both parents or neither parent has provided primary care of the child.*

*8. The nature and extent of coercion or duress used by a parent in obtaining an agreement regarding custody.*

*9. Whether a parent has complied with chapter 3, article 5 of this title.*

*10. Whether either parent was convicted of an act of false reporting of child abuse or neglect under section 13-2907.02.*

Estatutos de Arizona. Título 25, Capítulo 4, 25-403.

A. La Corte deberá determinar la custodia, ya sea originalmente o a petición de parte para modificarla, de acuerdo con el mejor interés del niño menor de edad. La Corte deberá considerar todos los factores relevantes, incluyendo:

1. Los deseos del padre<sup>136</sup> o padres con respecto a la custodia
2. Los deseos del niño con respecto al custodia
3. La interacción e interrelación del niño menor de edad con el padre o padres, los hermanos y cualquier otra persona que pudiera afectar el mejor interés del niño menor de edad
4. La adaptación del niño al hogar, escuela y comunidad.
5. La salud mental y física de los individuos involucrados
6. Cuál de los padres estará más dispuesto a permitir el contacto frecuente y significativo del menor con el otro padre
7. Si un padre, ambos padres o ninguno de ellos se halla encargado del cuidado del menor
8. La naturaleza y alcance de la coerción o duración usada por un padre para obtener un acuerdo con respecto a la custodia
9. Si un padre ha cumplido con el artículo 5 del tercer capítulo de este título
10. Si un padre sea convicto del acto de reportar una falsa acusación de abuso sexual o negligencia bajo la sección 13-2907.02

- **Arkansas**

La custodia<sup>137</sup>

- (b) En una acción de divorcio, la custodia de un niño de un matrimonio deberá hacerse sin tomar en cuenta el sexo del padre, pero solamente en concordancia con el bienestar y mejor interés del niño menor de edad.
- (c) (1)(A)(i) En el mejor interés del niño menor de edad, la custodia se otorgará de tal forma que se asegure el contacto continuo del niño con ambos padres.  
(2) Para este efecto, al redactar la orden de custodia para cualquiera de los padres, la Corte deberá considerar, entre otros factores, cual de los padres está en la mejor disposición para permitir al niño o niños el frecuente y continuo contacto con el padre no custodio.

---

136 Es incorrecto usar el término genérico “padre” para referirse al padre o la madre. Debería usarse el término de “progenitor” que es neutral y sin connotaciones de índole sexual.

137 Op.cit. Nota 5863  
*Title 9, § 9-13-101.*

*Award of custody.*

*(a) In an action for divorce, the award of custody of the children of the marriage shall be made without regard to the sex of the parent, but solely in accordance with the welfare and best interests of the children.*

*(b)(1) (A) (i) When in the best interests of a child, custody shall be awarded in such a way so as to assure the frequent and continuing contact of the child with both parents.*

*(2) To this effect, in making an order for custody to either parent, the court may consider, among other facts, which parent is more likely to allow the child or children frequent and continuing contact with the noncustodial parent.*

- **California**<sup>138</sup>

3002. Por "custodia conjunta" se entenderá la custodia física conjunta y la custodia legal conjunta.

3003. Por "custodia legal conjunta" se entenderá que ambos padres compartirán el derecho y la responsabilidad de adoptar las decisiones relativas a la salud, la educación y el bienestar del niño.

3004. Por "custodia física conjunta" se entenderá que cada uno de los padres tendrá períodos significativos de custodia física. La custodia física conjunta será compartida por los padres de tal forma que se garantice al niño un contacto frecuente y continuo con ambos padres, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 3011 y 3020.

3020. b) El poder legislativo considera y declara que es política pública de este estado garantizar a los hijos el contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la separación de éstos o la ruptura de su matrimonio, o tras el final de su relación, y alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los hijos para llevar a efecto esta política, excepto si ese contacto no es compatible con el mejor interés del niño, con arreglo a lo previsto en el artículo 3011.

3040. a) La custodia deberá concederse por el siguiente orden de preferencia, según el mejor interés del niño tal como se prevé en los artículos 3011 y 3020:

1) A ambos padres conjuntamente, con arreglo al dispuesto en el capítulo 4 (a partir del artículo 3080), o a cualquiera de ellos. Al dictar una orden de concesión de la custodia a uno de los padres, el tribunal deberá tener en cuenta, entre otros factores, cuál de los dos padres permitirá, con mayor probabilidad, el contacto frecuente y continuo del niño con el progenitor no custodio, de conformidad con los artículos 3011 y 3020, y no dará preferencia a uno de los padres como custodio por razón de su sexo. El tribunal puede, si lo considera oportuno, pedir a los padres que presenten un plan para la aplicación de la sentencia de custodia.

3080. Existe la presunción, salvo prueba en contrario, de que la custodia conjunta coincide con el mejor interés del niño, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 3011, siempre que los padres hayan llegado a un acuerdo de custodia conjunta o así lo acuerden en audiencia pública celebrada para determinar la custodia del niño.

3082. Cuando se apruebe o se deniegue una solicitud de custodia conjunta, el tribunal hará constar en su decisión, a petición de cualquiera de las partes, las razones para aprobar o denegar la solicitud de custodia. Una declaración de que la custodia física conjunta coincide, o no coincide, con el mejor interés del niño no es suficiente para satisfacer los requisitos del presente artículo.

---

138 California Family Code, apud, Ibidem. \*\*\*Texto original:

\* <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/calawquery?codesection=fam&codebody=custody&hits=20>

\* <http://caselaw.lp.findlaw.com/cacodes/fam.html>

- **Carolina del Norte (North Carolina)**<sup>139</sup>

Ninguna expresión estatutaria promueve la paternidad compartida<sup>140</sup>.

§ 50-13.2. Una orden para la custodia de un niño menor de edad inscrito conforme a esta sección concederá la custodia de tal niño a la persona, a la agencia, a la organización o a la institución considerando el mejor interés y bienestar del niño. Al realizar la determinación, la corte considerará todos los factores relevantes incluyendo actos de la violencia doméstica entre las partes, la seguridad del niño, y la seguridad de cualquier parte de la violencia doméstica por la contraparte y deberá realizar investigaciones en consecuencia. Un pedido para la custodia debe incluir los resultados del hecho que apoyan la determinación de la cuál se está en el mejor interés del niño. Entre la madre y el padre, ya sea natural o adoptivo, ninguna presunción se aplicará en cuanto a quién promoverá mejor el interés y el bienestar del niño. La custodia común a los padres será considerada por el requerimiento de cualquier padre.

- **Carolina del Sur (South Carolina)**<sup>141</sup>

Ninguna expresión estatutaria promueve la paternidad compartida.

Al otorgar la custodia de un niño, los factores a consideración serán: (1) la circunstancia de los esposos; (2) la naturaleza del caso; (3) la fé religiosa de los padres y el niño (4) el bienestar del niño; y (5) el mejor interés espiritual y otros intereses del niño. Ambos padres tiene iguales derechos para otorgarles la custodia de los niños.

- **Colorado**

---

139 Ibidem

*no statutory language promoting shared parenting*

§ 50-13.2. (a) *An order for custody of a minor child entered pursuant to this section shall award the custody of such child to such person, agency, organization or institution as will best promote the interest and welfare of the child. In making the determination, the court shall consider all relevant factors including acts of domestic violence between the parties, the safety of the child, and the safety of either party from domestic violence by the other party and shall make findings accordingly. An order for custody must include findings of fact which support the determination of what is in the best interest of the child. Between the mother and father, whether natural or adoptive, no presumption shall apply as to who will better promote the interest and welfare of the child. Joint custody to the parents shall be considered upon the request of either parent.*

140 La expresión en inglés “no statutory language promoting shared parenting” ha sido traducida como “Ninguna expresión estatutaria promueve la paternidad compartida”

141 Op.cit., Nota 5863.

*no statutory language promoting shared parenting*

*South Carolina Code; Chapter 3, Sections 20-3-160, 20-7-100 and 20-7-1520*

*In awarding child custody, the factors for consideration are as follows: (1) the circumstances of the spouses; (2) the nature of the case; (3) the religious faith of the parents and child; (4) the welfare of the child; and (5) the best spiritual and other interests of the child. The parents both have equal rights regarding any award of custody of children.*

SECCIÓN 10. 1410124, Colorado. Estatutos revisados. Los mejores intereses del niño. (1) Declaración legislativa. La Asamblea General encuentra y declara que está en el mejor interés de todas las partes el fomentar el contacto continuo y frecuente entre cada padre y los niños menores de edad nacidos en la unión y después de que los padres se hayan separado o hayan disuelto su unión. Para realizar esta meta, la Asamblea General apremia a los padres a compartir los derechos y responsabilidades con el niño menor de edad y para fomentar el amor, afecto y contacto entre los niños y sus padres<sup>142</sup>.

- **Connecticut**

Presunción a favor de la custodia compartida si ambos padres están de acuerdo.

Sección 46b-56a Custodia compartida<sup>143</sup>

- **Dakota del Norte (North Dakota)**

Ninguna expresión estatutaria promueve la paternidad compartida

Código; Capítulo 14-05<sup>144</sup>

- **Dakota del Sur (South Dakota)**

Ninguna expresión estatutaria promueve la paternidad compartida

Título 25, Capítulos 25-4-45

Simple o compartida la custodia debe ser otorgada basada en la discreción de la Corte y en los mejores intereses del niño<sup>145</sup>.

- **Delaware**

Título 13, Capítulo 7, 728 Residencia, derechos de visita, sanciones.

---

142 Ibidem

*SECTION 10. 1410124, Colorado Revised Statutes:*

*14-10-124. Best interests of child. (1) Legislative declaration. The general assembly finds and declares that it is in the best interest of all parties to encourage frequent and continuing contact between each parent and the minor children of the marriage after the parents have separated or dissolved their marriage. In order to effectuate this goal, the general assembly urges parents to share the rights and responsibilities of child-rearing and to encourage the love, affection, and contact between the children and the parents.*

143 Ibidem

144 Ibidem

*no statutory language promoting shared parenting  
Code; Chapter 14-05*

145 Ibidem

*no statutory language promoting shared parenting  
Title 25, Chapters 25-4-45.*

*Sole or joint child custody is to be awarded based on the discretion of the court and the best interests of the child.*

(a) La corte deberá determinar, cuando los padres tengan la custodia compartida del el niño o uno de ellos ejerza la custodia legal del niño, con que padre el niño deberá residir y el horario de visitas con el otro padre, consistente con los mejores intereses del niño y la madurez, cuál es designado para permitir y fomentar en el niño que tenga un contacto frecuente y significativo con ambos padres a menos que la Corte encuentre, después de la audiencia, que el contacto con uno de los padres pone en peligro la salud física o emocional<sup>146</sup>.

- **Florida**

61.121. Custodia alterna. El tribunal podrá ordenar la custodia alterna si considera que coincide con el mejor interés del niño.

