



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**LA NECESIDAD JURIDICA DE ESTABLECER
SANCIONES AL INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO
DE CUSTODIA COMPARTIDA**

T E S I S

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

P R E S E N T A:

ERIKA APUD BALBUENA

ASESOR DE TESIS: LIC. JESÚS VILCHIS CASTILLO



CIUDAD UNIVERSITARIA

MÉXICO D.F. 2009



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

DEDICO ESTE TRABAJO A:

DIOS, POR DARMER LA OPORTUNIDAD DE VIVIR.

CON AMOR A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO,
A LA FACULTAD DE DERECHO POR ABRIRME SUS AULAS, Y CON
ELLO LOGRAR UNA FORMACIÓN PROFESIONAL, EN ESPECIAL AL
LIC. JESÚS VILCHIS AL HABER ACEPTADO SER EL DIRECTOR DE
ESTA TESIS.

A MIS PADRES:
ROBERTO, CON CARÍÑO A MI MADRE LUISA, POR SU AMOR
INCONDICIONAL Y A SU PAREJA CLEMENTE.

A MIS ABUELITOS:
VICTORIA Y
+ CRESCENCIANO, POR SER LOS PILARES EN MI VIDA.

A MIS HERMANOS:
JORGE ROBERTO Y
MARCO ANTONIO

A MIS SOBRINOS:
FERNANDA
LUIS
ALEJANDRA Y
JAZBETH

A MI COMPAÑERO DE VIDA:
SAMUEL GALICIA, POR SU GRAN APOYO.

A MIS TIOS:
IRMA, BETY, EN ESPECIAL A ROSY, POR SU APOYO INCONDICIONAL,
ISMAEL, JAIME, SAUL, MANOLO Y RAUL.

A MIS PRIMOS:
EDWIN, JAZIEL, ISMAEL, YAZMIN, JOSE, PEPE, BETO, CESAR,
DIANA, ADRIANA, MAYA, URIEL, DANI, SINDEL, ALISON.

A MIS AMIGOS:
SICA, VIOLETA Y KARINA.

“LA NECESIDAD JURIDICA DE ESTABLECER SANCIONES AL INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO DE CUSTODIA COMPARTIDA”

INDICE.

INTRODUCCIÓN.

CAPITULO I CONCEPTOS GENERALES DEL DERECHO FAMILIAR Y LA CONVIVENCIA FAMILIAR.

1.1 Referencias históricas	1
1.1.1 En Roma	1
1.1.2 Francia	4
1.1.3 España	6
1.1.4 México	8
1.1.4.1 Época Independiente	9
1.1.4.2 En los Códigos de 1870 y 1884	10
1.1.4.3 Ley de Divorcio Vincular de 1914	11
1.1.4.4 En la Ley de Relaciones Familiares de 1917	12
1.1.4.5 En el Código Civil de 1928	14
1.2 Definiciones de Derecho Familiar	15
1.2.1 Filiación	19
1.2.2 Patria Potestad	21
1.2.3 Custodia	25
1.2.4 Custodia compartida	28
1.2.5 Convivencia	29
1.2.6 Convivencia familiar	31
1.2.7 Guarda	33

CAPITULO II
MARCO JURÍDICA DEL CONVENIO DE CUSTODIA COMPARTIDA.

2.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	36
2.2 Código Civil Federal	42
2.3 Código Civil para el Distrito Federal	43
2.4 Jurisprudencia	48
2.5 Otras disposiciones	54
2.5.1 Centro de Convivencia Familiar Supervisada	54
2.5.2 En la Ley de Prevención y Asistencia a la Violencia Familiar	59
2.5.3 En el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia	61

CAPITULO III
LA IMPORTANCIA DE LA CONVIVENCIA FAMILIAR COMO BIEN
JURÍDICO TUTELADO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

3.1 Bien jurídico tutelado	66
3.2 La unión familiar	68
3.3 La ayuda en caso de enfermedad	73
3.4 La desintegración de la Familia	79
3.5 La familia dentro de la organización social	85
3.6 El problema de la violencia familiar	88
3.7 Ineficacia de los artículos 283, 417 y 418 del Código Civil para el Distrito Federal	91

CAPITULO IV

LA NECESIDAD JURIDICA DE ESTABLECER SANCIONES AL INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO DE CUSTODIA COMPARTIDA.

4.1 La custodia compartida en el divorcio	100
4.2 Elementos del convenio de custodia compartida	105
4.2.1 Horarios	111
4.2.2 Situaciones extraordinarias	112
4.3 El incumplimiento y la afectación a la convivencia	113
4.4 El incumplimiento sancionable	120
4.5 Propuesta de reforma al artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal para aplicar una sanción pecuniaria	124
4.6 Justificación de dicha propuesta	126
CONCLUSIONES	128
BIBLIOGRAFÍA	131

INTRODUCCIÓN

A raíz de la reforma al Código Civil sobre los artículos 283, 417 y 418 se ha dado ya la oportunidad a la pareja que se divorcia o que se separa de poder seguir compartiendo la custodia de los hijos.

Un problema que existía anteriormente, consistía en el hecho de que en el momento que sobreviene la separación, por lo regular la mujer era la que se quedaba con los hijos, y por ningún motivo dejaba ver o convivir al padre con ellos.

La importancia de seguir conservando a la familia unida y que de alguna manera los hijos conozcan a sus tíos, a sus abuelos, a sus demás parientes; y que no pierdan contacto, con el es el bien jurídico que trata de tutelar la nueva reforma llamada de custodia compartida.

El tema se justifica, en virtud de que en esta nueva figura establecida en el Código Civil, se establece la posibilidad de un convenio en el artículo 283 del Código Civil, pero en ningún momento se establece un método de sanción o alguna otra circunstancia parecida que haga efectivo el convenio.

Dicho de otra manera, que se requiere siempre de que la pareja una vez que ha podido transigir sobre la custodia de sus hijos, tengan una sanción de tipo económico principalmente, cuando llega a incumplirse gravemente el convenio de custodia compartida.

El objetivo principal ha demostrar, es la importancia de la convivencia familiar aunque los cónyuges estén separados, o se hayan divorciado de tal manera, que no por este hecho, los hijos van a perder toda relación con la parentela del padre que no los ve, o que no los tiene en custodia.

Así tenemos como la custodia compartida es realmente un adelanto en nuestra legislación y la manera a través de la cual se atacan los problemas, inherentes a la separación de la familia, pero consideramos, deben necesariamente de tener formulas adecuadas de tipo sancionatorio para lograr la eficacia del convenio de custodia compartida.

Como consecuencia de lo anterior, como hipótesis principal consideramos una reforma principalmente al artículo 283 o tal vez al artículo 417 o 418, en donde se va estableciendo la posibilidad de la custodia compartida, para fincar en cualquiera de estos artículos una responsabilidad y una sanción cuando una de las parejas, dolosamente, y además reiteradamente en forma grave, no permite o no cumple con lo establecido por la ley y por supuesto por lo convenido por las partes en la custodia compartida.

CAPITULO I

CONCEPTOS GENERALES DEL DERECHO FAMILIAR Y LA CONVIVENCIA FAMILIAR.

Para el desarrollo de esta parte de nuestro estudio, consideramos necesario dividirlo en dos partes, en la primera analizaremos las referencias históricas respecto del derecho de familia y su convivencia, y después en la segunda parte veremos las definiciones del derecho familiar que más se relacionan.

Como consecuencia de lo anterior, podremos ya observar desde un punto de vista histórico, la fórmula a través de la cual las diversas sociedades, van generando una familia, posteriormente la convivencia familiar y los bienes jurídicos tutelados respecto de lo que sería la custodia de los menores de edad.

Además, en la segunda parte estableceremos las definiciones y conceptos del derecho familiar sobre lo que es la patria potestad, la filiación, la custodia, que nos permitirán poder tener en términos generales, un panorama completo de lo que es en sí los conceptos del derecho familiar y la convivencia de la familia, cuando hay una separación.

Lo anterior, nos va a colocar en posición de poder tener elementos de crítica fundamentados para analizar la necesidad jurídica de establecer sanciones al incumplimiento del convenio de custodia compartida.

1.1. REFERENCIAS HISTORICAS.

1.1.1. EN ROMA.

Sin duda el origen de varias legislaciones en el mundo, ha sido el derecho Romano; en este vamos a encontrar la *mancipium*, que básicamente es una sujeción hacia el pater familias respecto de los hijos frente a sus padres.

De esta situación nos habla el autor Eugene Petit, dice lo siguiente:

“El “*mancipium*” es una autoridad de derecho civil que puede pertenecer a un hombre libre sobre una persona libre y que depende a la vez de la autoridad paterna y de la del Señor. Solo podían darse “*in mancipio*” los hijos bajo potestad paterna y las mujeres “*in manu*”; el *mancipium* se establecía al modo de la “*mancipatio*”, siendo numerosos los casos en el derecho antiguo Romano en el que había que establecer la potestad.”¹

En la familia romana, todos y cada uno de las personas que se iban procreando, van a quedar manumitidas a las órdenes en el imperio del pater familias.

De hecho, hasta la mujer quedaba “*in manu*”. Esto nos daba una idea general de lo que se iba formando a partir, de lo que sería la formación matrimonial de la familia romana.

Evidentemente, que a través de la desvinculación de esta unión matrimonial, habría que establecer la convivencia de la familia en caso de divorcio.

Así, el autor Sócrates Jiménez Santiago Tiana, cuando nos habla de esto dice:

¹ PETIT, Eugenio, “Tratado elemental de derecho romano”, Editora Nacional, 13ª Edición, México, 2003, p.p. 123-124.

“A través de la separación legal de los cónyuges que producía la disolución del vínculo matrimonial, en Roma existían dos formas:

1.- “Bonagratia (por mutuo consentimiento) y por “Repudium”; (forzoso). Al principio cuando la mujer se casaba “in manu”, era raro el divorcio entre los romanos, pero al final de la República, Justiniano, en el derecho imperial Romano, va a fijar que en caso de divorcio, la custodia quedará en poder del cónyuge inocente, en tal virtud, la situación manumitida de la casada, tendría todavía que soportar las cargas de sostenimiento económico de la familia”.²

Evidentemente una de las circunstancias más especiales respecto de lo que es la convivencia familiar que dentro del Derecho Romano, era la filiación que tienen los menores respecto de la procreación con el lado materno.

La custodia y el cuidado de los menores correspondían evidentemente a la mujer, aunque debemos de recordar, que la patria potestad era rígida por parte del pater familias, y esto definitivamente generaba en mucho, situaciones a través de las cuales el pater familias, incluso podía hasta disponer de la vida de sus hijos en el derecho romano arcaico.

Como consecuencia de lo anterior, pues evidentemente que la convivencia familiar desde el punto de vista de la legislación romana, tendría como objeto tutelar, la posibilidad de que se conservará la influencia entre los hijos y el lado materno; aunque, le permitía al pater familias ejercer la patria potestad que definitivamente significa todo un poder del padre sobre los hijos e inclusive sobre la mujer que estaba manumitida.

² JIMÉNEZ SANTIAGO TIANA, Sócrates, “Derecho Romano”, Ed. Sista, 4ª Edición, 2004, México, Pág. 122.

1.1.2.- En Francia.

Con la caída del gran imperio Romano en manos de los bárbaros del norte, se va a dar una transformación en las diversas legislaciones de todo el mundo, en virtud de que las diversas compilaciones de Justiniano principalmente, viajan hacia otros países.

Llegan a Francia, y ahí se suavizan, en virtud de que existía ya un sentimiento de piedad, que el cristianismo había fomentado en la sociedad.

De esto nos habla el autor Manuel Chávez Ascencio, dice lo siguiente:

“En Francia prerrevolucionaria los hijos abandonados recaían por lo que su alimentación y cuidado se refiere en el personal de la parroquia respectiva. Naturalmente que el párroco realizaba esfuerzos extraordinarios para descubrir de quien era el hijo abandonado, para forzar al padre a cumplir sus deberes. El derecho revolucionario francés prohibió toda investigación natural confiriendo al padre el derecho discrecional de reconocer o no a su hijo.

El Código francés admitió la investigación de la paternidad natural; pero sometiéndola a reglas de pruebas sumamente estrictas, en tanto que la investigación que la paternidad permanecía prohibida; salvo caso de rapto”.³

Evidentemente que con el desarrollo lógico de la sociedad, se genero incluso una cierta edad a través de la cual, el sujeto quedaba dentro de la obligación de la patria potestad.

³ CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel, “Relaciones jurídico paterno filiales”, Ed. Porrúa, 4ª edición, México, 2002, Pág. 177.