61.13 – 1 e) 2) b)1 - [...] Es política pública de este estado asegurar que cada hijo menor de edad tenga contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la separación de éstos o la ruptura de su matrimonio, y alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades, así como las satisfacciones, de la crianza de los hijos. Tras el examen de todos los datos pertinentes, se otorgará al padre la misma consideración que a la madre al determinar la residencia primaria del niño, con independencia de la edad o del sexo del niño.

61.13 – 1 e) 2) b) 2 a. Al ordenar la división de la responsabilidad parental, el tribunal podrá tener en cuenta los deseos expresados por los padres y conceder a una de las partes la responsabilidad final de determinados aspectos del bienestar del niño, o podrá dividir esa responsabilidad entre las partes sobre la base del mejor interés del niño. Entre los aspectos de responsabilidad, podrá incluirse la residencia primaria, la educación, la atención médica y odontológica y otras responsabilidades que el tribunal considere exclusivas de una familia determinada.

61.13 – 1 e) 3) - A efectos de la división de la responsabilidad parental y atribución de la residencia primaria, el mejor interés del niño comprenderá una evaluación de todos los factores que afecten al bienestar y los intereses del niño, en particular los siguientes:

a) La mayor probabilidad de que uno de los padres permita al niño mantener un contacto frecuente y continuo con el progenitor no residente.

---

146 Ibidem

*Title 13, Chapter 7§ 728. Residence; visitation; sanctions.*

*(a) The Court shall determine, whether the parents have joint legal custody of the child or one of them has sole legal custody of the child, with which parent the child shall primarily reside and a schedule of visitation with the other parent, consistent with the child's best interests and maturity, which is designed to permit and encourage the child to have frequent and meaningful contact with both parents unless the Court finds, after a hearing, that contact of the child with 1 parent would endanger the child's physical health or significantly impair his or her emotional development.*

b) La capacidad y disposición de los padres a proporcionar al niño alimentos, vestido, asistencia médica y otros cuidados terapéuticos reconocidos y permitidos por las leyes de este estado como sustitutivos de la asistencia médica, y atender sus restantes necesidades materiales. [...].

j) La buena disposición y capacidad que cada uno de los padres para facilitar y fomentar una estrecha y constante relación familiar entre el niño y el otro progenitor.

k) Los indicios de que cualquiera de las partes ha facilitado al tribunal, a sabiendas, información falsa en relación con un procedimiento sobre violencia doméstica de conformidad con el artículo 741.30.

- **Georgia**

Caso de Ley.<sup>147</sup> Corte de Apelaciones de Georgia, Caso No. A93A0698, 7/2/93 En el INTERÉS de A.R.B., un niño

En una opinión unánime, presidiendo el juez Dorothy T. Beasley indicó: "Aunque la disputa está simbolizada por un *versus* (contra) que implica dos partes confrontadas en los polos de una línea, hay *de facto* una tercera parte cuyos intereses y derechos hacen la línea de un triángulo. Esa persona, el niño, no es oficialmente una parte en el juicio, pero su bienestar está en el ojo de la controversia. "El niño" tiene el derecho de la custodia compartida cuando ambos "padres" están igualmente obligados a proveerle. Inherente a la expresión de política pública está el reconocimiento al derecho del niño a igual acceso y oportunidad con ambos padres, el derecho a ser guiado y cuidado por ambos padres, el derecho de tomar las decisiones principales con la sabiduría, juicio y experiencia de ambos padres. El niño no pierde estos derechos cuando los padres se divorcian".<sup>148</sup>

El caso de A.R.B. fue oído posteriormente por el Tribunal Supremo de Georgia, que mantuvo el criterio del tribunal de apelación que encontraban que, según el orden público de Georgia, la custodia común estaba en los mejores intereses de los niños cuando implican a ambos padres<sup>149</sup>.

---

<sup>147</sup> "Para analizar la parte central del Case of Law algunos estados han establecido las opiniones no publicadas que son de todas suertes dadas a conocer y los abogados usan de ellas en su trabajo." José de Jesús López Monroy, Sistema Jurídico del Common Law, México: Porrúa, 2001. p.153

148 Op. Cit. Nota 5863

*Case Law: Court of Appeals of Georgia, Case No. A93A0698, 7/2/93 IN the INTEREST of A.R.B., a child In a unanimous opinion, presiding Judge Dorothy T. Beasley stated: "Although the dispute is symbolized by a 'versus' which signifies two adverse parties at opposite poles of a line, there is in fact a third party whose interests and rights make of the line a triangle. That person, the child who is not an official party to the lawsuit but whose wellbeing is in the eye of the controversy, has a right to shared parenting when both are equally suited to provide it. Inherent in the express public policy is a recognition of the child's right to equal access and opportunity with both parents, the right to be guided and nurtured by both parents, the right to have major decisions made by the application of both parents' wisdom, judgment and experience. The child does not forfeit these rights when the parents divorce."*

149 Ibidem

*The A.R.B. case was subsequently heard by the Supreme Court of Georgia, which upheld the Court of Appeals' finding that, according to public policy of Georgia, joint custody was in the best interests of children when both parents are fit.*

- **Hawai (Hawaii)**

Ninguna expresión estatutaria promueve la paternidad compartida

Con la solicitud de cualquiera de los padres, la custodia compartida deberá ser otorgada bajo la discreción del la Corte.<sup>150</sup>

- **Idaho**

32-717B. CUSTODIA CONJUNTA.

1) Por "custodia conjunta " se entenderá una orden que otorgue la custodia del hijo o los hijos menores a los dos padres y establezca que la custodia física será compartida por ellos de forma que se garantice el contacto frecuente y continuo del hijo o los hijos con ambos. El tribunal podrá conceder la custodia física conjunta, la custodia legal conjunta o ambas a los padres o las partes según considere que convenga más al mejor interés del hijo o los hijos menores. Si el tribunal opta por denegar una sentencia de custodia compartida, deberá exponer en su decisión las razones para tal denegación.

2) Por "custodia física conjunta" se entenderá una orden que otorgue a cada uno de los padres períodos significativos de tiempo en los que el niño residirá con cada uno de los padres o partes y estará bajo su cuidado y supervisión.

Los padres compartirán la custodia física conjunta de forma que garanticen al niño el contacto frecuente y continuo con ambos padres, lo que no significa necesariamente que el tiempo que pase el niño con cada padre deba tener exactamente la misma duración, ni tampoco significa necesariamente que el niño deba alternar su estancia con cada padre durante períodos sucesivos de tiempo.

El tribunal determinará la cantidad real de tiempo de convivencia con cada progenitor. [...]

4) Excepto en los casos previstos en el párrafo 5) del presente artículo, y siempre que no prevalezcan pruebas en contrario, existirá la presunción de que la custodia conjunta coincide con el mejor interés del hijo o los hijos menores.

- **Illinois**

(750 ILCS 5/602.1)

b) A solicitud de cualquiera de los padres o de ambos, o por iniciativa propia, el tribunal examinará la posibilidad de otorgar la custodia conjunta. Por custodia conjunta se entenderá la custodia establecida con arreglo a un Acuerdo de Responsabilidad Parental

---

150 Op.cit. Nota 5863

*no statutory language promoting shared parenting  
571-46.1 – joint custody*

*Upon the application of either parents, joint custody may be awarded in the discretion of the court.*



Conjunta o una Orden de Responsabilidad Parental Conjunta. En tales casos, el tribunal pedirá inicialmente a los padres que presenten un Acuerdo de Responsabilidad Parental Conjunta. En tal Acuerdo se especificarán las facultades, los derechos y las responsabilidades de cada uno de los padres para el cuidado personal del niño y las decisiones importantes, tales como las relativas a la educación, la atención sanitaria y la formación religiosa. [...] En caso de que los padres no presenten un Acuerdo de Responsabilidad Parental Conjunta, el tribunal podrá dictar la pertinente Orden de Responsabilidad Parental Conjunta con arreglo a lo dispuesto en el artículo 602, que establecerá y contendrá los mismos elementos del Acuerdo de Responsabilidad Parental Conjunta, o podrá conceder la custodia exclusiva con arreglo a lo previsto los artículos 602,6007 y 608.

c) El tribunal podrá dictar una orden de custodia conjunta si determina que esa custodia conjunta redundará en beneficio del mejor interés del niño, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

1) la capacidad de los padres para cooperar eficaz y regularmente en las cuestiones que afecten directamente a la responsabilidad parental conjunta o al niño. Por "capacidad de los padres para cooperar" se entenderá la capacidad de los padres para cumplir sustancialmente una Orden de Responsabilidad Parental Conjunta. El tribunal no tendrá en cuenta la incapacidad de los padres para cooperar eficaz y regularmente en cuestiones que no afecten directamente a la responsabilidad parental conjunta del niño;

2) las circunstancias residenciales de cada padre; y

3) cualquier otro factor relacionado con el mejor interés del niño.

d) Ninguna disposición del presente artículo deberá interpretarse en el sentido de que la custodia conjunta conlleve necesariamente el mismo tiempo de convivencia con cada progenitor. La residencia física del niño en las situaciones de custodia conjunta se determinará por:

1) acuerdo expreso de las partes; u

2) orden del tribunal con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo.<sup>151</sup>

- **Indiana**

Ninguna expresión estatutaria promueve la paternidad compartida

Código de Indiana Anotado; Título 31m Artículo 15, Capítulos 17-2-8, 17-2-8.5 y 17-2-15

La custodia compartida deberá ser otorgada en el mejor interés del niño.<sup>152</sup>

---

151 Op. cit. Nota 5863

\*\*\*Texto original: <http://www.legis.state.il.us/ilcs/ch750/ch750act5articles/ch750act5artstoc.htm>

152 Ibidem

- **Iowa**<sup>153</sup>

1. a. El tribunal, en la medida en que sea razonable y coincida con el mejor interés del niño, dictará sentencia de custodia, incluido, en su caso, un amplio derecho de visita, que asegurará al niño el máximo y continuo contacto físico y emocional con ambos padres tras la separación o el divorcio, e invitará a ambos padres a compartir los derechos y las responsabilidades de la crianza del niño, a menos que de ello resulte un daño físico directo o un daño emocional importante para el niño, para otros hijos o para uno de los padres.

b. No obstante lo dispuesto en el párrafo "a", existirá una presunción de derecho contra la concesión de la custodia compartida si el tribunal constatar que existen antecedentes de violencia doméstica.

c. El tribunal considera la denegación por uno de los padres del contacto máximo y constante del niño con el otro padre sin causa justificada como un factor significativo para determinar el régimen de custodia. [...]

2. b. En caso de que no otorgue la custodia conjunta con arreglo a esta subsección, el tribunal deberá citar pruebas claras y convincentes, con arreglo a los factores mencionados en la subsección 3, por las que la custodia conjunta carece de fundamento y no redundan en el mejor interés del niño [...].

- **Kansas**<sup>154</sup>

3) Criterios aplicables a la custodia y residencia de los hijos. El tribunal determinará la custodia o la residencia de un niño de conformidad con el mejor interés de ese niño.

A) Si las partes han suscrito un plan de responsabilidad parental, deberá darse por supuesto que el acuerdo suscrito coincide con el mejor interés del niño. El tribunal podrá pasar por alto esta presunción y dictar una sentencia distinta si concluye que el plan de responsabilidad acordado no coincide con el mejor interés del niño.

B) Al decidir sobre la custodia y la residencia del niño y el tiempo de convivencia con sus padres, el tribunal tendrá en cuenta todos los factores de interés, en particular los siguientes:

i) el período de tiempo durante el cual el niño ha estado bajo el cuidado y el control real es de cualquier persona que no sería uno de los padres y las circunstancias del caso;

ii) los deseos de los padres respecto de la custodia o residencia;

---

*no statutory language promoting shared parenting*

*Annotated Indiana Code; Title 31, Article 15, Chapters 17-2-8, 17-2-8.5, and 17-2-15*

*Joint custody may be awarded if it is in the best interest of the child.*

153 Ibidem. Iowa Family Code 1999, section 598.41

\*\*\*Texto original: <http://www.legis.state.ia.us/IACODE/1999/598/41.html>

154 Ibidem. Kansas Statute No. 60-1610, cap. 60, art. 16 \*\*\*Texto original:  
<http://www.kslegislature.org/cgi-bin/statutes/index.cgi/60-1610.html>

- iii) los deseos del niño respecto de la custodia o residencia;
- iv) la interacción e interrelación del niño con los padres, hermanos y otras personas que puedan determinar significativamente el mejor interés del niño;
- v) la adaptación del niño a su hogar, escuelas y comunidad;
- vi) la buena disposición y capacidad de cada padre para respetar y apreciar la relación entre el niño y el otro padre y para permitir una relación continua entre ambos; y
- vii) la constatación de malos tratos conyugales.

En ningún caso se considerará que uno de los padres tiene derechos adquiridos respecto de la custodia o residencia de un hijo en perjuicio del otro padre, con independencia de la edad del niño, y no existirá presunción de que la adjudicación de la custodia o la residencia a la madre coincide con el mejor interés del niño menor de un año (infant) o del niño de corta edad (young child).

4) Regímenes legales de custodia. Con sujeción a las disposiciones del presente artículo, el tribunal podrá dictar sentencia de respecto del régimen de custodia más favorable para el mejor interés del niño. La sentencia establecerá uno de los siguientes regímenes legales de custodia, por este orden de preferencia:

A) Custodia legal conjunta. El tribunal podrá ordenar la custodia legal conjunta de un niño por ambos padres. En tal caso, las partes tienen idénticos derechos para adoptar decisiones basadas en el mejor interés del niño.

B) Custodia legal exclusiva. Cuando considere que ambas partes no deben tener idénticos derechos para adoptar decisiones respecto del niño, el tribunal podrá ordenar la custodia legal exclusiva de un niño a favor de una de las partes. Si el tribunal no ordena la custodia legal conjunta, hará constar en su sentencia las conclusiones de hecho en que se basa la decisión sobre custodia legal exclusiva. La adjudicación de la custodia legal exclusiva a uno de los padres no privará al otro del acceso a la información relativa al niño, a menos que el tribunal así lo ordene, exponiendo las razones para tal determinación.

5) Regímenes de residencia. Tras establecer el régimen de custodia legal, el tribunal determinará la residencia del niño en función del mejor interés de éste y sobre la base de las opciones siguientes. Las partes presentarán al tribunal un plan de responsabilidad parental acordado o, en caso de divergencia, someterán posibles planes a la consideración del tribunal. Las opciones son las siguientes:

A) Residencia. El tribunal podrá ordenar un régimen de residencia que permita al niño vivir con uno de sus padres o con ambos, en función del mejor interés del niño.

- **Kentucky**

Caso de Ley. Chalupa v. Chalupa, Corte de Apelaciones de Kentucky, No. 90-CA-001145-MR; (1 de Mayo de 1992).

Juez Schroder, escribiendo por la mayoría:

El divorcio de un consorte no es el divorcio de sus niños, las decisiones de custodia no deben ser usadas como castigo. La custodia compartida puede beneficiar a los niños, a los padres divorciados y a la sociedad en general al tener a ambos padres involucrados en la crianza de los niños.... La difícil y delicada naturaleza de decidir qué es el mejor interés del niño lleva a esta Corte a interpretar que es en el mejor interés del niño requerir en el juicio que se considere la custodia compartida primero, antes que la más traumática custodia de uno solo. Encuentro la preferencia por la custodia compartida como el mejor interés del niño, aún en un amargo divorcio, la Corte está alentando a los padres a cooperar entre ellos y en mantenerse en el mejor comportamiento. La custodia compartida puede modificarse si una parte actúa de mala fe o no está siendo cooperativa. La Corte puede en cualquier momento revisar la custodia compartida y si una parte no es razonable, modificar la custodia a la custodia sola a favor del padre razonable. Seguramente, con los riesgos tan altos, habrá más cooperación “entre los padres” que tienda “a obtener” el mejor interés del niño, los mejores intereses de los padres y menos recursos vitales de la Corte.<sup>155</sup>

- **Luisiana (Louisiana)**<sup>156</sup>

A. Si el matrimonio tiene hijos cuya custodia provisional reclamen tanto el marido como la mujer en el transcurso del proceso, la custodia se concederá según el siguiente orden de preferencia, de conformidad con el mejor interés del niño:

1) A ambos padres conjuntamente. El tribunal, salvo excepción por causa válida, requerirá a los padres para que presenten un plan de custodia, o los padres a título individual o por mutuo acuerdo podrán presentar un plan de custodia al tribunal antes de que adopte una

---

155 Op. Cit. Nota 5863

*Case Law: Chalupa v. Chalupa, Kentucky Court of Appeals, No. 90-CA-001145-MR; (May 1, 1992).*

*Judge Schroder, writing for the majority:*

*A divorce from a spouse is not a divorce from their children, nor should custody decisions be used as a punishment. Joint custody can benefit the children, the divorced parents, and society in general by having both parents involved in the children's upbringing.... The difficult and delicate nature of deciding what is in the best interest of the child leads this Court to interpret the child's best interest as requiring a trial court to consider joint custody first, before the more traumatic sole custody. In finding a preference for joint custody is in the best interest of the child, even in a bitter divorce, the court is encouraging the parents to cooperate with each other and to stay on their best behavior. Joint custody can be modified if a party is acting in bad faith or is uncooperative. The trial court at any time can review joint custody and if a party is being unreasonable, modify the custody to sole custody in favor of the reasonable parent. Surely, with the stakes so high, there would be more cooperation which leads to the child's best interest, the parents' best interest, fewer court appearances and judicial economy. Starting out with sole custody would deprive one parent of the vital input.*

156 Ibidem. Civil Code, art. 131. Custody of children pending the litigation \*\*\*Texto original:

[http://www.lsbep.org/custody\\_pending\\_lit\\_.htm](http://www.lsbep.org/custody_pending_lit_.htm)

decisión al respecto. El plan deberá asignar los periodos de tiempo en que cada uno de los padres disfrutará la custodia física de los niños [...]

2) A cualquiera de los padres. Al atribuir la custodia a uno de los padres, el tribunal deberá tener en cuenta, entre otros factores, cuál de los padres permitirá, con mayor probabilidad, el contacto frecuente y continuo del hijo o los hijos con el progenitor no custodio, y no dará preferencia como custodio a ninguno de los padres por razón de su sexo o raza. La carga de la prueba de que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del niño recaerá en el progenitor que solicite la custodia exclusiva.

C. Existirá una presunción de derecho de que la custodia compartida coincide con el mejor interés del niño. [...] La presunción a favor de la custodia compartida podrá refutarse si se demuestra que no coincide con el mejor interés del niño, tras el examen de las pruebas presentadas [...]

D. A los efectos del presente artículo, se entenderá por "custodia compartida" que los padres compartirán, en la medida de lo posible, la custodia física de los hijos del matrimonio. [...] Ambos padres compartirán la atención y la custodia físicas de tal forma que garanticen al niño el contacto frecuente y continuo con ambos padres.

I. En cualquier procedimiento sobre custodia o visitas, el tribunal, por propia iniciativa o a petición de cualquiera de las partes, podrá requerir a las partes para que solucionen sus diferencias mediante la mediación. El tribunal podrá ordenar que una de las partes, o ambas conjuntamente, paguen por anticipado las costas de la mediación. [...] Las partes podrán elegir al mediador o, a falta de acuerdo, podrá elegirlo el tribunal.

- **Maine**<sup>157</sup>

§ 1653. Derechos y responsabilidades de los padres

1. A. El Parlamento considera y declara que es política pública fomentar la resolución de los litigios entre los padres a través de la mediación, en aras del mejor interés del niño.

C. El Parlamento considera y declara que es política pública de este Estado garantizar a los hijos menores el contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la separación o el divorcio de éstos, y que es de interés público alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los hijos para hacer efectiva esa política. [...]

2. A. Cuando los padres hayan llegado a un acuerdo sobre una sentencia de derechos y responsabilidades parentales compartidos [...], el tribunal dictará esa sentencia, a menos que existan pruebas claras y convincentes que lo desaconsejen. El tribunal deberá exponer en

---

157 Op.cit., Nota 58.63. *Maine Revised Statutes Annotated, title 19-A: Domestic Relations § 1653, sub-§1* - Fecha de entrada en vigor: 21-09-2001 \*\*\*Texto original:

\* <http://janus.state.me.us/legis/statutes/19-a/title19-Asec1653.html>

\* <http://janus.state.me.us/legis/statutes/19-a/title19-Ach55.pdf>

su decisión las razones por las que ha denegado la sentencia de división de derechos y responsabilidades parentales acordada por los padres.

2.D. La sentencia el tribunal en que se establezcan los derechos y las responsabilidades parentales incluirá los elementos siguientes:

1) El reparto de derechos y responsabilidades parentales, la división de derechos y responsabilidades parentales o la concesión exclusiva de derechos y responsabilidades parentales, en función del mejor interés del niño, según lo previsto en el apartado 3. Una sentencia de división de derechos y responsabilidades parentales podrá incluir la asignación de la atención residencial primaria del niño a uno de los padres y derechos de contacto al otro padre, o la división de la atención residencial primaria del niño a ambos padres. Si uno de los padres o ambos solicitan una sentencia de atención residencial primaria 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.

4. Igual consideración de los padres. 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.

- **Maryland**

Ninguna expresión estatutaria promueve la paternidad compartida

- **Massachusetts**

ALM GL ch 208, 31 (2004)

La presunción de la custodia compartida en la audiencia temporal; en la audiencia permanente, la custodia compartida es una opción si un padre la solicita. Al realizar la orden de custodia de los niños, los derechos de los padres deben, en la ausencia de mala fe, ser iguales, y la felicidad y bienestar de los niños deben determinar su custodia. Cuando se considera la felicidad y bienestar de un niño, la Corte debe considerar si las condiciones presentes y pasadas del niño afectan su salud, física, mental, moral o emocional.<sup>158</sup>

- **Michigan**

722.26a Custodia conjunta

---

158 Ibidem.

*ALM GL ch. 208, 31 (2004)*

*A presumption for shared legal custody at temporary hearing; at permanent hearing, shared parenting an option if one parent requests it. In making an order or judgement relative to the custody of children, the rights of the parents shall, in the absence of misconduct, be held to be equal, and the happiness and welfare of the children shall determine their custody. When considering the happiness and welfare of the child, the court shall consider whether or not the child's present or past living conditions adversely affect his physical, mental, moral or emotional health.*

Sec. 6a. 1) En los litigios entre padres en relación con la custodia, se recomendará a los padres la adopción de la custodia conjunta. Si cualquiera de los padres lo solicita, el tribunal examinará la concesión de la custodia conjunta, y expondrá en su sentencia las razones para otorgar o denegar la solicitud. [...]