Dicho de otra manera, que se va ejerciendo por parte de las personas, un poder sobre sus hijos, pero este poder llegaba a ser limitado en relación directa con la edad del menor, para que este, cuando llegara a una determinada edad, podría suprimir dicha patria potestad.

Así, la idea de la custodia terminada puesto que, la persona podía ya depender de si misma y lograr con esto su independencia.

De esto también nos habla el autor Ignacio Galindo Grafías, diciendo lo siguiente:

“La patria potestad en el derecho francés ha acentuado el principio de la autonomía paterna en la familia legítima. El Código Civil de 1804 otorgaba al padre el ejercicio de la patria potestad. Este poder se extingue a la mayoría de edad del hijo, la cual va a estar concebida hasta los veintiún años de edad; a partir de la ley del veintidós de Septiembre de 1942, la patria potestad concebida en el Código Civil, como un poder o como una autoridad del padre, se transformaba en una potestad que debe ser ejercida en interés mutuo del patrimonio y de los hijos. Adquiere así la patria potestad el carácter de una función temporal, ejercida en interés del grupo familiar legítimo. También la ley del veintidós de Mayo de 1946, proclama la idea de que los tribunales pueden privar del ejercicio de la patria potestad al padre o la madre que por su conducta, o su salud, puedan comprometer la formación adecuada de sus hijos”.⁴

Es preciso detonar una gran diferencia entre lo que era el derecho romano en donde la patria potestad permanecía hasta que el hijo formara una nueva familia, e incluso formándola aun permanecía la potestad del padre, frente al derecho francés en donde ya se fija una determinada edad, de veintiún años, en la

⁴ GALINDO GRAFÍAS, Ignacio, “Derecho Civil”, Ed. Porrúa, 15ª Edición, México, 2001, p.p. 658-659.

cual, terminaba la potestad del padre sobre los hijos, y estos se convertían en independientes.

Esto es trascendental para la convivencia de las familias, y la formación de un derecho familiar que regule las situaciones en Francia.

1.1.3.- España.

Evidentemente que el derecho español es el origen directo de nuestro derecho, de tal manera que lo que fue la Península Ibérica, se formaron diversos principados y por tal motivo se establecieron diversas legislaciones, como fueron la de Castilla, las leyes de Toro, la de Partidas, las de Estilo y demás.

Como consecuencia de esto, vamos a ver como el derecho familiar en su tratamiento va a generar para cada una de las regiones, una regla semejante pero separada para los diversos principados que existían en la Península Ibérica.

El autor Joaquín Escriche, cuando nos habla sobre la autoridad paterna, dice lo siguiente:

“La autoridad que las leyes dan al padre sobre la persona y los bienes de los hijos, se denominaba la patria potestad según la ley I, Título XVII, partida cuatro, de la legislación española, esta autoridad competía al padre y no a la madre, y recae precisamente sobre los hijos legítimos o legitimados, mas no sobre los naturales, incestuosos, adulterinos y demás”.⁵

⁵ ESCRICHE, Joaquín, “Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia”, Ed. Cárdenas editores y distribuidos, 4ª edición, México, 2000, Tomo II, Pág. 1333.

En el antiguo derecho español, la idea que inmediatamente se puede palpar, es el hecho de que el machismo del varón iba a prevalecer sobre los intereses de la mujer.

Y como consecuencia de esto, se van a establecer reglas preferentemente de derecho varonil; sobre los derechos que la mujer tenía la cual iba a quedar sometida como en el derecho romano, a la potestad del jefe de familia.

Sin lugar a dudas, el ejercicio de la custodia de los deberes de padres a hijos, quedaba en beneficio directo, del cónyuge varón y como consecuencia se otorgaba a dicho varón, las posibilidades de decisión dentro de la familia y de esta manera se logra la organización de la familia en España.

Otro autor que nos habla de esto, es José María Castan Vázquez, al respecto nos dice:

“En la España medieval encontramos que en el fuero juzgo se percibe claramente una influencia germánica respecto de la organización de la patria potestad. En este cuerpo de leyes la influencia del derecho romano como es sabido, se vio oscurecida por el derecho germánico.

No obstante que las partidas acogieron para España el derecho Romano, y que en este cuerpo de leyes, la patria potestad se denominaba: “Oficium Virile” y se constituye como un poder absoluto y perpetuo, en favor del padre, que percibe respecto del ejercicio de la patria potestad, la influencia de ciertas ideas cristianas que influyeron sobre la institución ya desde el imperio romano en el sentido de que la patria potestad debía ser ejercida con piedad paternal”.⁶

⁶ CASTAN VÁZQUEZ, José María, “Tratado de derecho civil español”, 3era edición, Barcelona España, 2001, Pág. 355.

La potestad paterna, iba a ser el líder a través del cual se sometían los hijos a una cierta custodia de los padres.

De tal manera, que lo que se requería era piedad en el desarrollo de esa patria potestad.

Debemos de recordar que los padres en el derecho romano, podían incluso hasta asesinar a sus hijos, venderlos, alquilarlos o deformarlos, sin tener ningún problema, ni responsabilidad alguna.

De ahí que el sentimiento de piedad que habíamos dicho que imprimió el cristianismo, se va vislumbrando para este tipo de relaciones.

1.1.4.- México.

Para poder llevar a cabo un cierto análisis de las situaciones del derecho familiar y la convivencia dentro de la familia, pues es indispensable separar las épocas en nuestro país, recordando que evidentemente, el derecho español, fue la legislación principal que se estableció en nuestro país en la época colonial una vez que fueron conquistados nuestros antecesores en este territorio.

Así, consideramos iniciar nuestra historia en México, a partir de la época independiente, en que termina la Colonia y empieza para nuestro país un nuevo sistema de política interna, que dio origen básicamente a dos partidos políticos agrupando a los conservadores por un lado y a los liberales por el otro que generaron las diversas luchas por el poder que se dio en el México Independiente.

1.1.4.1.- Época Independiente.

Las diversas batallas que surgieron por la lucha de poder, nos dieron la posibilidad para la sociedad mexicana en el hecho de formar una legislación que permitiera a las personas, el poder tener las reglas de conducta necesaria para la convivencia social.

De ahí que, en la época independiente se aplicó la novísima recopilación.

Eran exactamente las leyes de Indias, los decretos a las ordenanzas reales, que se establecieron durante la época colonial.

Incluso, nuestro país para esta época pues evidentemente que el clero católico, gozaba de grandes privilegios y por supuesto de una influencia masiva sobre todo lo que era la organización social.

Sobre de esto el autor Antonio de Ibarrola decía:

“Para la Iglesia, en el momento en que se consuma la independencia nacional, se abre un camino virgen a través del cual, sube rápidamente al poder gubernamental, y empieza a generar reglas provenientes de los cánones eclesiásticos, en donde se establecía la obligación de los padres en mantener y educar a los hijos, y el derecho de mandar a corregirlos y dirigirlos, sin otra intervención que la indispensable de la sociedad. En el fondo y después de varios ajustes, el espíritu de la corrección fue menguando y además mesurándose para no provocar lesiones a los hijos en ejercicio del derecho de corrección”.⁷

Nótese como la idea fundamental de la legislación, se identifica más que nada con los grupos dominantes en el poder de la época.

⁷ IBARROLA, Antonio De, “Derecho de Familia”, Ed. Porrúa, 6ta edición, México, 2001, Pág. 443.

Si bien es cierto la novísima recopilación de Indias, no fue obedecida ni siquiera en su tiempo, pues mucho menos en el momento en que nuestro país se hace independiente, y en el caso de que el clero católico es quien empieza a tener la batuta principal, y por supuesto el establecimiento de reglas a través de las cuales, observamos un sentimiento de piedad, no solamente en la relación familiar sino en la posibilidad de corregir a los hijos dentro de lo que es la convivencia de la familia.

1.1.4.2.- En los Códigos Civiles de 1870 y 1884.

Una vez que surgen las luchas de reforma para 1857, vamos a encontrar que hay una época de paz y prosperidad para nuestra nación, y es aprovechado a fin de establecer algunos códigos a finales del siglo XIX.

Estos códigos van a generar diversas situaciones de derecho familiar y a través de estos, surgen ya nuestras diversas instituciones.

El autor Manuel Chávez Ascencio al hablarnos de estos códigos dice:

“En México, en los códigos de 1870 y 1884, la patria potestad se ejercía, en primer termino por el padre y después por la madre. Solo por muerte, interdicción, ausencia del llamado preferentemente, entraría al ejercicio de la patria potestad el que seguía en el orden establecido en los artículos del Código. Después de la muerte seguía, el abuelo paterno, después el materno. Fue en la ley sobre relaciones familiares donde el articulo 241, estableció que la patria potestad se ejercía por el padre y la madre en primer termino, y después por los abuelos paternos y por ultimo por ambos abuelos maternos, lo que recibe el

Código actual, de tal forma que la patria potestad se ejerce mancomunadamente”.⁸

Es de sobremanera insuperable, el observar, como genero a través del desarrollo histórico, una formación de la legislación la cual todavía tenía esas ideas machistas en el sentido de ofrecerle al pater familias, la posibilidad y potestad de decisión de mando en el derecho de familia y la convivencia familiar.

A partir de estas situaciones, se van dando los derechos de potestad sobre los hijos, y se va formando un cúmulo de reglas que van a generar la organización dentro de la institución de la familia, estas, se van a observar con mayor detenimiento, en lo que fuese nuestra primera legislación especializada en la Ley de relaciones familiares de 1917 que también fue llamado como el proyecto carranza.

1.1.4.3.- Ley de Divorcio vincular de 1914.

Sin duda alguna, toda la historia nacional esta o ha pasado cuando menos en el puerto de Veracruz. Razón por la cual la legislación estatal ha sido siempre una de las primeras en establecer las legislaciones necesarias para regular las conductas en sociedad.

Así, vamos a encontrar la ley de divorcio vincular, que evidentemente respetaba todo lo que es el canon eclesiástico, en el sentido de no generar la desvinculación del vinculo matrimonial. Dicho de otra manera, que podían separarse los cuerpos, pero seguían siempre matrimoniados.

Sobre de este aspecto el autor Antonio de Ibarrola, nos ofrece los comentarios siguientes:

⁸ CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel, “Op. Cit.”, Pág. 279.

“En la Ley de divorcio vincular de 1814, se va ha generar una indisolubilidad del matrimonio, y solamente se otorga la separación de cuerpos, sin que el vinculo pueda ser destruido; esto responde a los intereses eclesiásticos y por supuesto a la necesidad de integración de la familia; además, de que se seguía en esta legislación, el criterio de que los hijos menores de edad, tendrían que quedar a cargo de la madre para su desarrollo y con esto, se establecían diversas cargas a la pareja para soportar una vida ya no en común, sino ahora alejados el uno del otro”.⁹

La desvinculación del vínculo no se da sino hasta las diversas legislaciones carrancistas, especialmente en la Ley de relaciones familiares de 1917.

Podemos detonar la legislación de España, la veracruzana, también generaba la potestad de los padres en la decisión de la convivencia familiar, en el momento de su disolución, la madre tendría todavía que cargar con el hijo y establecer algunas cargas hacia el padre para soportar el desarrollo de su propia procreación.

1.1.4.4.- En la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.

En el llamado proyecto carranza, se denota ya la situación moderna del divorcio y por supuesto la conservación de la patria potestad como un ejercicio de decisión de la convivencia dentro de la familia.

Sobre de esto el autor Rafael Rojina Villegas, nos comenta:

“En México, por las ideas que sustento Venustiano Carranza, como jefe del ejercito constitucionalista y del movimiento revolucionario, a través de algunos

⁹ IBARROLA, Antonio, De, “Op. Cit.”, Pág. 311.

jurisconsultos, se sostuvo por primera vez la idea de equiparar al hijo legítimo con el natural, para atribuirle el mismo estado jurídico; para relacionarlo por consiguiente, con toda su parentela en virtud del vínculo consanguíneo y no a través del matrimonio, y para darle un estado integrado por un conjunto de derechos, no solamente para heredar, exigir alimentos, llevar el apellido del padre o la madre, sino también para que goce la protección jurídica que otorga la patria potestad, limitando solo sus consecuencias, en la misma forma en que se hace respecto de los hijos legítimos”.¹⁰

Sin duda alguna, en la ley de relaciones familiares de 1917 se lleva a cabo una transformación tal a partir de la cual, las situaciones van a cambiar y con ello, la familia asienta diversas posibilidades sobre las cuales los derechos y obligaciones van logrando una mayor expectativa.

El llamado proyecto carranza abre una nueva época y una nueva directriz tanto para las relaciones de la familia como para el divorcio mismo.