2) Si los padres están de acuerdo respecto de la custodia conjunta, el tribunal concederá la custodia conjunta, a menos que determine en su sentencia, sobre la base de pruebas claras y convincentes, que la custodia conjunta no coincide con el mejor interés del niño.

3) Si concede la custodia conjunta, el tribunal podrá incluir en su dictamen una declaración respecto del tiempo de residencia del niño con cada uno de los padres, o podrá establecer que los dos progenitores compartan la custodia física de forma que se asegure al niño el contacto continuo con ambos.

7) A los efectos del presente artículo, se entenderá por "custodia conjunta" una orden del tribunal en la que se establezca una de las siguientes disposiciones o ambas:

1. Que el niño residirá de forma alterna durante períodos concretos con cada uno de los padres.
2. Que los padres compartirán la autoridad para tomar decisiones importantes que afecten al bienestar del niño.

- **Minnesota**

Estatuto de Minnesota 518.17 (2003)

Presunción en favor de la custodia legal compartida

Guía de la Custodia Compartida Legal o Física

En adición a los factores enlistados anteriormente, cuando ya sea la custodia legal compartida o la custodia física compartida es contemplada o analizada (vista), la Corte debe considerar los siguientes factores relevantes:

2. La disposición de los padres para cooperar en la crianza de los niños;
3. Los procedimientos para resolver las disputas en relación con las decisiones principales sobre la vida del niño y la voluntad de los padres para utilizar esos procedimientos
4. Cuando sea en detrimento del niño el que solo un padre tenga la autoridad sobre la crianza del niño
5. Cuando entre las partes se haya dado la violencia intrafamiliar

La Corte deberá tomar en cuenta la refutable presunción de que a petición de cualquiera de las partes o ambos, la custodia compartida legal es el mejor interés del niño. Aunque la Corte deberá tomar en cuenta la refutable presunción de que la custodia compartida legal o física no está en el mejor interés del niño cuando se haya dado la violencia intrafamiliar.<sup>159</sup>

---

159 Ibidem.  
*Minn. Stat. 518.17 (2003)*  
*presumption in favor of joint legal custody*

- **Misisipi (Mississippi)**

SEC. 93-5-24 Tipos de custodia concedidos por los tribunales; custodia conjunta; no presunción a favor de la custodia materna; acceso del progenitor no custodio a la información relativa al niño

1) La custodia se concederá, en función del mejor interés del niño, con arreglo a las modalidades siguientes:

a) Custodia física y legal a ambos padres conjuntamente, de conformidad con las subsecciones 2 a 7.

b) Custodia física a ambos padres conjuntamente, de conformidad con las subsecciones 2 a 7, y custodia legal a cualquiera de ellos.

c) Custodia legal a ambos padres conjuntamente, de conformidad con las subsecciones 2 a 7, y custodia física a cualquiera de los padres.

d) Custodia física y legal a cualquiera de los padres. [...]

2) Cuando el fundamento del divorcio sea la existencia de diferencias irreconciliables, podrá concederse la custodia conjunta si ambos padres lo solicitan y el tribunal lo considera oportuno.

3) En los demás casos, el tribunal, en uso de sus facultades discrecionales, podrá conceder la custodia conjunta a solicitud de uno de los padres o de ambos.

4) Se dará por supuesto que la custodia conjunta coincide con el mejor interés del menor cuando ambos padres estén de acuerdo en su otorgamiento.

5) a) A los efectos de la presente sección, por “custodia conjunta” se entenderá custodia física y legal conjunta.

---

*Joint Legal or Physical Custody Guidelines.*

*In addition to the factors listed above, where either joint legal custody or joint physical custody is contemplated or sought, the court shall consider the following relevant factors:*

*1. The ability of parents to cooperate in the rearing of their children;*

*2. Methods for resolving disputes regarding any major decision concerning the life of the child, and the parents' willingness to use those methods;*

*3. Whether it would be detrimental to the child if one parent were to have sole authority over the child's upbringing; and*

*4. Whether domestic abuse has occurred between the parties.*

*The court shall use a rebuttable presumption that upon request of either or both parties, joint legal custody is in the best interest of the child. However, the court shall use a rebuttable presumption that joint legal or physical custody is not in the best interests of the child if domestic abuse has occurred between the parents.*



b) A los efectos de la presente sección, por “custodia física” se entenderá la ejercida en los periodos en que el niño resida con uno de sus padres o esté a su cargo y bajo su supervisión.

c) A los efectos de la presente sección, por “custodia física conjunta” se entenderá que cada uno de los padres tendrán periodos significativos de custodia física. La custodia física conjunta será compartida por los padres de tal forma que se garantice al niño el contacto frecuente y continuo con ambos padres. [...]

7) No existirá presunción a favor de la madre al adjudicar la custodia legal o física en función del mejor interés del niño.

- **Misuri (Missouri)**

452.375.1

3) Por "custodia física conjunta" se entenderá una orden en virtud de la cual se concedan a cada uno de los padres períodos de tiempo significativos, aunque no necesariamente iguales, durante los cuales el niño residirá con cada uno de los padres o estará bajo su cuidado y supervisión. Los padres compartirán la custodia física conjunta de forma que garanticen al niño un contacto frecuente, continuo y significativo con ambos progenitores; [...]

2. El tribunal determinará la custodia de conformidad con el mejor interés del niño y, a tal efecto tendrá en cuenta todos los factores de interés, en particular los siguientes:

1) los deseos de los padres respecto de la custodia y el plan de responsabilidad parental presentado por ambas partes

2) la necesidad del niño de una relación frecuente, continua y significativa con ambos padres y la capacidad y buena disposición de éstos para desempeñar activamente sus funciones maternas y paternas y atender las necesidades del niño;

3) la interacción e interrelación del niño con los padres, hermanos y cualquier otra persona que pueda afectar significativamente al mejor interés del niño;

4) la propensión de cada padre a permitir un contacto frecuente, continuo y significativo con el otro progenitor; [...]

4. La Asamblea General considera y declara política pública de este estado que el contacto frecuente, continuo y significativo del niño con ambos padres tras la separación o el divorcio coincide con el mejor interés del niño, excepto en los casos en que los tribunales constaten expresamente que tal contacto no coincide con el mejor interés del niño, y que es política pública de este Estado invitar a los padres a participar en las decisiones que afecten a la salud, la educación y el bienestar de sus hijos y a resolver los litigios relacionados con sus hijos de forma amistosa mediante un procedimiento alternativo de mediación. Para poner en práctica estas políticas, los tribunales establecerán el régimen de custodia que mejor garantice la participación de ambos padres en tales decisiones, así como el contacto

frecuente, continuo y significativo con sus hijos, siempre que ello coincida con el mejor interés del niño.

5. Antes de establecer el correspondiente régimen de custodia con arreglo al mejor interés del niño, el tribunal examinará cada una de las siguientes posibilidades por este orden:

1) concesión de la custodia física y legal conjunta a ambos padres, que no se denegará únicamente porque uno de ellos se oponga a esa concesión de la custodia conjunta. Se designará la residencia de uno de los padres como dirección del niño a efectos de correo y enseñanza;

2) concesión de la custodia física conjunta, al tiempo que se concede a una de las partes la custodia legal exclusiva. Se designará la residencia de uno de los padres como dirección del niño a efectos de correo y enseñanza;

3) concesión de la custodia legal conjunta, y de la custodia física exclusiva a una de las partes;

4) concesión de la exclusiva a cualquiera de los padres; o

5) concesión de la custodia o de derechos de visita a terceros. [...]

8. No se podrá otorgar preferencia a ninguno de los progenitores de un niño en la concesión de la custodia por motivos de la edad, el sexo o la situación financiera de ese progenitor, ni en función de la edad o el sexo del niño.

9. Toda sentencia relativa a la custodia incluirá un plan de responsabilidad parental expuesto por escrito en que se establezcan las condiciones del régimen de responsabilidad parental con arreglo a lo previsto en el párrafo siete del artículo 452.310. Tal plan podrá ser un plan de responsabilidad parental presentado por las partes con arreglo al artículo mencionado o, en su defecto, un plan establecido por el tribunal [...]

- **Montana**

40-4-222. Declaración de la intención del legislador - custodia conjunta.

El poder legislativo del estado de Montana considera y declara que es política pública de este estado garantizar a los hijos menores el contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la separación de éstos o la ruptura de su matrimonio, y alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los hijos para llevar a efecto esta política. El poder legislativo considera que los tribunales de distrito del estado de Montana están facultados para otorgar la custodia conjunta, siempre que, a su entender, coincida con el mejor interés del niño en el caso concreto que examinen. La finalidad de los párrafos 40-4-222 a 40-4-225 es establecer determinadas directrices para la resolución de las diferencias sobre la custodia.

40-4-223. Concesión de la custodia conjunta o individual.

1) En los litigios relativos a la custodia de un hijo menor en que las partes sean ambos padres, el tribunal otorgará la custodia en función del mejor interés del niño, con arreglo a lo previsto en la sección 40-2-212:

a) a ambos padres conjuntamente; el tribunal averiguará si se ha suscrito, con conocimiento de causa y de modo voluntario, un acuerdo de custodia conjunta; o

b) a cualquiera de los padres. Al adjudicar la custodia a uno de los padres, el tribunal tendrá en cuenta, junto con los factores enunciados en la sección 40-4-212, cuál de los padres permitirá, con mayor probabilidad, que el niño mantenga un contacto frecuente y continuo con el progenitor no custodio, y no podrá establecer preferencia a favor de uno de los padres como custodio por razón de su sexo.

2) Al adoptar una resolución, el tribunal requerirá la presentación de un plan para la aplicación de la orden de custodia.

3) El tribunal expondrá en su decisión las razones y los factores que ha tenido en cuenta para adoptar su resolución.

40-4-224. Custodia conjunta – modificación - consulta con profesionales.

1) Si uno de los padres o ambos solicitan la custodia conjunta, el tribunal da por supuesto que la custodia conjunta coincide con el mejor interés de un hijo menor, salvo que el tribunal considere, con arreglo a los factores expuestos en la sección 40-4-212, que la custodia conjunta no redundará en beneficio del mejor interés del hijo menor. Si decide no dictar una orden de custodia conjunta, el tribunal expondrá en su decisión las razones por las que ha denegado la custodia conjunta. La objeción a la custodia conjunta por un progenitor que trate de obtener la custodia exclusiva no es base suficiente para considerar que la custodia conjunta no coincide con el mejor interés del niño, como tampoco lo es la constatación de que exista hostilidad entre los progenitores. Sin embargo, la constatación de que uno de los padres ha maltratado físicamente al otro o al niño constituye base suficiente para determinar que la custodia conjunta no coincide con el mejor interés del niño.

2) A los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, por "custodia conjunta" se entenderá una orden que conceda la custodia del hijo menor a ambos padres y establezca que la custodia y la residencia físicas del niño se repartirán entre los padres de forma que se garantice al niño un contacto frecuente y continuo con ambos progenitores. La distribución del tiempo de convivencia entre los padres deberá ser lo más equitativa posible; no obstante,

a) cada caso se determinará en función de sus aspectos prácticos, siendo la consideración fundamental el mejor interés del niño; y

b) al distribuir el tiempo de convivencia entre los padres, el tribunal tendrá en cuenta el efecto de esa distribución en la estabilidad y continuidad de la educación del niño.

- 3) Cualquier orden de custodia conjunta podrá modificarse de acuerdo con la sección 40-4-219 a efectos de poner fin a la custodia conjunta.
- 4) El tribunal podrá, en cualquier momento, instar a las partes a que consulten con profesionales calificados que les ayuden a elaborar un plan para la aplicación de la sentencia de custodia o resolver cualquier disensión que surja en la aplicación de tal plan.

- **Nebraska**

Ninguna expresión estatutaria promueve la paternidad compartida.<sup>160</sup>

- **Nevada**

NRS 125.460 Política del Estado. El Parlamento declara como política de este Estado la siguiente:

1. Asegurar a que los hijos menores de edad mantengan contactos frecuentes y una relación continúa con ambos padres tras la separación de éstos o la ruptura de su matrimonio; y

2. Alentar a esos padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los hijos.

NRS 125.480 Mejor interés del niño; preferencias; consideraciones del tribunal; presunción cuando el tribunal determine que el progenitor o la persona que conviva con el niño es perpetrador de violencia doméstica.

1. Al determinar la custodia de un hijo menor de edad en relación con una demanda interpuesta con arreglo al presente capítulo, la única consideración del tribunal es el mejor interés del niño. Si el tribunal considera que la custodia compartida coincide con el mejor interés del niño, podrá conceder la custodia a las partes conjuntamente.

2. No se otorgará preferencia a ninguno de los progenitores por la sola razón de que sea la madre o el padre del niño.

3. El tribunal otorgará la custodia por el siguiente orden de preferencia, a menos que, en determinados casos, el mejor interés del niño requiera otro criterio:

- a) A ambos padres conjuntamente, de conformidad con la disposición NRS 125.490, o a cualquiera de ellos. Si no dicta sentencia de custodia conjunta de un niño después de que cualquiera de los padres la haya solicitado, el tribunal deberá exponer en su sentencia los motivos por los que se ha negado a la solicitud de ese progenitor. Al otorgar la custodia a

---

160 Ibidem.  
42-364

*Dissolution or legal separation; decree; parenting plan; children; custody determination; rights of parents; child support; termination of parental rights; court; duties; modification proceedings.*

cualquiera de los padres, el tribunal deberá tener presentes, entre otros factores, cuál de los padres permitirá, con mayor probabilidad, que el niño tenga relaciones frecuentes y continuos con el progenitor no custodio.

NRS 125.490 Custodia conjunta

1. Se da por supuesto, salvo prueba en contrario, que la custodia conjunta coincide con el mejor interés de un hijo menor si los padres han acordado la atribución de la custodia conjunta o lo acuerdan ante el tribunal en sesión pública celebrada para determinar la custodia del hijo o los hijos menores del matrimonio.

2. El tribunal podrá conceder la custodia legal conjunta sin otorgar la custodia física conjunta en caso de que los padres hayan optado de mutuo acuerdo por la custodia legal conjunta.

3. A fin de determinar con mayor propiedad la conveniencia de una resolución de custodia conjunta, el tribunal podrá ordenar que se lleve a cabo una investigación.

- **Nueva Hampshire (New Hampshire)**

RSA 461-A:2

Presunción a favor de la custodia compartida

461-A:2 Estatuto del propósito

I. Es la política de este Estado porque los niños se desarrollan mejor cuando ambos padres tienen una estable y significativa participación en sus vidas, a menos que sea claramente en detrimento de un niño el:

(a) mantener un frecuente y continuo contacto entre cada niño con ambos padres

(b) animar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los niños después de que los padres se han separado o divorciado.<sup>161</sup>

- **Nueva Jersey (New Jersey)**

Ninguna expresión estatutaria promueve la paternidad compartida

Estatutos comentados; Título 2<sup>a</sup>, Capítulo 34-23

---

161 Op.cit., Nota 58.63.

RSA 461-A:2

*Presumption in favor of joint custody.*

*461-A:2 Statement of Purpose. –*

*I. Because children do best when both parents have a stable and meaningful involvement in their lives, it is the policy of this state,*

*unless it is clearly shown that in a particular case it is detrimental to a child, to:*

*(a) Support frequent and continuing contact between each child and both parents.*

*(b) Encourage parents to share in the rights and responsibilities of raising their children after the parents have*

*separated or divorced.*

Sola o compartida, la custodia debe otorgarse basado en los siguientes factores: (1) Las necesidades físicas, emocionales, mentales, religiosas y sociales del niño; y (2) la preferencia del niño, si el niño es de suficiente edad y capacidad.<sup>162</sup>

- **Nuevo México (New Mexico)**

Custodia: §§ 40-4-9, 40-4-9.1

A. Deberá haber la presunción de que la custodia compartida en el mejor interés de un niño y la determinación inicial de la custodia.

...

(4) Cuando el niño pueda mantener mejor y reforzar la relación con ambos padres a través del contacto predecible y frecuente y cuando el desarrollo del niño se beneficie de dicho involucramiento y de la influencia de ambos padres.<sup>163</sup>

- **Nueva York (New York)**

Ninguna expresión estatutaria promueve la paternidad compartida

Leyes consolidadas de Nueva York, Capítulo 14.<sup>164</sup>

Sobre las decisiones de los Tribunales en Nueva York sobre el SAP véase JF v. LF (694 NYS2d 592, 1999 N.Y. Slip Op. 99408) y R.B. v. S.B., New York Law Journal, 3-31-99, page 29, col. 5, Sup. Ct., NY Co. (Silberman, J),

- **Ohio**

---

162 Ibidem  
*no statutory language promoting shared parenting*  
*Statutes Annotated; Title 2A, Chapter 34-23*  
*Sole or joint custody may be awarded based on the following factors: (1) the physical, emotional, mental, religious, and social needs of the child; and (2) the preference of the child, if the child is of sufficient age and capacity.*

163 Ibidem  
*Custody: §§ 40-4-9, 40-4-9.1*  
*A. There shall be a presumption that joint custody is in the best interestes of a child in an initial custody determination.*  
...  
*(4) whether the child can best maintain and strengthen a relationship with both parents through predictable, frequent contact and whether the child's development will profit from such involvement and influence from both parents;*

164 Ibidem  
*no statutory language promoting shared parenting*  
*New York Consolidated Laws, Chapter 14*

ORC Ann. 3109.04 (2004)

Cuando sea posible, la Corte deberá requerir un plan de paternidad compartida (shared parenting) bajo la división (D)(1)(a)(i), (ii) o (iii) de esta sección asegure la oportunidad para ambos padres de tener un contacto frecuente y continuo con el niño, a menos que el contacto frecuente y continuo con cualquier padre no sea en el mejor interés del niño.<sup>165</sup>

- **Oklahoma**<sup>166</sup>

43 O.S. §109

A. Al conceder la custodia de un hijo menor no casado [...], el tribunal tendrá en cuenta los elementos que, en principio, constituyen el mejor interés para el bienestar físico, mental y moral del niño.

B. El tribunal, de conformidad con lo dispuesto en la subsección A de la presente sección, podrá conceder el cuidado, la custodia y el control de un niño a cualquiera de los padres o a ambos conjuntamente. A los fines del presente artículo, las expresiones custodia, cuidado y control conjuntos significan que los padres comparten en su totalidad o en algunos aspectos el cuidado, la custodia y el control físicos y legales de sus hijos.

C. Si cualquiera de los padres, o ambos, han solicitado la custodia conjunta, presentarán al tribunal sus planes para el ejercicio del cuidado, la custodia y el control conjuntos de su hijo. Los padres podrán presentar un plan conjuntamente o planes por separado. [...]

H. En caso de litigio entre los padres respecto de la custodia conjunta de un hijo y la interpretación de dicho plan, el tribunal podrá nombrar un mediador para resolver el litigio. [...]

43 O.S. §110.1

Es política de este estado asegurar a los hijos menores un contacto frecuente y continuo con los padres que han mostrado capacidad para actuar en función del mejor interés de sus hijos y alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de sus hijos tras su separación o ruptura matrimonial. Para llevar a cabo esa política, y en caso de que uno de los padres lo solicite, el tribunal proporcionará a ambos padres un acceso sustancialmente igual al hijo menor de edad, a menos que considere que tal régimen de coparentalidad resultará perjudicial para los hijos. La carga de la prueba de que tal régimen de coparentalidad es perjudicial para el niño recaerá en el progenitor que solicite la custodia exclusiva.

43 O.S. §112

---

165 Ibidem

*(c) Whenever possible, the court shall require that a shared parenting plan approved under division (D)(1)(a)(i), (ii), or (iii) of this section ensure the opportunity for both parents to have frequent and continuing contact with the child, unless frequent and continuing contact with any parent would not be in the best interest of the child.*

166 Ibidem. *Oklahoma Statutes*, 43 O.S. §109-118 \*\*\*Texto original: [http://oklegal.onenet.net/oklegal/cgi/get\\_statute?99/Title.43/43-109.html](http://oklegal.onenet.net/oklegal/cgi/get_statute?99/Title.43/43-109.html)

C. 1. Cuando coincida con el mejor interés de un hijo menor de edad no casado, el tribunal:  
a. asegurará a los hijos un contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la separación o ruptura matrimonial de éstos, y b. alentará a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los hijos para llevar a efecto esta política. [...].

3. Cuando coincida con el mejor interés del niño, la custodia se concederá de forma que asegure el contacto frecuente y continuo del niño con ambos padres. Al conceder la custodia a cualquiera de los padres, el tribunal: a. tendrá en cuenta, entre otros aspectos, cuál de los padres permitirá, con mayor probabilidad, que el hijo o los hijos mantengan un contacto frecuente y continuo con el progenitor no custodia, y b. no dará preferencia como custodio a uno de los padres por razón de su sexo.

- **Oregón (Oregon)**

107.105 Provisiones de decreto. (1) Cuando la corte emite el decreto de anulación, disolución del matrimonio o separación tiene el poder para decretar lo siguiente:

(a) Para el futuro cuidado y custodia, por una parte o conjuntamente, de todos los niños menores de edad de las partes nacidos, adoptados o concebidos durante el matrimonio y de los niños nacidos de cualquiera de las partes nacidos antes del matrimonio, como la corte puede juzgar justa y apropiadamente de conformidad con ORS 107.137 La Corte podrá tener una audiencia para decidir la custodia antes de cualquier otro tema. Cuando sea apropiado, la Corte deberá reconocer el valor del contacto cercano con ambos padres y animar la paternidad conjunta y la responsabilidad conjunta para el bienestar de los niños.