El autor Raúl Avendaño López al hablarnos de esto dice:

“Con el llamado proyecto carranza, se va abrir una nueva época para todo el conglomerado de las normas que regían las relaciones familiares en nuestro país a principios del siglo XX. Se puede denotar en lo que fue la exposición de motivos de la legislación sobre las relaciones familiares, cual iba a ser el carácter principal respecto de lo que es el derecho de familia, su integración del matrimonio, y por supuesto la nueva directriz desvincular del divorcio.

¹⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael, “Compendio de derecho civil Introducción, personas y familia”, Ed. Porrúa, 28ª edición, México, 2003, Tomo I, Pág. 458.

Para comprender estas consideraciones hemos de transcribir los tres primeros considerandos de la exposición de motivos de la ley de relaciones familiares del 9 de Abril de 1917, misma que consideraba lo siguiente:

Que en el informe que presento esta primera jefatura del ejercito constitucionalista, al congreso constituyente, se expreso de una manera terminante, que pronto se expedirían leyes para establecer la familia con bases mas racionalistas y justas, que eleven a los consortes a la alta misión de la sociedad, y la naturaleza pone a su cargo, de propagar la especie y fundar la familia".¹¹

Nótese como el autor citado, nos revela ya la formula a través de la cual la legislación de 1917, transforma todo lo que anteriormente se conocía tanto de lo que es el divorcio como la relación filial entre padres e hijos para empezar, divorcio ya iba a ser desvincular, esto es que el vínculo se terminaba.

Y frente a las posibilidades de llevar a cabo el ejercicio de la patria potestad, la situación ahora era mancomunada, no se le otorgaba exclusivamente al padre, la formula que las legislaciones anteriores le ofrecían, como era el hecho de llevar a cabo por si solo, las decisiones en la convivencia de la familia.

1.1.4.5.- En el Código Civil de 1928.

Con el devenir de el tiempo, pues se van generando nuevas ideas, nuevas situaciones políticas, y tenemos como también el Código Civil va ha tratar de modificarse.

El autor Ignacio Galindo Graffías nos dice:

¹¹ AVENDAÑO LÓPEZ, Raúl, "El divorcio", Ed. Sista, 1ª edición, México, 2006, Pág. 50.

“El Código Civil de 1928, vigente en el Distrito Federal, establece que el ejercicio de la patria potestad, compete conjuntamente al padre y a la madre, en primer lugar a falta de ambos la patria potestad será ejercida por el abuelo y la abuela paternos y a falta de estos por el abuelo y la abuela maternos. En nuestro Código, se organiza la patria potestad, como un cargo de derecho privado y de interés público. Aun cuando el ejercicio de la patria potestad se confiere a ambos progenitores; nuestra ley no establece una división de poderes y facultades que deban ejercer separadamente cada uno de los progenitores, sino que las cargas, los deberes y las facultades que imponga la patria potestad deben ser cumplidos conjuntamente por el padre y por la madre, siempre mirando por la educación y formación del hijo”.¹²

Las instituciones van quedando, casi a la luz de lo que fue la ley de relaciones familiares de 1917, como consecuencia de lo anterior se genera para todo lo que es la posibilidad de convivencia y la formación del derecho de familia, pues una cierta directriz específica que les va a permitir en un momento determinado, lograr el hecho de una convivencia racional a través de la cual, la reciprocidad de derechos y obligaciones, permita el seguir adelante al grupo familiar.

1.2.- Definiciones del derecho familiar.

Vamos ahora a establecer algunos conceptos que seguiremos utilizando en la secuela de este estudio, con el fin de satisfacer nuestra idea sobre lo que es el derecho de familia y la convivencia dentro de ella.

El primero de ellos, y de suma importancia es del Derecho de Familia:

¹² GALINDO GRAFÍAS, Ignacio, “Op. Cit.”, Pág. 659.

“Es la parte del Derecho civil que regula las relaciones del grupo humano compuesto, como mínimo, por progenitores y procreados, con el fin de establecer los derechos y obligaciones jurídicas relacionado con la procreación, el cuidado y la educación de los hijos. En definitiva, el derecho de Familia regula las situaciones de los cónyuges y parientes, con el fin de facilitar el cumplimiento de los objetivos de la familia.

Sin embargo los derechos o facultades se atribuyen a las personas en cuanto son miembros de una familia; no están atribuidos a la familia como entidad independiente o atunómica. El Derecho de Familia, en cuanto conjunto normativo, tiene un notable contenido ético que se manifiesta, bien por la subordinación del interés de la persona al de la familia, bien por la limitación de la autonomía de la voluntad. En términos general, las instituciones y figuras jurídicas familiares están sometidas a formas solemnes y a la intervención de la autoridad, podría decirse que el derecho de Familia es la parte del derecho privado mas influida por el derecho publico...”¹³

El autor Miguel Ochoa Sánchez quien establece una definición del de familia menciona lo siguiente:

“La familia es la base piramidal social; en ella se educa el carácter y se forma la personalidad social de los jóvenes que con el tiempo serán los conductores y lideres de la sociedad; su estudio, protección y vigilancia adecuados son fundamentales para la colectividad, por lo que el Estado establece las bases para elevar el matrimonio así como para regular la patria potestad, la tutela, la adopción, el parentesco y el patrimonio familiar.

¹³ RIBO DURAN, Luis. “ Diccionario de Derecho”, BOSCH, casa Editorial, S. A., 1ª Edición, Barcelona, España, 1987, Pág. 204.

El derecho civil mexicano ha sido el encargado de regular las relaciones derivadas de la familia mexicana".¹⁴

Evidentemente que mas que ser un concepto de derecho familiar, el autor citado nos ha proporcionado una idea de lo que es la familia, y su importancia; como consecuencia de lo anterior denotamos como la familia es la base principal de todo lo que sería la formación del Estado, y como consecuencia de esto, pues todo lo que rodea a las relaciones jurídico familiares, tienen antes y sobre de todo, que quedar subsumidas a la idea del derecho familiar.

Quisiéramos citar las palabras de los autores Edgar Baqueiros Rojas y Rosalía Buenrostro Báez quienes al establecer la definición del derecho de familia dicen lo siguiente:

"Si se toman los elementos conceptuales básicos de los conceptos biológicos y sociológicos de la familia, y se incorporan los propios del concepto del derecho, se arregla la definición de derecho de familia, concepto cuya interpretación resulta prioritaria para comprender con claridad el curso.

Con ambos conceptos de familia y de derecho, se integra lo que conceptualmente se conoce como derecho de familia, parte del derecho civil que reglamenta las relaciones entre los miembros del conglomerado familiar. De esta manera definimos al derecho de familia; como la regulación jurídica de los hechos biosociales derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio y del concubinato y la procreación de los hijos por la institución de la filiación".¹⁵

¹⁴ OCHOA SÁNCHEZ, Miguel Ángel, "Derecho positivo mexicano", McGraw Hill, 2ª edición, México, 2002, Pág. 122.

¹⁵ BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, "Derecho de familia y sucesiones", Ed. Oxford, 4ª edición, México, 2001, Pág. 10.

Una vez establecida la importancia de la familia citaremos la siguiente
Jurisprudencia:

Tesis aislada
Materia(s): Civil
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXIV, Diciembre de 2006
Tesis: II.2o.C.509 C
Página: 1344

GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES. LA PRETENSIÓN DE CAMBIO DE LA SITUACIÓN JURÍDICA PREEXISTENTE, ESTÁ SUPEDITADA A QUE PREVIAMENTE SE CUMPLA CON LA CONDICIÓN DE ENTREGA DE LOS INFANTES A FAVOR DE QUIEN EJERCE ESA GUARDA Y CUSTODIA, LEGAL Y FORMALMENTE DECRETADA EN SENTENCIA FIRME.

El derecho de familia es un conjunto de normas jurídicas dirigidas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, procurándose el mejor desenlace en las relaciones conyugales y consanguíneas constituidas por un sistema de derechos y obligaciones, poderes, facultades y deberes entre consortes, hijos y parientes. Esas facultades y deberes de carácter asistencial que nacen entre los padres, hijos, parientes colaterales (hermanos, tíos, sobrinos, etcétera), tienen como objetivo tutelar los derechos entre ascendientes y descendientes, sujetándose a normas establecidas para la protección de los hijos. Por ello, el derecho de familia se **ocupa**, entre otros aspectos, **de la protección de los menores a través del ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia, considerado ello como una institución protectora de la persona y bienes de los hijos menores de edad no emancipados, que nace de la filiación.** Así, cuando en un asunto se discuta la pretensión del progenitor de cambio de situación jurídica de la guarda y custodia decretada previamente en definitiva a favor de la madre de los menores, pero que de hecho tiene dicho progenitor porque indebidamente retiene consigo a esos menores, en abuso del derecho de convivencia paterno-filial que le fue concedido, es indiscutible que el juzgador debe observar y tener en cuenta, de oficio y en forma preferente, la situación prevalente sobre la guarda y custodia definitiva ya decretada a favor de la madre, previamente al examen de esa acción de cambio de guarda y custodia, y al suplir la deficiencia de la queja a favor de los descendientes, la autoridad debe ordenar al accionante la entrega de dichos menores de manera inmediata a su progenitora, con los apercibimientos de ley en caso de desobediencia, a efecto de que lo ya decidido judicialmente sobre tal prerrogativa siga cumpliéndose en sus términos, en restauración del orden público relativo, incluso, como un presupuesto básico de procedencia de dicha acción intentada por el demandante, ya que no es factible ni permisible, formal y legalmente, que con el incumplimiento y falta de acatamiento a una determinación judicial decretada a favor de esos menores, que sin duda provoca una situación de hecho irregular, se pretendiere cambiar un derecho preferente que judicialmente le fue otorgado en definitiva a la progenitora de dichos infantes, como sucede, se reitera, cuando el actor, en abuso notorio del derecho de convivir con sus menores hijos, no los devuelve a aquélla, a quien jurisdiccionalmente se le concedió ya en definitiva la guarda y custodia respectiva, para así, de facto, pretender el cambio de dicha situación jurídica con el fin de que a él se le otorgare ésta por una circunstancia de hecho, y que a la progenitora se le fijara un régimen de visitas y convivencias materno-filial, sin que previamente el accionante hubiese acatado la decisión preexistente, o sea, la entrega de los menores, en respeto a ese estado jurídico en que se encuentra la guarda y custodia legalmente. Por consiguiente, al ser el cumplimiento de las sentencias firmes y el interés superior de los menores, cuestiones de orden público e interés social preeminente, debe constreñirse al

progenitor a reintegrar a los menores hijos con su madre, a efecto de que se restaure esa situación jurídica, respetándose el estado de derecho que prevalece en nuestro país, pues ello resulta de supremo interés y obligatorio para todas y cada una de las autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano ante quienes, de alguna forma, se someta la decisión de salvaguardar los derechos de menores.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 671/2006. 19 de septiembre de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretario: Carlos Esquivel Estrada.

Pero como hemos visto, a partir de lo que fue la legislación carrancista de 1917, se establecen situaciones más razonables y más piadosas en el trato de la patria potestad y la custodia de los menores.

1.2.1.- Filiación.

Sin lugar a dudas, uno de los conceptos mas interesantes que debemos de manejar en todo lo que es el derecho de familia, es la filiación.

Se define a la Filiación: “Es la determinación, con efectos jurídicos de la procedencia de una persona respecto a sus progenitores. Dichos efectos se proyectan en la esfera moral y en la esfera patrimonial. La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. Dentro de la filiación por naturaleza, cabe la filiación matrimonial y la filiación no matrimonial. Se dice que la filiación es matrimonial, cuando el padre y la madre están casados entre si. En los demás supuestos de filiación por naturaleza, estaremos en la filiación no matrimonial. Ahora bien, tanto una como otra filiación, producen todas ellas los mismos efectos. Por ejemplo, y dentro de la esfera de los efectos morales, la filiación determina los apellidos del hijo, en la esfera patrimonial, el efecto fundamental de la filiaciones la obligación que recae sobre el padre y la madre de prestar alimentos a los hijos menores de edad...”¹⁶

¹⁶ RIBO DURAN, Luis; “Op. Cit.”, Pág. 284.

La trascendencia de este concepto nos permite ya observar que la filiación proviene de la procreación.

Esta filiación va a nacer derivada necesariamente de la unión de personas de diferentes sexos, a través de la concepción.

Así la situación de establecer el vínculo mas próximo la encuentra la madre quien es quien tiene que soportar el embarazo, y frente a esto, el reconocimiento del padre.

En lo que son las uniones libres, el concubinato por ejemplo, en cada una de las procreaciones se debe de llevar a cabo el reconocimiento del infante nacido dentro del concubinato.