(b) Para el derecho de convivencia<sup>167</sup> de un padre que no tenga la custodia de dichos niños, y para los derechos de convivencia (visita) de los abuelos que hayan presentado su petición bajo la ORS 109.121 Cuando un plan de convivencia (paternidad) ha sido elaborado conforme lo establecido por ORS 107.102 la Corte deberá revisar el plan de convivencia y, si lo aprueba, incorporar el plan de convivencia a la sentencia.<sup>168</sup> Cuando lo incorpore a la sentencia, el plan de convivencia determina los derechos de convivencia. Si los padres no han podido elaborar el plan de convivencia o si cualquiera de los padres solicita a la Corte desarrollar un plan de convivencia detallado, la Corte deberá desarrollar el plan en el mejor interés del niño, asegurándose que el padre que no tenga la custodia tenga acceso suficiente al niño para proveerle del apropiado tiempo y de calidad para la convivencia y asegurar la seguridad de las partes si está comprometida. La Corte podrá negar la convivencia al padre no-custodio bajo esta subsección sólo si la Corte encuentra que la convivencia pone en peligro la salud o seguridad del niño. La Corte deberá reconocer el valor del contacto cercano con ambos padres y animar, cuando sea factible, la responsabilidad compartida por el bienestar de dichos niños y contacto extensivo entre los niños menores de edad de yb natrimonio dividido y de las partes.<sup>169</sup>

---

167 Es la mejor traducción para el término “parenting time rights”

168 Op.cit., Nota 58.63. Court’s final order

169 Ibidem.

*107.105 Provisions of decree. (1) Whenever the court grants a decree of marital annulment, dissolution or separation, it has power further to decree as follows:*



- **Pensilvania (Pennsylvania)**

§ 5301. Declaración de política

La Asamblea General declara que es política pública de este Estado, cuando ello redunde en beneficio del mejor interés del niño, garantizar un contacto razonable y continuo del niño con ambos padres tras la separación o ruptura del matrimonio, y el compartir los derechos y responsabilidades de la crianza del niño por ambos padres, así como el contacto continuo del hijo o los hijos con sus abuelos en caso de fallecimiento de uno de sus padres, o de divorcio o separación de sus padres.

§ 5302. Definiciones

[...]

“Custodia compartida”. Orden por la que se concede la custodia legal compartida o la custodia física compartida de un niño, o ambas, de tal forma que se garantice al niño el contacto frecuente y continuo con ambos padres y el acceso material a ambos. [...]

§ 5303. Concesión de la custodia, de la custodia parcial o del derecho de visita.

a) Norma general.- Al dictar una sentencia de custodia, custodia parcial o derecho de visita a favor de cualquiera de los padres, el tribunal tendrá en cuenta, entre otros factores, cuál de los padres favorecerá y permitirá con mayor probabilidad el contacto y el acceso material frecuentes y continuos entre el progenitor no custodio y el niño.

§ 5304. Concesión de la custodia compartida

---

*(a) For the future care and custody, by one party or jointly, of all minor children of the parties born, adopted or conceived during the marriage, and for minor children born to the parties prior to the marriage, as the court may deem just and proper pursuant to ORS 107.137. The court may hold a hearing to decide the custody issue prior to any other issues. When appropriate, the court shall recognize the value of close contact with both parents and encourage joint parental custody and joint responsibility for the welfare of the children.*

*(b) For parenting time rights of the parent not having custody of such children, and for visitation rights of grandparents pursuant to a petition filed under ORS 109.121. When a parenting plan has been developed as required by ORS 107.102, the court shall review the parenting plan and, if approved, incorporate the parenting plan into the court's final order. When incorporated into a final order, the parenting plan is determinative of parenting time rights. If the parents have been unable to develop a parenting plan or if either of the parents requests the court to develop a detailed parenting plan, the court shall develop the parenting plan in the best interest of the child, ensuring the noncustodial parent sufficient access to the child to provide for appropriate quality parenting time and assuring the safety of the parties, if implicated. The court may deny parenting time to the noncustodial parent under this subsection only if the court finds that parenting time would endanger the health or safety of the child. The court shall recognize the value of close contact with both parents and encourage, where practicable, joint responsibility for the welfare of such children and extensive contact between the minor children of the divided marriage and the parties.*

El tribunal podrá dictar sentencia de custodia compartida cuando ello coincida con el mejor interés del niño:

1. a solicitud de uno de los padres o de ambos;
2. cuando las partes se hayan puesto de acuerdo sobre la concesión de la custodia compartida; o
3. según las facultades discrecionales del tribunal.

§ 5306. Plan de aplicación de la sentencia de custodia

El tribunal podrá, si lo considera oportuno, requerir a los padres para que presenten un plan de aplicación de una orden dictada con arreglo al presente subcapítulo. A petición de cualquiera de los padres o del tribunal, la sección de relaciones domésticas del tribunal u otra parte u organismo autorizado por el tribunal, ayudarán a los padres a formular y aplicar el plan.

- **Rhode Island**

Ninguna expresión estatutaria promueve la paternidad compartida

Título 15, Capítulo 15-5-16<sup>170</sup>

- **Tennessee**

Presunción en favor de la custodia compartida si ambos padres están de acuerdo<sup>171</sup>

36-6-101

Decreto para la custodia y alimentos del niño

(2) Con excepción de lo previsto en la siguiente fracción, ni la preferencia o presunción por la custodia compartida o en contra de esta, la custodia física o la sola custodia está establecida, pero la Corte deberá disponer de la mayor discreción para ordenar un acuerdo de custodia que sea en el mejor interés del niño. A menos que la Corte encuentre por clara y convincente evidencia de lo contrario, hay una presunción de que la custodia compartida es en el mejor interés del niño menor de edad cuando los padres hayan acordado la custodia o que hayan solicitado la audiencia de la corte para determinar la custodia del niño menor de edad. Para el propósito de asistir a la Corte en la determinación de la custodia o la custodia conjunta es apropiada, la Corte deberá realizar una investigación. La carga de la prueba es necesaria para modificar una orden de custodia compartida en un procedimiento subsecuente (posterior) y deberá ser ponderado de acuerdo con la preponderancia de la prueba.<sup>172</sup>

---

170 Op.cit. Nota 5863  
*no statutory language promoting shared parenting*  
*Title 15, Chapter 15-5-16*

171 Ibidem  
*presumption in favor of joint custody if both parents agree*

172 Ibidem  
*36-6-101.*

- **Texas o Tejas (Texas)**

§ 153.001 Política pública

a) Es política pública de este estado:

- 1) asegurar que los niños tengan contacto frecuente y continuo con los padres que han mostrado capacidad para actuar en función del mejor interés del niño;
- 2) proporcionar al niño un entorno seguro, estable y exento de violencia;
- 3) animar a los padres a compartir los derechos y deberes de la crianza de sus hijos tras la separación o ruptura matrimonial.

b) Ningún tribunal podrá dictar una sentencia que supedite al pago de pensiones alimenticias el derecho de un titular de custodia [conservator] a la convivencia o el contacto con el niño.

§ 153.002 Mejor interés del niño

El mejor interés del niño será siempre la consideración básica del tribunal al determinar la custodia y responsabilidad de un niño y el acceso a ese niño.

§ 153.003 No discriminación por razón de sexo o estado civil

El tribunal tendrá en cuenta las aptitudes de las partes con independencia del estado civil o del sexo de cada parte o del niño al determinar:

- 1) la concesión de la custodia exclusiva a una parte;
- 2) la concesión de la custodia conjunta a una parte; y
- 3) los términos y condiciones de la custodia y responsabilidad y del acceso al niño.

---

*Decree for custody and support of child*

*(2) Except as provided in the following sentence, neither a preference nor a presumption for or against joint legal custody, joint physical custody or sole custody is established, but the court shall have the widest discretion to order a custody arrangement that is in the best interest of the child. Unless the court finds by clear and convincing evidence to the contrary, there is a presumption that joint custody is in the best interest of a minor child where the parents have agreed to joint custody or so agree in open court at a hearing for the purpose of determining the custody of the minor child. For the purpose of assisting the court in making a determination whether an award of joint*

*custody is appropriate, the court may direct that an investigation be conducted. The burden of proof necessary to modify an order of joint custody at a subsequent proceeding shall be by a preponderance of the evidence.*

§ 153.013 Falsas acusaciones de maltrato infantil

a) Si una parte en un procedimiento relativo a la relación entre padres e hijos realiza, en el curso del procedimiento, una acusación de maltrato infantil contra la otra parte, a sabiendas de que su acusación carece de fundamento, el tribunal considerará la acusación como deliberadamente falsa.

b) Las pruebas de falsas acusaciones de maltrato infantil son admisibles en un procedimiento entre las partes interesadas a efectos de las condiciones de la custodia del niño.

§ 153.071 Establecimiento por el tribunal de los derechos y deberes de un progenitor designado como progenitor custodio

Si se concede a ambos padres la custodia del niño, el tribunal especificará los derechos y deberes que han de ejercer:

- 1) cada progenitor por separado;
- 2) ambos progenitores por mutuo acuerdo; y
- 3) exclusivamente uno de ellos.

§ 153.131 Presunción en el nombramiento de progenitor custodio

b) Existe la presunción de derecho de que el nombramiento de ambos padres para ejercer la custodia conjunta coincide con el mejor interés del niño. La constatación de antecedentes de violencia familiar por parte de los padres de un niño anula la presunción prevista en esta subsección.

§ 153.251 Política y aplicación general de directrices

b) Es política de este estado fomentar el contacto frecuente entre un hijo y cada uno de sus padres durante períodos de responsabilidad que permitan desarrollar al máximo una relación estrecha y continua entre cada uno de los padres y el niño.

- **Utah**

Ninguna expresión estatutaria promueve la paternidad compartida

30-3-10.2

(1) La Corte podrá ordenar la custodia legal compartida<sup>173</sup> o la custodia física compartida si los padres han solicitado un plan de convivencia de acuerdo con la Sección 30-3-10.8 y este determine que la custodia legal compartida o la custodia física compartida o ambas si es en el mejor interés del niño.<sup>174</sup>

---

173 Compartida o conjunta debería entenderse por “joint”

174 Op. Cit., Nota 5863.

- **Vermont**

Presunción en favor de la custodia compartida si ambos padres está de acuerdo.<sup>175</sup>

- **Virginia**

20-124.2 La custodia ordenada por la Corte y los arreglos de visitas

B. Al determinar la custodia, la Corte deberá darle primero consideración al mejor interés del niño. La Corte deberá asegurar el contaco frecuente y continuo del niñomenor de edad con ambos padres, cuando sea apropiado, y animar a los padres a compartir responsabilidades del cuidado del niño. Sobre los padres, no deberá haber presunción o interferencia de la ley a favor de ninguno de los padres. La Corte deberá dar la debida primacia a la relación padre-hijo pero sobretodo mostrará una clara y convincente evidencia de que se atenderá al mejor interés del niño al otorgar la custodia o derechos de visita (convivencia) a otra persona con interés legítimo. La Corte otorgará la custodia simple o compartida.<sup>176</sup>

- **Washington**

Presunción en favor de la custodia compartida si ambos padres están de acuerdo.

26.09 RCW

(1) Deberá haber la presunción de que la custodia compartida<sup>177</sup> es en el mejor interés de niño menor de edad, a menos que:

(a) Los padres hayan acordado otorgar el lugar de residencia o la autoridad para tomar decisiones a sólo un padre, o

(b) La Corte encuentra que la custodia compartida será en detrimento del niño o de los niños.

---

*no statutory language promoting shared parenting  
30-3-10.2.*

*(1) The court may order joint legal custody or joint physical custody or both if the parents have filed a parenting plan in accordance with Section 30-3-10.8 and it determines that joint legal custody or joint physical custody or both is in the best interest of the child*

175 Ibidem.

*presumption in favor of joint custody if both parents agree*

176 Ibidem

*§ 20-124.2. Court-ordered custody and visitation arrangements.*

*B. In determining custody, the court shall give primary consideration to the best interests of the child. The court shall assure minor children of frequent and continuing contact with both parents, when appropriate, and encourage parents to share in the responsibilities of rearing their children. As between the parents, there shall be no presumption or inference of law in favor of either. The court shall give due regard to the primacy of the parent-child relationship but may upon a showing by clear and convincing evidence that the best interest of the child would be served thereby award custody or visitation to any other person with a legitimate interest. The court may award joint custody or sole custody.*

177 Aquí se usa el término “shared parental resnposability” para hablar de la custodia compartida

(2) Cuando un padre alegue que la custodia compartida es en detrimento del niño o de los niños deberá tener la carga de la prueba para establecer su litigio.<sup>178</sup>

- **Virginia Occidental (West Virginia)**

Capítulo 48, Artículo 2

Los mejores intereses son definidos como: estabilidad, planeación y acuerdo sobre la custodia y crianza, el contacto continuo y significativo entre el niño y cada padre, asegurando que el niño esté en un ambiente sano y seguro, y la expedita toma de decisión sobre el cuidado y control del niño.

Si cada uno de los padres legales han estado ejerciendo un parte razonable de las funciones de la paternidad, la Corte debe presumir que la responsabilidad de tomar las decisiones le corresponde a ambos padres y es en el mejor interés del niño.<sup>179</sup>

- **Wisconsin**

767.001 Definiciones

(1s) Por "custodia legal conjunta" se entenderá la condición en virtud de la cual ambas partes comparten la custodia legal, y en ningún caso los derechos de custodia legal de una parte serán superiores a los de la otra, excepto en caso de determinadas decisiones del tribunal o de las partes establecidas en la sentencia u orden definitiva. [...].

(5) Por "convivencia física" se entenderá la condición en virtud de la cual una de las partes tiene derecho a la presencia física del niño y el derecho y la responsabilidad de adoptar las decisiones cotidianas ordinarias relativas al cuidado del niño, de conformidad con las decisiones generales adoptadas por una persona que tenga la custodia legal.

---

178 Op cit. Nota 5863  
*presumption in favor of joint custody if both parents agree.*  
26.09 RCW

(1) *There shall be a presumption that shared parental responsibility is in the best interests of minor children*

*unless:*

(a) *The parents have agreed to an award of residential placement or decision-making authority to only one parent; or*

(b) *The court finds that shared parental responsibility would be detrimental to the child or children.*

(2) *A parent alleging that shared parental responsibility would be detrimental to the child or children shall have the burden of establishing the allegation.*

179 Ibidem

Chapter 48, Article 2

*"The child's best interests are defined as: stability; planning and agreement about custodial arrangements and upbringing; continuing and meaningful contact between the child and each parent; assuring that the child is in a healthful and secure environment; and expeditious decision making process regarding arrangements for the child's care and control."*

*"If each of the child's legal parents has been exercising a reasonable share of parenting functions for the child, the court shall presume that an allocation of decision-making responsibility to both parents jointly is in the child's best interests."*

#### 767.24 Custodia y convivencia física.

2) Custodia a la partes: conjunta o exclusiva. a) Con sujeción a lo dispuesto en los párrafos a), b) y c), sobre la base del mejor interés del niño y tras considerar los factores expuestos en la subsección 5), el tribunal podrá otorgar la custodia legal conjunta o la custodia legal exclusiva de un hijo menor de edad.

a) El tribunal dará por supuesto que la custodia legal conjunta coincide con el mejor interés del niño.

b) El tribunal podrá conceder la custodia legal exclusiva únicamente si considera que ello coincide con el mejor interés del niño y se cumple alguna de las condiciones siguientes:

1) Ambas partes están de acuerdo en otorgar la custodia legal exclusiva a la misma parte.

2) Las partes no están de acuerdo respecto de la concesión de la custodia legal exclusiva a la misma parte, pero al menos una de las partes solicita la custodia legal exclusiva y el tribunal constata que concurre alguna de las circunstancias siguientes:

a. Una de las partes no es capaz de desempeñar los deberes y responsabilidades parentales o no desea participar activamente en la crianza del niño.

b. Existen una o varias condiciones que obstaculizarían sustancialmente el ejercicio de la custodia legal conjunta.

4) Determinación de la convivencia física.

a) 2) Al determinar los periodos de convivencia física, el tribunal tendrá en cuenta cada caso en función de los factores previstos en la subsección 5). El tribunal establecerá un calendario de residencia que permita al niño disfrutar de periodos regulares y significativos de convivencia física con cada uno de los padres y establezca en el nivel máximo posible la cantidad de tiempo que el niño puede pasar con cada progenitor, teniendo en cuenta la separación geográfica y la ubicación de los distintos hogares. [...]

c) Ningún tribunal podrá denegar o conceder periodos de convivencia física por incumplimiento o cumplimiento de obligaciones financieras para con el niño o, si las partes estuvieron casadas, para con el ex cónyuge.

5) Factores que se tendrán en cuenta al determinar la custodia y la convivencia física. Al determinar la custodia legal y los periodos de convivencia física, el tribunal tendrá en cuenta todas las circunstancias relacionadas con el mejor interés del niño. El tribunal no podrá otorgar preferencia a uno de los padres o potencial custodio sobre el otro por razón de su sexo o raza.

- **Wyoming**

Ninguna expresión estatutaria promueve la paternidad compartida

(a) Al garantizar un divorcio, separación o anulación de un matrimonio después de establecer la paternidad (...) La Corte deberá establecer por grado u orden cualquier disposición de los niños que le parezca más expedita y en los mejores intereses de los niños.<sup>180</sup>

---

180 Ibidem.  
*no statutory language promoting shared parenting*  
20-2-201.

*(a) In granting a divorce, separation or annulment of a marriage or upon the establishment of paternity pursuant to W.S. 14-2-401 through 14-2-907, the court may make by decree or order any disposition of the children that appears most expedient and in the best interests of the children.*





# **Anexo 4**

Ley N° 2002-305 del 4 de marzo de 2002 relativa a la patria potestad  
NOR: JUSX0104902L

La Asamblea Nacional y el Senado han adoptado,

El Presidente de la República promulga la ley cuyo tenor es el siguiente:

## **Capítulo I**

La patria potestad

### **Artículo 1**

I.- Quedan derogados los artículos 287 a 295 del Código Civil.

II.- El texto del artículo 286 de ese Código será el siguiente:

"Art. 286.- Las consecuencias del divorcio para los hijos se regirán por las disposiciones del capítulo 1 del título IX del presente compendio."

III.- El texto del artículo 256 de ese Código será el siguiente:

"Art. 256.- Las consecuencias de la separación para los hijos se regirán por las disposiciones del capítulo 1 del título IX del presente compendio".

### **Artículo 2**

El texto del artículo 371-1 del Código Civil será el siguiente:

"Art. 371-1.- La patria potestad es un conjunto de derechos y deberes que tienen por finalidad preservar el interés del niño.

"El padre y la madre ejercerán la patria potestad hasta que el niño alcance su mayoría de edad o su emancipación, con objeto de velar por su seguridad, su salud y su moralidad, asegurar su educación y permitir su desarrollo, con el respeto debido a su persona.

"Los padres permitirán a los hijos participar en las decisiones que les afecten, según su edad y grado de madurez."

### **Artículo 3**

El texto del artículo 371-2 del Código Civil será el siguiente:

"Art. 371-2.- Cada uno de los progenitores contribuirá al mantenimiento y a la educación de los hijos en forma proporcional a sus recursos, a los del otro progenitor y a las necesidades del niño.

"Esta obligación no se extingue de pleno derecho cuando el hijo alcanza la mayoría de edad."

#### **Artículo 4**

I.-El texto del primer párrafo del artículo 371-4 del Código Civil será el siguiente:

"El niño tiene derecho a mantener relaciones personales con sus ascendientes. El ejercicio de tal derecho sólo podrá restringirse por motivos graves."

II.- El texto del segundo párrafo de ese artículo será el siguiente:

"Si tal es el interés del niño, el juez de familia fijará las modalidades de relación entre el niño y un tercero, sea o no su progenitor."

#### **Artículo 5**

I.-Antes del artículo 373-3 del Código Civil se insertará un signo divisorio y un título formulados en los términos siguientes:

"§ 1. Principios generales"

II.- El texto del artículo 372 de ese Código será el siguiente:

"Art. 372.- El padre y la madre ejercerán en común la patria potestad.

"Sin embargo, cuando la filiación se establezca respecto de uno de ellos transcurrido un plazo superior a un año desde el nacimiento de un niño cuya filiación haya sido ya establecida respecto del otro, sólo éste quedará investido de la patria potestad. El mismo principio se aplicará cuando la filiación se declare judicialmente respecto del segundo progenitor del niño.

"La patria potestad podrá, sin embargo, ejercerse en común en caso de declaración conjunta de ambos padres ante el secretario jefe del tribunal de primera instancia o por decisión del juez de familia."

III.- Al final del primer párrafo del artículo 365 de ese Código se sustituirán las palabras "pero éste conservará su ejercicio" por la expresión "el cual conservará en exclusiva su ejercicio, a reserva de una declaración conjunta con el adoptante ante el secretario jefe del tribunal de primera instancia a los efectos de un ejercicio en común de esa potestad".

IV.- El texto de los artículos 373 y 373-1 de ese Código será el siguiente:

"Art. 373.- Será privado del ejercicio de patria potestad el progenitor que no esté en condiciones de manifestar su voluntad a causa de su incapacidad, ausencia o cualquier otro motivo.

"Art. 373-1.- Si uno de los progenitores fallece o se halla privado del ejercicio de la patria potestad, el otro ejerce en solitario tal potestad."