Dentro del matrimonio, surgen ciertas presunciones. Situaciones que nos obligan a establecer una definición de lo que por paternidad y filiación debemos de entender.

Para esto, vamos a utilizar las palabras del autor Efraín Moto Salazar quien nos dice:

“La filiación es la relación que se establece entre dos personas, de las cuales una es el padre o madre de la otra. La filiación tiene un carácter presuncional, es decir, resulta de hechos que la presuponen o autorizan a presumirla. Se define diciendo que es la presunción que tiene un individuo a favor de ser hijo de otro. La relación de filiación tomada desde el punto de vista del padre, se llama paternidad. La paternidad es la presunción que tiene un individuo a favor de ser padre de otro”.¹⁷

¹⁷ MOTO SALAZAR, Efraín, “Elementos de derecho”, Ed. Porrúa, 36 edición, México, 2002, Pág. 173.

Sin duda, la trascendencia del concepto, nos dará la posibilidad de manejarlo subsecuentemente, esto es, que la filiación nace independientemente de que estén casados o no y por supuesto respecto de lo que es la madre pues es casi automática por la fe de alumbramiento.

De tal manera que dentro del matrimonio, pues el reconocimiento es automático; pero el problema lo vamos a encontrar en las uniones libres en donde se requiere todavía de un reconocimiento.

1.2.2.- Patria Potestad.

Independientemente de que podamos establecer algún concepto de tipo legal en la secuela de este estudio, quisiéramos establecer una idea doctrinal de lo que es la patria potestad en voz del autor Edgar Baqueiro Rojas, que en lo particular nos dice:

“La patria potestad es la institución nacida en el derecho romano, como un verdadero poder del padre de familia que ha evolucionado hasta nuestros días, hasta constituir una sumisión de los padres a las necesidades del hijo y de la sociedad. La entendemos como una fusión en la que los padres y abuelos tienen determinadas facultades o derechos concedidos por la ley para que cuiden de la persona y los bienes de sus descendientes, administren sus bienes y por supuesto los representen”.¹⁸

Como hemos podido observar en la secuela de este estudio y como bien lo dijo el autor citado, la patria potestad ha evolucionado desde lo que es el poder del padre sobre los hijos, hasta lo que ahora conocemos como el deber de los padres en preservar los derechos de los hijos.

¹⁸ BAQUEIRO ROJAS, Edgar, “Derecho Civil”, Ed. Oxford, 2ª edición, México, 2003, Pág. 79.

Ahora bien entendemos como patria potestad lo siguiente:

“Es el conjunto de facultades que le ley reconoce a los padres para que puedan cumplir los deberes que frente a sus hijos, tienen en orden de alimentos, educarlos e instruirlos en la medida de sus posibilidades. Aunque la patria potestad implica un poder, es fundamentalmente un deber; las reglas de la patria potestad regulan, las relaciones paterno-filiales.

La patria potestad se ejercitara siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y comprende esencialmente; velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, por un lado; por el otro representarlos y administrar sus bienes,. En el ejercicio de la patria potestad, los padres podrán recabar el auxilio de la autoridad; los padres podrán corregir razonable y moderadamente a los hijos, ellos a su vez deben respetarlos siempre, y contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ellas. Si los hijos tuvieren suficiente juicio, deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que los afecten. La patria potestad se ejerce conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Si los padres viven separados, ejercerá la patria potestad el progenitor con el que conviva el hijo”.¹⁹

Por ende la patria potestad ha evolucionado desde lo que es el poder del padre sobre las personas y la propiedad de los miembros de su familia eran casi absolutos en la antigüedad. La moderna evolución social y jurídica ha permitido a la mujer casada conquistar un estatus de igualdad con respecto a su marido, el derecho de controlar su persona por sí misma, propiedad e ingresos y el de

¹⁹ RIBO DURAN, Luis, “Op. Cit.”, Pág. 440.

ejercer su autoridad sobre los hijos, y estos a su vez el Estado los protege contra los castigos crueles e inhumanos, y contra la negativa de los padres de darles alimentos y enseñanza.

Ya que lo habíamos mencionado en el primer capítulo, veíamos la evolución paralela de la custodia generada por el reconocimiento de los hijos y por supuesto la filiación que se establece inmediatamente, genera con ello el derecho a la patria potestad.

De ahí, podemos considerar como otro autor como es Julián Bonnecase en el momento en que nos explica algunas situaciones sobre la patria potestad, hace las consideraciones siguientes:

“Respecto de la facultad de corregir y castigar se debe de considerar moderadamente puesto que se presta a malos tratos, a abandonos, y problemas extraordinarios dentro de la familia; respecto de los bienes del menor corresponden a este su administración y disposición pero por ser menor de edad, debe estar representado por aquel que ejerce la patria potestad, y por supuesto tendrá la administración automática de sus bienes”.²⁰

Una de las consideraciones especiales es la que el autor citado nos ha comentado, el hecho de tener una facultad para corregir a los menores de edad, a los hijos, pues definitivamente puede afectar totalmente lo que es el derecho dentro de la familia.

El abuso de este poder, definitivamente causa estragos, y por supuesto hasta la desintegración familiar.

²⁰ BONNECASE, Julián, “Tratado elemental de derecho civil”, Ed. Oxford, 9ª edición, México, 2002, Pág. 573.

Como dijo el autor citado, el abandono, y situaciones extraordinarias que definitivamente no tienen porque ser.

De tal manera, que en la actualidad ahora la base principal del sistema es la protección de los intereses de los menores, y la obligación de los padres de familia en dicha protección.

Así, como bien lo señalo el autor Edgar Baqueiro Rojas, hay una evolución sistemática desde lo que fue el poder de los padres sobre los hijos, para convertirse ahora en la obligación de los padres hacia los hijos.

En este ámbito de cosas, se va generando la regla específica de derecho de familia a través de la cual, los hijos van generando mayor necesidad de protección en sus derechos, debido a que se consideran necesitados de esa protección y ahora se obliga a los padres a responder de dicha protección.

Como consecuencia de lo anterior, las decisiones en la actualidad se toman en conjunto, y por supuesto, el ejercicio de la patria potestad, la custodia y todo lo que es la convivencia dentro de la familia, se da en un plano de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer.

De ahí, que en términos generales, la pareja este obligada frente a sus hijos y la pareja, la que recíprocamente presente los diversos derechos y obligaciones que se van generando respecto de la filiación principalmente, y cubrir las necesidades de los hijos, para que estos últimos tengan una profesión, arte u oficio adecuados a su condición, que les permita subsistir.

Tesis aislada
Materia(s): Civil
Octava Época
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación

I, Primera Parte-1, Enero a Junio de 1988

Tesis:

Página: 299

Genealogía: Informe 1988, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 99, pág. 138.

GUARDA Y CUSTODIA. NO SE PUEDE ENTENDER DESVINCULADA DE LA POSESION.

Una de las prerrogativas de la patria potestad es la custodia, cuidado y vigilancia de los menores y dicha guarda no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades.

Amparo directo 8236/86. Manuel Armas Vázquez y otra. 12 de enero de 1988. Cinco votos. Ponente: José Manuel Villagordo Lozano. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba.

Amparo directo 73/87. Salvador Cardoso Torres y otra. 6 de abril de 1987. Cinco votos. Ponente: Jorge Olivera Toro.

Séptima Epoca, Volúmenes 217-228, Cuarta Parte, página 243.

1.2.3.- Custodia.

No es lo mismo ejercer la patria potestad a tener la custodia de los menores. Dicho de otra manera, que una situación es la custodia de los menores y otro es totalmente diferente el poder ejercer sobre de ellos y sus bienes, ciertos derechos.

El autor Edgar Baqueiro Rojas, cuando nos ofrece algunas explicaciones sobre el concepto de la custodia, menciona lo siguiente:

“Es el cuidado iguala de los menores o incapacitados de valerse por si mismos. La custodia de menores de edad del autor del Código Civil a los padres, ejercen la patria potestad si viven juntos, en caso de estar separados o divorcio o nulidad de matrimonio corresponde al Juez, determinar a cual de los padres corresponde la custodia, aunque ambos conserven”.²¹

²¹ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, “Op. Cit.”, Pág. 29.

Este es sin lugar a dudas el punto mas critico de los conceptos que estamos vertiendo en esta parte de nuestro estudio.

Es decir que la custodia no nada mas se va a otorgar porque es parte de la patria potestad, la custodia se otorga porque es conveniente a la seguridad de los hijos.

Habíamos visto como desde el Derecho Romano, las situaciones van cambiando y evolucionando y como consecuencia de esto se va a lograr el hecho de que en la actualidad, esa filiación entre padres e hijos, ese vinculo que crea básicamente este soportado desde el punto de vista del derecho natural, en el momento en que la pareja se separa pues lógicamente tendrá la posibilidad ya no de custodiar a sus hijos pero si de convivir con ellos.

Por esa razón hemos considerado algunos otros elementos de convicción para lograr una mayor explicación sobre la custodia, para lo que haremos uso de las siguientes tesis jurisprudenciales:

Tesis aislada
Materia(s): Civil
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXIII, Marzo de 2006
Tesis: I.11o.C.141 C
Página: 2044

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.

De los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3, apartado 1, 2 y 3, 9, apartados 1 y 2, y 12, apartados 1 y 2 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; 1 y 41 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; 1 y 5 de la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal; y del 416 del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende que debe otorgar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, y adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para salvaguardar el interés superior de la infancia, **escuchando dentro de un procedimiento judicial su opinión respecto a la controversia de guarda y custodia que tienen sus padres y con ello resolver su situación jurídica.** Ahora, la garantía de

audiencia, prevista en el artículo 14 constitucional, se traduce en una garantía de seguridad jurídica para los gobernados, que impone la ineludible obligación a cargo de las autoridades para que, de manera previa al dictado de un acto de privación, el cual es aquel cuya finalidad connatural perseguida es la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado, cumplan con una serie de formalidades esenciales, necesarias para oír la defensa de los afectados, es decir, que la garantía de audiencia consiste en que todo procedimiento o juicio ha de estar supeditado a que en su desarrollo se observen, ineludiblemente, distintas etapas que configuran la garantía formal de audiencia en favor de los gobernados, a saber, que el afectado tenga conocimiento de la iniciación del procedimiento, así como de la cuestión que habrá de ser objeto de debate y de las consecuencias que se producirán con el resultado de dicho trámite, que se le otorgue la posibilidad de presentar sus defensas a través de la organización de un sistema de comprobación tal, que quien sostenga una cosa la demuestre, y quien estime lo contrario cuente a su vez con el derecho de demostrar sus afirmaciones; que cuando se agote dicha etapa probatoria se dé oportunidad de formular las alegaciones correspondientes y, finalmente, que el procedimiento iniciado concluya con una resolución que decida sobre las cuestiones debatidas, fijando con claridad el tiempo y forma de ser cumplidas. En consecuencia, 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**; por tanto, tampoco es necesaria la intervención de un representante especial o tutor interino para que el menor sea debidamente representado y oído en juicio, en virtud de que conforme a los artículos 940 y 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal **el Juez de lo Familiar, de manera oficiosa, debe velar por el interés del menor a efecto de que no sean transgredidos sus derechos.**

DÉCIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 414/2005. 9 de diciembre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo viuda de Magaña Cárdenas. Secretario: Lucio Leyva Nava.

Tesis aislada
 Materia(s): Civil
 Novena Época
 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
 XXV, Marzo de 2007
 Tesis: VI.2o.C.544 C
 Página: 1686

GUARDA Y CUSTODIA. EL JUICIO EN QUE SE RECLAMA ESTE DERECHO Y EL PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA VISITA, CONVIVENCIA Y CORRESPONDENCIA, QUE SE PROMUEVAN EN RELACIÓN A UN MISMO MENOR, DEBEN CONOCERSE, TRAMITARSE Y RESOLVERSE EN UNA MISMA CAUSA Y POR LA MISMA AUTORIDAD.

La discusión sobre el derecho de **guarda y custodia de un menor, tiene estrecha e ineludible relación con el de visita, convivencia y correspondencia**, dado que cualquier decisión o providencia judicial, temporal o definitiva, que se pronuncie al respecto, repercutirá en los derechos en cuestión, pues en principio depende de a cuál de los padres se asigne el primero, para determinar a quién asiste el segundo. En tal virtud, es factible que si ambos derechos se discuten en juicios diversos, **éstos deben conocerse, tramitarse y resolverse en una misma**

causa y por la misma autoridad, para así evitar el riesgo de que se dicten resoluciones contradictorias.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 458/2006. 18 de enero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Armando Pallares Valdez. Secretario: Eduardo Iván Ortiz Gorbea.

1.2.4- CUSTODIA COMPARTIDA.

Sin duda alguna, este es el elemento fundamental y principal motivo, de este trabajo de tesis.

De tal manera, que este concepto realmente es nuevo, y por supuesto es el resultado de una larga lucha de los padres principalmente, sobre el derecho natural de poder ver a sus hijos; gozar de ellos, y tener una cierta convivencia.

Así tenemos como en términos generales, esta idea de la custodia compartida, pues más que nada viene de consideraciones extranjeras como la gran mayoría de nuestros conceptos, de derecho.

El autor Fernando Barrera Zamorategui, cuando nos habla de la custodia compartida dice:

“El cuidado y la guarda de los hijos o incapacitados, refleja una relación filial entre padres e hijos, esta básicamente parte del derecho natural, y como consecuencia no pueden en ningún momento el coartarse el derecho de los padres por convivir con sus hijos.

Claro esta que el bien jurídico tutelado para la restricción de la custodia en la convivencia, es el hecho de que la seguridad del hijo menor de edad o el incapacitado, se comprometa o se vea en peligro”.²²

En esta primera definición de lo que por custodia compartida debemos entender, se nota necesariamente el principio del derecho natural de la filiación de padres e hijos.

Tal vez este sea el punto principal a través del cual, se genera la posibilidad de compartir la custodia de los hijos.

1.2.5.- CONVIVENCIA.

Se define a la convivencia:

“La vida en compañía de varias personas, que comparten al menos casa o local, con frecuencia también la mesa y en ocasiones el dormitorio y hasta el techo. Pacífica o jurídica coexistencia de los habitantes de un país o de los pueblos diversos en la comunidad internacional”.²³

Evidentemente que la necesidad de convivir entre los miembros de la familia, resulta ser un hecho ineludible, que aunque los padres se separen, deben necesariamente de permanecer las relaciones interfamiliares y de esta manera lograr un cierto desarrollo a través del cual se afiance trascendentalmente las relaciones familiares y con esto, cada uno de los miembros de la familia, pueda soportar los embates tan fríos y crueles de la lucha entre los dominantes y los dominados.

²² BARRERA ZAMORATEGUI, Fernando, “Un hombre y un maestro ejemplar”, Ed. Edicol, 1a Edición, México, 2001, Pág.15.

²³ CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario enciclopédico de derecho usual”, Ed. Heliasta S. R. L, 15ª edición, Buenos Aires, Argentina, Tomo II, Pag. 369.

Es importante que se establezca inicialmente como un derecho de interés preponderante, los derechos de los hijos.

Lo anterior quiere decir, que lejos de que la convivencia deba de ser un interés para los padres, básicamente es decir, cuna familiar para los hijos y su seguridad y no solo eso, sino la necesidad de que la célula más pequeña de la sociedad, quede debidamente integrada, y pueda con esto lograr un mejor desarrollo.

El autor Alberto Pacheco, de esto dice lo siguiente:

“En nuestro siglo no ha habido esfuerzo más grande y radical, realizado con todo el poder y medios de un Estado dictatorial, que el llevado a cabo por los soviéticos rusos para acabar con la familia, y sin embargo, la experiencia de cien años de marxismo ha vuelto a poner de relieve lo que ya tantas veces ha demostrado toda la historia. Que la familia no es una superestructura; que no es por naturaleza de una determinada estructura económica. La familia es la base fundamental de la organización social, y por lo tanto es importante su integración y desarrollo”.²⁴

El interés preponderante, sin lugar a duda es la seguridad de los menores, y secundariamente encontramos la necesidad de una evolución del medio social frente a la convivencia dentro de la familia, su integración y por supuesto su desarrollo.

²⁴ PACHECO, Alberto, “La familia en el derecho civil mexicano”, Ed. Panorama, 3era reimpresión, México, 2001, Pág. 8.

1.2.6.- CONVIVENCIA FAMILIAR.

Evidentemente tal y como se había establecido en el inciso anterior, pues la necesidad de la convivencia es una circunstancia propia de el derecho natural mas que nada.

Como consecuencia de lo anterior, pues resulta evidente, que dentro de la familia no solamente padres e hijos y la convivencia, entre hermanos, sino entre los tíos, sobrinos, primos, ahijados, abuelos tanto familia natural como familia política.

Es de suma importancia, el subrayar esta situación, en virtud de que llegado el momento, la estructura familiar básica, podrá generar entre todos y cada uno de los miembros de la familia, un cierto socorro natural entre ellos, una ayuda mutua, que les permitirá crecer y multiplicarse en una forma sólida y además solidaria,

Si no se permite la convivencia familiar, esta fraternidad no se llega a lograr, y como consecuencia, pues evidentemente no se podrá establecer ese socorro o ayuda mutua que se sobre entiende debe de existir dentro de la familia, y todo gracias a la convivencia familiar.

Tesis aislada
Materia(s): Civil
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XIX, Abril de 2004
Tesis: I.11o.C.96 C
Página: 1407

CONVIVENCIA FAMILIAR. EN LAS SENTENCIAS QUE SE DICTEN EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO O DE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES, ES OBLIGACIÓN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL PRONUNCIARSE, AUN DE OFICIO, RESPECTO A ESE RÉGIMEN (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

De conformidad con el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, en relación con los diversos artículos 416 y 417 del mismo ordenamiento legal, en las sentencias que se dicten

en los juicios de divorcio o de guarda y custodia de menores, el Juez de primer grado o, en caso de omisión, el tribunal de apelación, tienen la obligación de pronunciarse, aun de oficio, respecto del régimen de **convivencia de los menores hijos con el progenitor** que se encuentra separado de ellos, debiendo tener en cuenta para ello el interés superior de los menores, las circunstancias especiales del caso concreto y las posibilidades y condiciones específicas de cada uno de los padres, excepto cuando exista la certeza de que tal convivencia resulte riesgosa o perjudicial para el o los menores.

DÉCIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 698/2003. 24 de noviembre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo viuda de Magaña Cárdenas. Secretaria: Alicia Avendaño Santos.

Tesis aislada
Materia(s): Civil
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XVIII, Septiembre de 2003
Tesis: II.2o.C.424 C
Página: 1360

CONVIVENCIA FAMILIAR DE MENORES. DEBE GUARDAR UN JUSTO EQUILIBRIO CON LOS PROGENITORES QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD, PARA LOGRAR EL DEBIDO Y SANO DESARROLLO DE LOS HIJOS QUE PERMANEZCAN JUNTO A LA MADRE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

De una sistemática y objetiva intelección del texto de los artículos 4.202, 4.203, 4.204 y 4.205 del actual Código Civil para el Estado de México, se sigue que los padres al ejercer la patria potestad tienen pleno derecho a **convivir con los hijos**; de ahí que cuando éstos permanezcan al lado de su madre se actualiza su derecho natural de convivir con el progenitor que no tenga a su cargo la custodia, ello cuando inexistiera algún elemento que patentizara que el hecho de que el hijo sea separado temporalmente de su madre, para convivir con su padre, le perjudicase física o emocionalmente, y tampoco conste que la convivencia paterno-filial pudiera comprometer la salud, seguridad o moralidad del niño. Consiguientemente, es concluyente que tanto los menores hijos como su padre tienen pleno derecho a la convivencia, por contar con la capacidad derivada de la paternidad para orientar y atender las necesidades más elementales de esos menores, como cuidarlos y aconsejarlos adecuadamente, en tanto es inadmisibles que solamente la madre y dichos hijos guarden una gran dependencia mutua, y aún así, ello no es un hecho que impidiera la convivencia periódica, constante y amplia con el progenitor, con el fin de perseverar en un sano desarrollo de los infantes.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 433/2003. 1o. de julio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Aimeé Michelle Delgado Martínez.

1.2.7.- GUARDA.

Sin duda alguna, la custodia también significa la guarda de los menores y por supuesto de los incapacitados.

Esto va a redundar en el sentido de que el interés preponderante, sugiere que el bien jurídico tutelado inicial debe necesariamente ser el bien de los menores de edad.

Es decir que la guarda, la custodia, el ejercicio de la patria potestad, todo esto está supeditado necesariamente, a que el menor de edad quede en un estado de guarda, de cuidado, y que sus intereses, sean preponderantes a los intereses de los padres e incluso a los de la familia.

Hemos estado continuamente subrayando la idea del interés preponderante, creo hasta el momento no hemos establecido ninguna reflexión de este interés.

Por lo que, quisiéramos citar las palabras del autor Sergio Vela Treviño, que en términos generales nos comenta:

“Ya quedó establecido que la norma jurídica protege y trata de preservar bienes que han sido valorados por el legislador como acreedores a esa tutela, sin embargo, es frecuente que en una escala jerarquizada de valores tutelados, en un momento determinado y respecto de cierta conducta típica, se considere de mayor importancia un bien jurídicamente protegido que otro igualmente tutelado. En tal condición de intereses con identidad en sus consideraciones de ser de interés jurídicos, necesariamente se recurre a los principios de la jerarquización,

consistentes en determinar cual de estos intereses en conflicto es mas importante para el orden jurídico”.²⁵

En una forma general este capitulo primero lo podemos cerrar diciendo que definitivamente lo que la legislación debe de proteger pues evidentemente es la familia; su integración, la posibilidad de desarrollo y fraternidad, el hecho de la solidaridad dentro de la familia, el auxilio mutuo. Pero dentro de esto existe un interés preponderante que significa el hecho de que a los menores de edad principalmente o a los incapacitados, se les ofrezca esa posibilidad concreta a través de la cual, puedan lograr su desarrollo bajo un régimen de guarda y protección.

De ahí, que mas allá de los intereses de los padres, de los intereses del Estado frente a la familia, mas allá de los intereses de la propia familia, esta el hecho de proteger los intereses de los menores e incapacitados.

Tesis aislada
Materia(s): Civil
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
III, Enero de 1996
Tesis: II.2o.C.T.15 C
Página: 293

GUARDA Y CUSTODIA.

Si bien es cierto que de conformidad con el artículo 267 del Código Civil del Estado de México, tratándose de divorcio, corresponde al cónyuge inocente la guarda y custodia de los hijos habidos en el matrimonio; también lo es que esto no significa que tal disposición se aplique indiscriminadamente a todos los casos, porque el mismo precepto legal establece una excepción cuando dispone que el juez puede discrecionalmente, acordar de oficio cualquier providencia que considere benéfica para los hijos, lo que implica que el juzgador debe cuidar que la resolución que emita en este sentido, sea acorde a los intereses de los menores.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

²⁵ VELA TREVIÑO, Sergio, “Antijuricidad y Justificación”, Ed. Trillas, 5ª Edición, México, 2001, Pág. 200.

Amparo directo 884/95. Rafael Martínez Procel. 13 de septiembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: E. Laura Rojas Vargas.

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

MENORES DE EDAD. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS.

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

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 344/95. Elisa Rivera Uribe. 19 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: Laura Rojas Vargas.

CAPITULO II

MARCO JURIDICO DEL CONVENIO DE CUSTODIA COMPARTIDA.

Los diversos términos legales y convenios, a través de los cuales se va desarrollando y perfeccionando la posibilidad de que haya una custodia compartida que genera todo un marco jurídico, por el cual, nuestra legislación, atenderá siempre las posibilidades de una regla específica por medio en la que, se logra satisfacer los intereses o los bienes jurídicos que tutela la norma, y que este en concordancia con los intereses de las partes en conflicto y más que nada que tutele los derechos de los menores de edad.

Así, para poder descubrir esa preponderancia de intereses, debemos de establecer cuál es el marco jurídico del convenio de la custodia compartida desde el ámbito constitucional, pasando por el civil, el procesal civil y demás ordenamientos e instituciones relacionadas.

2.1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Nuestra Constitución es el máximo ordenamiento del que emanan todos los demás ordenamientos que conocemos, ella es la ley fundamental que organiza el Estado y confiere derechos a los gobernados. Desde el punto de vista de las garantías individuales, los derechos de la familia se encuentran totalmente protegidos, y si éstos se encuentran protegidos, desde luego los derechos de los menores de edad también lo están, tal vez, en un grado superior ya que la niñez es un sector que se encuentra en un alto grado de vulnerabilidad.

La Constitución contiene una parte dogmática en donde se establecen las limitaciones del poder público frente al individuo, lo que se traduce en los límites de su actuar. Las garantías individuales, son derechos de los ciudadanos que

protege la constitución contra actos de las autoridades que puedan vulnerar los derechos de los individuos.