V.- Antes del artículo 373-3 de ese Código, se insertará un párrafo 3 formulado en los términos siguientes:

"§3.-De la intervención del juez en los asuntos de familia

"Art. 373-2-6.-El juez del tribunal de primera instancia que entienda en los asuntos de familia tramitará los casos que se le sometan en virtud del presente capítulo, velando especialmente por la protección de los intereses de los hijos menores.

El juez podrá adoptar medidas que permitan garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos del niño con cada uno de sus padres. En particular, podrá ordenar que se inscriba en el pasaporte de los progenitores la prohibición de salir del territorio francés sin autorización de ambos padres.

Art. 373-2-7.-Los progenitores podrán recurrir al juez de familia para que ratifique el convenio en el que organizan las modalidades del ejercicio de la patria potestad y se fija la contribución al mantenimiento y a la educación del niño.

El juez ratificará el convenio, salvo si constatase que no preserva suficientemente el interés del niño o que el consentimiento de los progenitores no se ha dado libremente.

Art. 373-2-8 (nuevo).- Cualquiera de los progenitores, o el ministerio fiscal, o terceros a través del ministerio fiscal, podrán solicitar al tribunal que establezca las modalidades del ejercicio de la patria potestad y de la contribución al mantenimiento del niño.

Art. 373-2-9 (nuevo).-En aplicación de los dos artículos precedentes, la residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los progenitores, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos.

Si uno de los progenitores lo solicita, o en caso de desacuerdo entre ambos respecto del modo de residencia del niño, el juez podrá ordenar con carácter provisional una residencia alterna durante un plazo determinado. Al término de este plazo, el juez emitirá un fallo definitivo sobre la residencia alterna del niño en el domicilio de cada uno de los padres o la residencia en el domicilio de uno de ellos.

Art. 373-2-10.-En caso de desacuerdo, el juez tratará de conciliar a las partes.

Al efecto de facilitar la búsqueda por los padres de un ejercicio consensuado de la patria potestad, el juez podrá proponerles una solución de mediación y, tras haber obtenido su conformidad, designar un mediador familiar al efecto.

Asimismo, podrá ordenarles que se dirijan a un mediador familiar para que les informe sobre el objeto y el desarrollo de esta medida.

Art. 373-2-11.-Cuando se pronuncie sobre las modalidades del ejercicio de la patria potestad, el juez tendrá necesariamente en cuenta:

1º La práctica seguida anteriormente por los padres o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad;

2º Los sentimientos expresados por el niño en las condiciones previstas en el artículo 388-1;

3º La aptitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro;

4º El resultado de las exploraciones periciales que hayan podido efectuarse;

5º Los datos de los informes y contrainformes sociales que hayan podido llevarse a cabo.

Art. 373-2-12 (nuevo).-Antes de adoptar cualquier decisión sobre las modalidades del ejercicio de la patria potestad y del derecho de visita o la custodia de los niños por un tercero, el juez podrá encargar a una persona calificada la realización de un informe social, cuyo objetivo será reunir datos sobre la situación de la familia y las condiciones en que viven y se educan los niños.

Si uno de los padres impugna las conclusiones del informe social, el juez podrá, a instancia suya, ordenar la realización de un contrainforme.

El informe social no podrá utilizarse en el debate sobre la causa del divorcio.

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

## **Artículo 6**

I.- Después del artículo 373-3 del Código Civil se insertará un signo divisorio y un título formulados en los términos siguientes:

"§ 2. Del ejercicio de la patria potestad por los padres separados"

II.- El artículo 373-2 del mismo Código se formulará en los términos siguientes:

Art.373-2.- La separación de los progenitores no tendrá efectos en las normas de atribución del ejercicio de la patria potestad.

Tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos de éste con el otro progenitor.

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

III (nuevo).- A continuación del artículo 373-2 del mismo Código, se insertarán cinco artículos, numerados del 373-2-1 al 373-2-5 y expresados en los términos siguientes:

Art. 373-2-1.- Si el interés del niño lo exige, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores.

El ejercicio del derecho de visita y de acogida domiciliaria de los hijos no podrá denegarse al otro progenitor, salvo por motivos graves.

Este segundo progenitor conserva el derecho y el deber de velar por el mantenimiento y la educación del niño, deberá ser informado de las decisiones importantes relativas a la vida del menor y deberá cumplir la obligación que le impone el artículo 371-2.

Art. 373-2-2.- En caso de separación entre los padres, o entre éstos y el niño, la contribución a su mantenimiento y educación adoptará la forma de pensión alimenticia, que será entregada, según sea el caso, por uno de los padres al otro, o a la persona a quien se haya confiado el cuidado del niño.

Las modalidades y las garantías de esa pensión alimenticia se fijarán en el convenio ratificado previsto en el artículo 373-2-7 o, en su defecto, mediante resolución del juez.

Tal pensión podrá adoptar, en su totalidad o en parte, la forma de pago directo de los gastos en que incurra el niño.

Asimismo, podrá pagarse, en su totalidad o en parte, en forma de derecho de uso o de habitación.

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

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

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

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



# **Anexo 5**

Para el año 2002 mayoritariamente las mujeres solicitaron el divorcio y obtuvieron una sentencia favorable.

Causas de divorcio	Solicitante			
	Total	Hombre	Mujer	Ambos
2002				
Total	100	11.3	18.1	70.7
Mutuo consentimiento	100	NA	NA	100
Separación del hogar conyugal a/	100	43.9	56.1	NA
Abandono del hogar sin causa justificada	100	39.7	60.3	NA
Negativa a contribuir voluntariamente al sostenimiento del hogar	100	6.2	93.8	NA
Sevicia, amenazas e injurias	100	20.2	79.8	NA
Incompatibilidad de caracteres	100	48.4	51.6	NA
Adulterio	100	42.4	57.6	NA
Otras causas b/	100	21.2	78.8	NA

A favor de quién se resolvió:

2002	Hombre	Mujer	Ambos
Total			
Mutuo consentimiento	11.2	18	70.8
Separación del hogar conyugal a/	NA	NA	100
Abandono del hogar sin causa justificada	44	56	NA
Negativa a contribuir voluntariamente al sostenimiento del hogar	39.6	60.4	NA
Sevicia, amenazas e injurias	6.2	93.8	NA
Incompatibilidad de caracteres	20	80	NA
Adulterio	49	51	NA
Otras causas b/	42.2	57.8	NA
	21.5	78.5	NA

En 2003 las mujeres siguen predominando en la estadística de nupcialidad sobre las solicitudes de divorcio.

2003	Total	Hombre	Mujer	Ambos
Total	100	10.8	17.7	71.5
Mutuo consentimiento	100	NA	NA	100
Separación del hogar conyugal a/	100	44.5	55.5	NA
Abandono del hogar sin causa justificada	100	38	62	NA
Negativa a contribuir voluntariamente al sostenimiento del hogar	100	6.4	93.6	NA
Sevicia, amenazas e injurias	100	18.2	81.8	NA
Incompatibilidad de caracteres	100	34.4	65.6	NA
Adulterio	100	37.6	62.4	NA
Otras causas b/	100	18.9	81.1	NA

De igual forma las sentencias fueron favorables a las mujeres

<b>2003</b>	<b>Hombre</b>	<b>Mujer</b>	<b>Ambos</b>
Total	10.7	17.6	71.7
Mutuo consentimiento	NA	NA	100
Separación del hogar conyugal a/	44.4	55.6	NA
Abandono del hogar sin causa justificada	37.9	62.1	NA
Negativa a contribuir voluntariamente al sostenimiento del hogar	6.3	93.7	NA
Sevicia, amenazas e injurias	18	82	NA
Incompatibilidad de caracteres	34.2	65.8	NA
Adulterio	38.1	61.9	NA
Otras causas b/	19.1	80.9	NA

Estadísticas de nupcialidad de 2004

<b>2004</b>	<b>Total</b>	<b>Hombre</b>	<b>Mujer</b>	<b>Ambos</b>
Total	100	12.8	19.7	67.5
Mutuo consentimiento	100	NA	NA	100
Separación del hogar conyugal a/	100	44	54.9	1.1
Abandono del hogar sin causa justificada	100	39.6	59.4	1
Negativa a contribuir voluntariamente al sostenimiento del hogar	100	7.9	91.5	0.6
Sevicia, amenazas e injurias	100	18.9	79.7	1.4
Incompatibilidad de caracteres	100	35.5	53.2	11.4
Adulterio	100	38.4	53	8.7
Otras causas b/	100	21.9	75.7	2.4

A favor de quién se resolvió:

<b>2004</b>	<b>Hombre</b>	<b>Mujer</b>	<b>Ambos</b>
Total	12.5	20	67.5
Mutuo consentimiento	NA	NA	100
Separación del hogar conyugal a/	43.1	55.8	1.1
Abandono del hogar sin causa justificada	39	59.9	1
Negativa a contribuir voluntariamente al sostenimiento del hogar	6.8	92.6	0.6
Sevicia, amenazas e injurias	17.7	80.9	1.4
Incompatibilidad de caracteres	34.9	53.7	11.4
Adulterio	34.6	55.6	9.8
Otras causas b/	21	76.7	2.4

Estadísticas de nupcialidad 2005

<b>2005</b>	<b>Total</b>	<b>Hombre</b>	<b>Mujer</b>	<b>Ambos</b>
Total	100	12.9	19.3	67.8
Mutuo consentimiento	100	NA	NA	100
Separación del hogar conyugal a/	100	44.6	54.3	1.1

Abandono del hogar sin causa justificada	100	40.1	59.1	0.8
Negativa a contribuir voluntariamente al sostenimiento del hogar	100	8.6	91.1	0.3
Sevicia, amenazas e injurias	100	20.9	78.4	0.6
Incompatibilidad de caracteres	100	35.9	52.1	12.1
Adulterio	100	38.3	54.2	7.5
Otras causas b/	100	20.6	76.3	3.1

De igual forma las sentencias favorecieron a la mujer

2005	Hombre	Mujer	Ambos
Total	12.5	19.6	67.8
Mutuo consentimiento	NA	NA	100
Separación del hogar conyugal a/	43.5	55.4	1.1
Abandono del hogar sin causa justificada	39.6	59.5	0.8
Negativa a contribuir voluntariamente al sostenimiento del hogar	7.2	92.5	0.3
Sevicia, amenazas e injurias	20.2	79.2	0.6
Incompatibilidad de caracteres	35.6	52.4	12.1
Adulterio	34.5	57.7	7.8
Otras causas b/	19.8	77.1	3.1

Estados Unidos Mexicanos		
Divorcio según concesión de Patria Potestad y Pensión Alimenticia		
2004		
Concepto	No	%
Patria Potestad	55,889	100.0
Madre	3,390	6.1
Padre	540	1.0
Ambos	35,962	64.3
Otro	40	0.1
No se otorgo	14,947	26.7
No especificado	1,010	1.8
A Favor de Quién Resuelve	55,889	100.0
Hijos	36,655	65.6
Esposa e Hijos	2,722	4.9
Esposa	744	1.3
Esposo e Hijos	555	1.0
Esposo	34	0.1
Ninguno	12,562	22.5
No especificado	2,617	4.7

Fuente: Estadísticas Vitales. INEGI. Varios Años.