Ahora bien, a la familia, a los niños y a todo tipo de convenio que gire en torno a cuestiones familiares, se deben de respetar y salvaguardar por las autoridades.

Entre las garantías Constitucionales que consideramos tutelan a los derechos anteriormente mencionados tenemos: en primer lugar, las contenidas en el artículo 4, que forman parte de la jerarquía máxima de aplicación de la ley, dicho artículo establece:

“Artículo 4.- 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.”

En esta primera parte del artículo en comento, podemos observar que se establece la protección a la familia, por ser ésta el llamado núcleo de la sociedad, es decir, el grupo social básico que se crea por medio del matrimonio o bien, del concubinato, uniones que hacen surgir vínculos de parentesco y que por consecuencia conforman a la familia, lo que da seguridad a sus miembros, protección, compañía.

Por lo que se refiere al ejercicio del derecho consagrado en el segundo párrafo del artículo citado, la decisión que comprende, se desempeña de común acuerdo entre el varón y la mujer y por lo tanto se da cabida a cualquier otro tipo de relaciones jurídicas que puedan ser llevadas a cabo por los cónyuges, como por ejemplo el convenio de custodia compartida.

El mismo artículo continúa estableciendo:

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

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

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

Un niño tiene derecho a la salud, la educación, la alimentación y el sano esparcimiento. Constitucionalmente la preservación de los derechos de los niños es responsabilidad de los ascendientes, tutores y custodios de los niños.

Así mismo, el Estado debe suministrar lo necesario para facilitar que los niños puedan ejercer sus derechos y a su vez, implementar elementos para que los particulares puedan cumplir con esos mismos derechos.

Dar automáticamente preferencia a la madre, o en su caso a cualquiera de los padres sobre el otro, bajo cualquier argumento de orden natural o de género en la custodia de los hijos, genera problemas de índole constitucional y violenta la legislación específica respecto a los derechos de los padres y de los hijos al proceso justo, a la igualdad en el proceso, y a la igualdad en la protección en y ante la ley.

De conformidad con los instrumentos internacionales convencionales y universales de derechos humanos, tanto generales como específicos; es decir la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención sobre los Derechos del Niño, que de conformidad con el artículo 133 de la Constitución son ley vigente y positiva en el territorio nacional, así como con los propios artículos 1o. y 4o. constitucionales, que establecen las garantías de no discriminación y de igualdad del hombre y la mujer en la ley, cualquier consideración que exprese preferencia por razón de sexo, tanto en la ley como en la práctica por las autoridades encargadas de impartir

justicia, estará reflejando violaciones a derechos humanos y garantías fundamentales, que llevan implícitas prácticas de discriminación en los casos de determinación de la custodia.

La edad de los menores, igualmente, junto con aspectos como los anteriores, pueden y han sido elementos que definen criterios para asignar la custodia, con preferencia a la madre y en algunos casos al padre, ya que se considera que las madres son mejores que los padres para cuidar a menores o a los hijos pequeños, lo que se toma en consideración para otorgar la custodia automáticamente a las madres, aspecto que no es acertado en todos los casos.

El sexo de los hijos también ha sido, históricamente, un aspecto importante en la decisión de las autoridades judiciales para otorgar la custodia de los hijos, lo que representa un criterio discriminatorio contra alguno de los progenitores por cuanto a la designación de cuál de los progenitores detendrá la custodia y cual quedará bajo el régimen de visitas, lo que lleva implícito un trato diferenciado de los progenitores, igualmente por sexo, en la práctica jurídica.

Como podemos ver, nuevamente nos encontramos con los roles, los estereotipos y las prácticas de género, que permean tanto en el ámbito de control formal e informal, y que resultan poco favorables para todas las partes o miembros de la familia. Entonces ya no sólo nos encontramos frente a la discriminación por sexo y a la desigualdad del hombre y la mujer, sino a la discriminación a los progenitores por edad del menor, considerando una preferencia hacia la madre por razón de la juventud de los hijos.

Ahora bien, en concordancia a lo establecido en el artículo 7° de la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios deben procurar los

elementos necesarios para que los niños vean respetados sus derechos y por ello deben impulsar la cultura de protección de tales derechos.

Entre los derechos de niños y adolescentes destaca el de no ser discriminados, vivir en condiciones de bienestar y lograr un sano desarrollo psicofísico.

Conforme a lo establecido por la garantía individual fijada, pues definitivamente lo preponderante será todo lo que es el derecho de los menores.

Aquí debemos de establecer una escala jerarquizada de la aplicación de la ley, y por lo tanto es necesario citar el artículo 133 Constitucional que dice a la letra:

“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 será 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 encontradas que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados”.

Esta es una trascendencia mucho muy especial que necesitamos subrayar, estos tres principios que marcan nuestra Constitución son la base fundamental de nuestra estructura, y en todo convenio de custodia compartida es lo primero que debe de respetarse.

Así tenemos como la voz de los autores Emilio Rabasa y Gloria Caballero cuando nos hablan de esto dicen:

“El poder constituyente, una vez otorgada la Constitución desaparecieron y surgieron los que esa ley suprema establece, órganos creados, por eso la Constitución es la base de nuestra organización político, jurídica y económica y

todas las leyes y actos que dicten las autoridades deben estar en consonancia con ella.

Los principios de gran importancia, que contiene este artículo:

1.- La Constitución es la ley primaria y fundamental.

2.-Todas las demás disposiciones, federales, tratados constitucionales leyes locales en su expedición y aplicación, deben ajustarse a esa norma fundamental, es decir deben ser constitucionales. En otras palabras para que nazca y viva cualquier ley, federal o local, para que cualquier disposición local o administrativa tenga plena validez para que los actos y resoluciones judiciales sean legales, tienen antes y sobretodo encontrar su fundamento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.²⁶

Lo primero que debe de atender el Juez, es la norma constitucional; de hecho si existe una contradicción entre una y otra legislación, la que va ha prevalecer necesariamente será la Constitucional, de ahí que evidentemente vamos a encontrar un deber de los padres, tutores o custodios en preservar los derechos de los niños a la satisfacciones de sus necesidades alimenticias, salud, educación y a un sano esparcimiento integral.

No. Registro: 206,603
Tesis aislada
Materia(s): Civil
Octava Época
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
XIII, Junio de 1994
Tesis: 3a. XXXII/94
Página: 243

²⁶ RABASA, Emilio y Caballero Gloria, “Mexicano esta es tu constitución”, Miguel Ángel Porrúa, grupo editorial, 5ª edición, México, 2001, p. p. 350-351.

COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA RESTITUCION DE MENORES DERIVADAS DE LA CONVENCION SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE AQUELLOS ADOPTADA EN LA HAYA. CORRESPONDE AL JUEZ QUE ELIJA EL ACTOR. La finalidad de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptada en La Haya, Países Bajos, el 25 de octubre de 1980, es la de garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y velar porque los derechos de custodia y visita vigentes en uno de estos Estados se respeten en los demás Estados contratantes; lo cual se refleja en una protección de intereses particulares de los afectados con el traslado o la retención ilícita de menores, mientras que la designación de una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que impone la citada Convención es sólo con el objeto de promover la colaboración entre las autoridades competentes, a fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y conseguir el resto de los objetivos de la propia Convención, de suerte que su gestión no involucra intereses de la Federación sino que sólo interviene para la protección de intereses particulares. Consecuentemente, se actualiza la hipótesis de competencia concurrente que contempla el artículo 104, fracción I, de la Constitución Federal, ya que en las controversias del orden civil o criminal suscitadas sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o tratados internacionales en los que sólo se afectan intereses particulares, corresponde al actor elegir el fuero al que se somete la controversia.

Competencia civil 72/94. Suscitada entre los jueces Mixto de Primera Instancia del Ramo Civil del Distrito Judicial de Cintalapa, Chiapas y Segundo de Distrito en este mismo Estado. 16 de mayo de 1994. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Carlos Sempé Minvielle. Secretaria: Ma. del Rosario Parada Ruiz.

2.2.- CODIGO CIVIL FEDERAL.

Sin duda desde el punto de vista federal, las situaciones casi no son operables, no son una legislación que pueda darse fácilmente en materia familiar, puesto que es una legislación de tipo federal mas que nada sirve para tratados internacionales y otro tipo de circunstancias en virtud de que para la aplicación del derecho familiar, vamos a encontrar en todos y cada uno de los Estados de la Republica, con su propia legislación.

De ahí, que en términos generales podemos citar el Artículo 283 del Código Civil Federal, el cual en su ultima parte establece de nueva cuenta ese bien jurídico tutelado que estamos observando, la protección de los infantes.

Dicho párrafo dice:

“La protección para los menores incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia, los cuales podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el Artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal”.²⁷

Desde el punto de vista federal se vuelve a repetir la historia, los padres en todo caso protegerán y defenderán los derechos de los hijos, y este básicamente es el derecho a la convivencia, salvo que exista algún peligro.

Pero, como hemos dicho estas ya son situaciones mas especificas que encontraremos en las legislaciones de cada uno de los Estados.

2.3.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Dentro del Código Civil para el Distrito Federal, vamos a encontrar diversos artículos a través de los cuales se reglamenta todo lo relativo a la custodia compartida.

No. Registro: 201,380
 Tesis aislada
 Materia(s): Civil
 Novena Época
 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
 IV, Septiembre de 1996
 Tesis: I.8o.C.55 C
 Página: 628

CUSTODIA DE MENORES DE MAS DE SIETE AÑOS DE EDAD. EL PRINCIPIO RECTOR DE LA DECISION DE LA GUARDA Y CUSTODIA ESTABLECIDO EN EL ARTICULO **282 DEL CODIGO CIVIL** PARA EL DISTRITO FEDERAL DEBE SER PUNTO DE PARTIDA PARA DECIDIR SOBRE LA. El último párrafo del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, establece un principio general, rector de la decisión de guarda y custodia de los menores de siete años, la cual consiste en que éstos deben permanecer al lado de su madre "... salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos...". El espíritu del principio general antes descrito, evidentemente tuvo como sustento el que el legislador atendiera a la realidad social y costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional, en el que en términos generales, corresponde a la madre la atención y cuidado de los menores procreados por una pareja, independientemente de que aquélla realice o no una actividad de carácter laboral, consecuentemente en ella descansa, por regla general, la custodia de los menores procreados en un matrimonio e incluso fuera de éste, pues

²⁷ Código de Procedimientos Civiles, Ed. Sista, México, 2006, Pág. 54.

legalmente la madre tiene a su favor la presunción de ser la más apta para cuidar a los hijos que haya procreado, a menos que el padre demuestre que la conducta de aquélla puede ser dañina a la salud e integridad de los hijos, correspondiéndole la carga probatoria de esta situación al padre, por tratarse de la excepción a la regla general. Este principio general que se comenta, aunque la ley lo establece en forma expresa para decidir sobre la custodia de los hijos menores de siete años, por estar inspirado en la realidad social y costumbres ordinarias imperantes en nuestra sociedad, debe ser el punto de partida del juzgador, por extensión, para normar su criterio en cuanto a la guarda y custodia de los menores habidos en un matrimonio disuelto, aun cuando rebasen la edad mencionada, sobre todo cuando por la edad e inmadurez de éstos, no pueda considerarse, que ellos puedan tomar una decisión libre, espontánea y consciente de lo que es mayormente benéfico para los mismos. Siendo pertinente destacar en este aspecto, que por cuestiones de lógica y experiencia, este tribunal considera, que salvo contadas excepciones, la madurez y juicio suficiente de los menores para decidir en forma libre y espontánea sobre con quién de sus progenitores desean vivir en forma permanente, se alcanza por lo general con posterioridad a los quince años, puesto que es cuando generalmente empiezan a adquirir independencia de sus padres, quienes ya no pueden manipular fácilmente las decisiones de sus menores hijos.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 141/96. Luis Palos Macías. 6 de junio de 1996. Mayoría de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Disidente: José Luis Caballero Cárdenas. Secretaria: María Concepción Alonso Flores.

Como consecuencia de esto, empezaremos con el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual quedo debidamente reformado para establecer lo siguiente:

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

Tesis aislada
Materia(s): Civil
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
I, Abril de 1995
Tesis: I.3o.C.4 C
Página: 155

GUARDA Y CUSTODIA DE UNA MENOR. ES OBLIGACION DEL JUZGADOR LLAMARLA A JUICIO, CUANDO POR SU EDAD PUEDE DISCERNIR CON QUIEN DE SUS PADRES DESEA CONVIVIR. Para determinar sobre la guarda y custodia de una menor, no basta que el juzgador atienda exclusivamente los resultados que arrojen los medios probatorios ofrecidos

por las partes, ya que atendiendo las circunstancias del caso, es indispensable que sea escuchada la opinión de la menor, que es la que puede verse afectada y perjudicada con la decisión que se adopte, toda vez que al tener quince años de edad puede discernir con quién de sus padres desea convivir y con quién de ellos podrá desarrollarse mejor, ya que de lo contrario, si se le obligara por virtud de una sentencia a convivir con cualquiera de sus padres, sin que ella deseara permanecer con la persona que se determinara, pudiera acarrearle serios trastornos en su desarrollo, lo cual se hace más grave si se toma en consideración que está en plena etapa de la adolescencia; siendo factible oír la opinión de la menor en estos supuestos, si se considera que el artículo 496 del Código Civil autoriza al menor de edad que tuviere cumplidos dieciséis años para designar a su tutor dativo, el que deberá ser confirmado por el juez de lo familiar; por tanto, por mayoría de razón debe estimarse que al resolverse sobre la guarda y custodia de una menor, de quince años de edad, ésta tiene la capacidad de determinar con cuál de sus progenitores desea convivir, lo que aunado a los medios de convicción aportados al juicio, permitirá al juzgador señalar a la persona que deba ejercerla, tomando en cuenta además si no hay obstáculo que lo impida y que lo lleve a la convicción de que la persona escogida por aquélla es la adecuada.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 873/95. Saúl Lechuga Padilla. 23 de febrero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Francisco Sánchez Planells.

Tesis aislada

Materia(s): Civil

Octava Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

I, Primera Parte-1, Enero a Junio de 1988

Tesis:

Página: 363

Genealogía: Informe 1987, Segunda Parte, Tercera Sala, página 241.

Informe 1988, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 97, página 137.

Informe 1988, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 142, página 168.

GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE SIETE AÑOS. NO ES CAUSA DE SU PERDIDA EL QUE LA MADRE ESTE FUERA DE SU CASA, TRABAJANDO PARA AFRONTAR SUS RESPONSABILIDADES. El hecho de que durante un juicio quede demostrado que la madre de un menor permanecía fuera de su casa durante determinadas horas del día, destinadas a desempeñar su trabajo, de ninguna manera es causa para quitarle la guarda y custodia del hijo, puesto que tales ausencias deben reputarse razonablemente justificadas, por tener como finalidad la de cumplir con las tareas que pueden proporcionarle lícitamente los medios económicos para subsistir y obtener así los recursos que le permitan dar vivienda, educación y sustento al menor.

Amparo directo 5401/87. Ofelia López Mimbela. 13 de enero de 1988. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón.

Informe de 1988, Tercera Sala, tesis 142, página 168.

Amparo directo 8362/87. Concepción Perla Bellot Campos. 15 de diciembre de 1987. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Ma. Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Octava Epoca, Tomo I, Primera Parte-1, página 363.

Amparo directo 6708/85. Blanca Estela Medina León. 9 de abril de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Jorge Olivera Toro.

Séptima Época, Volúmenes 217-228, Cuarta Parte, página 238.

Amparo directo 3607/84. Fausto Eduardo Flores Aguilera. 7 de julio de 1986. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Alma Leal de Caballero.

Séptima Época, Volúmenes 205-216, Cuarta Parte, página 131.

Nota: Esta tesis también aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volúmenes 217-228, Cuarta Parte, página 238, bajo el rubro "PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. NO ES CAUSA EL QUE LA MADRE ESTE FUERA DE SU CASA, TRABAJANDO PARA AFRONTAR SUS RESPONSABILIDADES."

En los volúmenes 205-216, pág. 131, esta tesis apareció bajo el rubro: "PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA."

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

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

Lo mismo se observará respecto de la recuperación de la custodia²⁸

Tesis aislada
Materia(s): Civil
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXII, Septiembre de 2005
Tesis: I.11o.C.136 C
Página: 1515

PATRIA POTESTAD. CUANDO SE DECRETE SU PÉRDIDA POR OMISIÓN EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR ALIMENTOS, EL DEUDOR ALIMENTISTA PUEDE RECUPERARLA SIEMPRE Y CUANDO ACREDITE QUE LA HA

²⁸ Código Civil para el Distrito Federal, México, Ed. Sista, 2006, Pág. 320.

CUMPLIDO (ARTÍCULO 283 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO POR DECRETO PUBLICADO EL SEIS DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL CUATRO, EN LA GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL). Cuando se decreta la pérdida de la patria potestad, **se ocasiona un daño al núcleo familiar y sobre todo al menor, muchas veces irreparable, dado que es una forma de desmembración de la familia que acarrea graves consecuencias de índole psicológico y sociológico que repercuten no sólo en las diferentes etapas de la vida de los hijos, sino también en la de los padres.** El legislador, tomando en cuenta lo anterior, y sobre todo el interés superior de los niños y de las niñas, que es lo que constituye el principio rector para armonizar los legítimos derechos del padre y de la madre, el quince de abril de dos mil cuatro presentó una iniciativa de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, en materia de guarda, custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad. En la exposición de motivos de dicha iniciativa, se asentó que la legislación requería de actualizarse a fin de armonizarla con las necesidades sociales, las cuales se traducían en que los niños y niñas tenían una esfera de protección insuficiente y precaria que los convertía en sujetos en condiciones de vulnerabilidad y en algunas situaciones de desventaja social, por lo que para superar dicha situación, era necesario armonizar los derechos de los ascendientes, sin menoscabo del bienestar de los menores y velando por el cumplimiento de sus derechos plasmados en la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños; por tal situación, el legislador presentó la reforma al precepto 283 del Código Civil para el Distrito Federal (reformado por decreto publicado el seis de septiembre de dos mil cuatro, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal), el cual establece que cuando se pierda la patria potestad por incumplimiento de la obligación de proporcionar alimentos, el deudor alimentista puede recuperarla siempre y cuando acredite que ha cumplido con ella; de ahí que únicamente en esta hipótesis pueda recuperarse la patria potestad, y sólo bastará que el deudor alimentista demuestre fehacientemente que se encuentra al corriente con su obligación.

DÉCIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 45/2005. 18 de febrero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Indalfer Infante Gonzales. Secretaria: Vanessa Delgadillo Hernández.

Es bastante claro el artículo citado, de hecho genera ya las primeras situaciones de guarda y custodia compartida, con la única salvedad de que definitivamente se pueda reservar dicha custodia, cuando hay peligro en el pleno desarrollo de los hijos.

Tesis aislada
Materia(s): Civil
Octava Época
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
I, Primera Parte-1, Enero a Junio de 1988
Tesis:
Página: 363
Genealogía: Informe 1988, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 96, pág. 137.

GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR. DEBE OTORGARSELE A LA MADRE AUN CUANDO EL PADRE POSEA UNA SITUACION ECONOMICA MAS ELEVADA, SI LA DE

AQUELLA ES SUFICIENTE. Conforme al artículo 282, fracción VI, último párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de su madre, salvo peligro para su normal desarrollo. Por tanto, a la madre debe otorgarse la guarda y custodia del hijo menor, si posee una situación económica estable que garantiza la satisfacción de las diversas necesidades del menor, aun cuando el padre posea una situación más elevada.

Amparo directo 8362/87. Concepción Perla Bellot Campos. 15 de diciembre de 1987. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Ma. Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Tesis aislada

Materia(s): Civil

Octava Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

I, Primera Parte-1, Enero a Junio de 1988

Tesis:

Página: 364

Genealogía: Informe 1988, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 98, pág. 138.

GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE SIETE AÑOS. SALVO PELIGRO PARA SU NORMAL DESARROLLO, DEBE OTORGARSELE A LA MADRE. Establece el artículo 282, fracción VI, último párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal que "salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre". Por tanto, si no se acredita fehacientemente que ésta incurre reiteradamente en conductas u omisiones que afectan el normal desarrollo de su hijo menor, debe otorgársele su custodia definitiva.

Amparo directo 8362/87. Concepción Perla Bellot Campos. 15 de diciembre de 1987. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

2.4.- JURISPRUDENCIA.

Desde el punto de vista Jurisprudencial, la idea de la custodia compartida ha sido una situación relativamente innovadora.

Por lo que, mucha jurisprudencia todavía no se ha producido pero podemos citar algunas:

"DIVORCIO, GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES EN CASO DE. FACULTADES DEL JUEZ PARA DETERMINAR A QUIEN CORRESPONDE. El artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, otorga al Juzgador las mas amplias facultades para decidir respecto a la guarda y custodia de los menores hijos de los divorciantes; de ahí que si en el caso de que se trate de ejercer esas facultades se atiende a los elementos de prueba que obran en autos y llega a la convicción de que la conducta de la persona que tiene la guarda y custodia de los menores, debe proceder correctamente es decir no resulte nocivo a estos, esa determinación resulta legal y no se invalida por la circunstancia de que dicha persona haya dado causa al divorcio, salvo que esa

causa, por su naturaleza, implique por si misma que esta conducta sea contraria a la formación, educación e integración socio efectiva de los menores”

(PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL. DEL PRIMER CIRCUITO. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. OCTAVA EPOCA. TOMO VII, DICIEMBRE PAGINA 193).²⁹

Tesis aislada
 Materia(s): Civil
 Novena Época
 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
 XXIV, Diciembre de 2006
 Tesis: II.3o.C.70 C
 Página: 1343

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.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 577/2006. 22 de agosto de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Ángel Raúl Solís Solís. Secretaria: Elia Laura Rojas Vargas.

Tesis aislada
 Materia(s): Civil
 Novena Época
 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
 XXV, Mayo de 2007
 Tesis: I.11o.C.162 C
 Página: 2019

AMPARO DIRECTO. ES PROCEDENTE CUANDO SE RECLAMA LA RESOLUCIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA QUE DECIDIÓ LA CONTROVERSIA EN LO PRINCIPAL (ACCIÓN DE

²⁹ Jurisprudencia visible en IUS 2006, Bos custodia compartida.

DIVORCIO NECESARIO), AUN CUANDO ORDENE REPONER EL PROCEDIMIENTO EN LO ACCESORIO. En términos de lo dispuesto en los artículos 107, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 46 y 158 de la Ley de Amparo, el juicio de garantías competencia de los Tribunales Colegiados de Circuito, procede cuando se reclama una sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo. Acorde con lo anterior, la sentencia de segunda instancia que resuelve la controversia en lo principal, pero al mismo tiempo ordena reponer el procedimiento para decidir sobre cuestiones accesorias, debe considerarse como definitiva, en razón de decidir la acción principal ejercitada; como ocurre en el caso, en donde se resuelve en definitiva la acción de divorcio necesario, **pero se ordena reponer el procedimiento respecto de la guarda y custodia de los hijos, régimen de visitas y pensión alimenticia, con la finalidad de respetar el derecho de los menores a ser escuchados en el juicio**; de modo tal, que la circunstancia de que también ordene reponer el procedimiento en las cuestiones accesorias a la acción principal, no impide que el Tribunal Colegiado de Circuito conozca del amparo, porque no se puede dividir la continencia de la causa, al ser la sentencia una unidad indivisible, es decir, que jurídicamente no es factible que la determinación de reponer el procedimiento se impugne mediante amparo indirecto y la parte que resolvió el juicio en lo principal, por la vía directa. De ahí, que tratándose de una sentencia con dichas características su análisis compete al Tribunal Colegiado de Circuito.

DÉCIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 558/2006. 16 de octubre de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Indalfer Infante Gonzales. Secretario: Aureliano Varona Aguirre.

Tesis aislada
 Materia(s): Civil
 Novena Época
 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
 XXI, Marzo de 2005
 Tesis: I.11o.C.116 C
 Página: 1135

GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DE DOCE AÑOS. NO PROCEDE MODIFICARLA A FAVOR DE LA MADRE, CUANDO NO SE ACREDITE EN AUTOS QUE LAS CIRCUNSTANCIAS POR LAS CUALES SE FIJÓ A FAVOR DEL PADRE HAYAN CAMBIADO. El artículo 282, fracción V, del Código Civil para el Distrito Federal establece, por una parte, que **los cónyuges de común acuerdo pueden designar la persona que tendrá la guarda y custodia de los menores** y, por otra, señala que salvo peligro grave para el normal desarrollo de los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre. Ahora bien, cuando la madre conviene de común acuerdo con el padre que la guarda y custodia del menor la tenga este último, debido a que no tiene recursos y un lugar para tenerlo, aquélla para recuperarla, tiene que demostrar que las condiciones bajo las cuales se encontraba al momento en que le entregó el menor al padre han cambiado, o que el menor corra un grave peligro en su desarrollo, de lo contrario no existe motivo o circunstancia alguna por la cual amerite cambiar al menor a otra realidad social, si de autos se advierte que se encuentra bien emocional y económicamente, y que no le ocasiona ningún perjuicio que se encuentre bajo el cuidado y vigilancia de su padre.

DÉCIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 299/2004. 14 de mayo de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Indalfer Infante Gonzales. Secretaria: Vanessa Delgadillo Hernández.

Tesis aislada
Materia(s): Civil
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXI, Enero de 2005
Tesis: II.2o.C.489 C
Página: 1777

GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES. LOS JUZGADORES ESTÁN OBLIGADOS A CONSTATAR QUE NO EXISTA OBSTÁCULO QUE IMPIDA OBJETIVA Y LEGALMENTE OTORGARLA A ALGUNO DE SUS PROGENITORES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). Ciertamente el artículo 4.228, fracción II, inciso a), del actual Código Civil para el Estado de México estatuye en forma evidente que los menores de diez años deben quedar al cuidado de la madre; no obstante, la referida disposición establece como salvedad que ello fuere perjudicial para el menor. Por consiguiente, y de conformidad con el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 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. Así, las autoridades de instancia están obligadas a observar que se acate esa normatividad, para lo cual deben ordenar la práctica, repetición o ampliación de cualquier diligencia probatoria, según lo autoriza el artículo 1.261 de la actual legislación procesal civil de esta entidad federativa, **con el propósito de determinar que no exista obstáculo que impida otorgar a alguno de los progenitores dicha guarda, esto es, que de acuerdo con el conjunto de probanzas que sean recabadas se tenga plena convicción para determinar quién, ya sea el padre o la madre, es el idóneo al respecto**, razonándose con objetividad y de manera justa el porqué la conducta de la persona a quien se entregue el cuidado del infante no le resultará nociva, ni contraria a su formación, educación e integración socio-afectiva.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 726/2004. 3 de noviembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Sonia Gómez Díaz González.

Tesis aislada
Materia(s): Civil
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XX, Noviembre de 2004
Tesis: II.2o.C.475 C
Página: 1962

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.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 433/2004. 3 de agosto de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Aimeé Michelle Delgado Martínez.

Tesis aislada
Materia(s): Civil
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XX, Noviembre de 2004
Tesis: II.2o.C.479 C
Página: 1962

GUARDA Y CUSTODIA. SU RESOLUCIÓN EN UN JUICIO DE DIVORCIO NO PUEDE QUEDAR A LAS RESULTAS DE UN DIVERSO PROCEDIMIENTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). De acuerdo con lo que dispone el artículo 4.96 del Código Civil para el Estado de México, la autoridad judicial al decretar el divorcio debe pronunciarse respecto a la situación en que quedarán los hijos menores habidos en el matrimonio y, en su caso, **determinará los derechos derivados de la patria potestad**, incluso, verá la conveniencia de establecer **un régimen de visitas**. Por tanto, al ser de orden público el aspecto referido, su decisión debe emitirse en el propio juicio y no dejarse a las resultas de lo que decida otro Juez en un procedimiento aún inconcluso, pues al no estar éste bajo el control de la sentenciadora, podría quedar irresuelto el aspecto de la guarda y custodia por dichas autoridades, con franca transgresión a las normas relativas que imponen que tales cuestiones se decidan en el procedimiento.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 379/2004. 24 de agosto de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Noé Adonai Martínez Berman. Secretario: Arturo Galdamez Blanco.

Tesis aislada
Materia(s): Civil
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XX, Julio de 2004
Tesis: II.2o.C.459 C
Página: 1725

GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES, ELEMENTOS QUE DEBE CONTENER LA PRUEBA PERICIAL EN EL PROCEDIMIENTO DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). Del análisis sistemático de los artículos 4o. y 133 constitucionales; 1 a 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 3, 4, 7, 41, 48 y 49 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y 4.398 del Código Civil del Estado de México vigente, se aprecia que en el sistema jurídico mexicano las autoridades judiciales que conozcan de controversias donde se decidan derechos de menores, deberán velar por el interés superior de éstos. Así, con base en ese

principio, este Tribunal Colegiado en la jurisprudencia número J/17/9a. cuyo rubro es: "MENORES. DEBE REPONERSE EL PROCEDIMIENTO A FIN DE QUE EL JUEZ NATURAL RECABE LOS MEDIOS PROBATORIOS NECESARIOS PARA DETERMINAR LO CONDUCENTE DE MODO INTEGRAL Y COMPLETO SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA DE AQUÉLLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).", determinó que en **los juicios donde se discuta la guarda y custodia de menores, el Juez debe recabar de oficio los medios de convicción que estime pertinentes para resolver lo más favorable a esos menores**, y que entre tales pruebas están las periciales en materias de psicología y trabajo social, o bien, cualquiera otra probanza que en el arbitrio del juzgador se estime necesaria, otorgándose al agente del Ministerio Público la intervención que le compete. Ahora bien, resulta pertinente complementar dicho criterio en el sentido de que si durante el procedimiento se desahoga la prueba pericial, tanto el juzgador como el agente del Ministerio Público deben inquirir de modo claro, directo y concreto al especialista respectivo a través de cuestionamientos que permitan concluir a cuál de los progenitores, en orden con las circunstancias personales del infante y de aquéllos, se debe considerar como el más apto y conveniente para ejercer su guarda y custodia legal, para que con base en esa opinión autorizada, en confrontación con las demás pruebas aportadas, el referido juzgador pueda decidir de una manera fundada y motivada cuál de los padres debe ejercer tal guarda y custodia.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 776/2003. 18 de noviembre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Noé Adonai Martínez Berman. Secretario: Saúl Manuel Mercado Solís.

Nota: La tesis citada aparece publicada con el número II.2o.C. J/17, en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIX, mayo de 2004, página 1548.

Tesis aislada
 Materia(s): Civil
 Novena Época
 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
 V, Febrero de 1997
 Tesis: II.1o.C.T.121 C
 Página: 724

CUSTODIA, DEBE DECRETARSE DE OFICIO, AL DISOLVERSE EL MATRIMONIO (LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO). Cuando se declare la disolución del matrimonio, la autoridad, de oficio, debe decretar la custodia por tratarse de una cuestión familiar, y en términos de los artículos 245, 246 y 267 del Código Civil del Estado de México, **deben determinarse las circunstancias bajo las cuales la contraparte deberá convivir con los menores.**

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 1152/96. Roberto Camacho Crescencio. 5 de noviembre de 1996. Mayoría de votos. Ponente: Salvador Bravo Gómez. Disidente: Enrique Pérez González. Secretaria: Elizabeth Serrato Guisa.

De nueva cuenta podemos subrayar el hecho de que el interés preponderante que persigue toda legislación es el proteger los intereses de los menores, de ahí que las diversas legislaciones sobre asistencia y atención de la

familia, nos reportaran diversas formulas normativas a través de las cuales, se trata de lograr una mayor perspectiva en la protección de la integridad familiar.

2.5.- OTRAS DISPOSICIONES.

Es importante considerar otro tipo de disposiciones que coadyuvan en todo lo que es el tratamiento de la organización familiar.

De tal manera que se establece el sistema nacional para el desarrollo integral de la familia, y por supuesto las leyes relativas a la asistencia y prevención de la violencia dentro de la familia.

2.5.1.- CENTRO DE CONVIVENCIA FAMILIAR SUPERVISADA.

Los autores de la obra denominada El Centro de Convivencia Familiar Supervisada, al respecto opinan:

“No olvidemos que la experiencia del divorcio suele representar para todos los miembros de la familia, una crisis de grandes proporciones. Como todo evento crítico de la vida, el divorcio es comparado con un proceso de duelo por su intensidad y porque constituye una transformación radical del entorno cotidiano. Para la pareja, divorciarse significa renunciar al ideal que dio inicio a la relación, al proyecto en común y a la persona en particular, por lo que el proceso de disolución suele ir acompañado de sentimientos de gran intensidad como son: dolor, frustración, coraje, angustia, amargura. Estas emociones no sólo dificultan la toma de decisiones para la vida futura, sino que irremediamente afectan a todos los miembros de la familia. Para los menores, la experiencia significa el derrumbe de aquello que enmarcó su seguridad en el mundo. Por lo general, en lugar de recibir la protección de los padres, los menores perciben directamente su inestabilidad y son testigos del conflicto entre ellos. En medio de la confusión que

esto les genera, no es de extrañar que los sentimientos predominantes entre los menores, sean el miedo, la ansiedad y hasta la culpa irracional de ser responsables de la situación entre sus padres. De no entender y atender adecuadamente esta experiencia en ellos, es posible anticipar consecuencias emocionales muy serias a corto y a largo plazo.”³⁶

La preocupación de los juzgadores en torno a los niños afectados por divorcios se basaba en cuestiones relacionadas con la custodia, y se asumió de esta manera que, una vez que la custodia legal fuera garantizada a un padre o al otro, los miembros de estas familias desintegradas podrían establecer arreglos de visitas por sí mismos. Sin embargo, la experiencia mostró que la realidad era muy distinta y que los encuentros entre los padres divorciados con sus hijos, pueden propiciar situaciones de conflicto.

Entre estas situaciones, que se detectaron alrededor de los decretos de visita emitidas por las autoridades judiciales que afectaban al menor o menores que participaban en ellas, estaban las siguientes:

1. Los familiares negaban al padre o a la madre, que no tenía la guarda y custodia, el acceso a la casa del menor, por lo que podía pasar mucho tiempo sin que éste, viera a su padre o madre.
2. Los familiares, o terceros, intervenían en la relación, lo que provocaba situaciones conflictivas difíciles de manejar, para tal efecto se solicitaba la asistencia de un actuario que diera fe. Este trámite tardaba a veces hasta quince días.
3. Las convivencias se llevaban a cabo en los juzgados o en la calle, en condiciones poco propicias para el fin buscado.

³⁶ EL CENTRO DE CONVIVENCIA FAMILIAR SUPERVISADA. Coord. Gral. Mag. Lic. Raúl Campos Rábago. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Consejo de la Judicatura, 2003, P. 39.

Por lo anterior, se concibió la idea de establecer un lugar en donde los encuentros paterno-filiales fueran supervisados con el objeto de no exponer a los miembros más vulnerables de las familias y garantizar así la integridad física y psicológica de los menores, y de tal manera preservar, paralelamente, el derecho al acceso a ambos padres ya que, para el adecuado desarrollo emocional, el menor requiere convivir con ambos padres, aunque viva sólo con uno de ellos.

Y una vez tomado en cuenta todo lo anterior, se concibe y crea el Centro de Convivencia Familiar Supervisada, por lo que con base en el Acuerdo 22-45/2000, el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal inauguró en la Ciudad de México, el día 27 de septiembre del año 2000, el Centro de Convivencia Familiar Supervisada, primero en su género en el país y en Latinoamérica.

Y en el artículo 169 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, es en donde se regula lo relativo a este Centro de Convivencias, el cual establece lo siguiente:

“El Centro de Convivencia Familiar Supervisada es un órgano del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal con autonomía técnica y operativa, que tiene por objeto facilitar la convivencia paterno-filial en aquellos casos que, a juicio de los titulares de los Juzgados y Salas de lo Familiar, ésta no puede realizarse de manera libre o se ponga en riesgo el interés superior del menor. Los servicios del Centro de Convivencia Familiar Supervisada, se otorgarán de forma gratuita en sus instalaciones...”

Encontramos que, como una forma de disminuir los efectos negativos que la problemática de la disolución del vínculo matrimonial causa, no sólo de manera directa a los progenitores sino también y, principalmente, en los hijos de la pareja en conflicto, fue creado el Centro de Convivencia Familiar Supervisada, en donde los padres que no poseen la custodia, pueden restablecer la comunicación

personal con sus menores hijos, en un ambiente de seguridad y tranquilidad para todos los involucrados, esto como un derecho que todo menor tiene a relacionarse con ambos padres y como el derecho a su vez, de los padres a tomar un rol activo en la vida de sus hijos.

El objetivo del Centro de Convivencia Familiar Supervisada es el de proporcionar un lugar digno, decoroso y seguro en donde se den no sólo la supervisión de convivencias entre padres e hijos, sino también la supervisión en las entregas y regreso de menores. Es por ello que este Centro busca acoger a padres e hijos que enfrentan una situación de divorcio, para propiciar encuentros entre los menores y el padre que no tiene la custodia, que de otra manera sería imposible mantener. Con ello se busca ayudar a lograr un equilibrio afectivo entre los padres y entre éstos con sus hijos, a fin de fomentar lazos afectivos sanos para el bienestar de la familia en particular, y de la sociedad en general.

La misión principal de este Centro de Convivencias es el de dar a los niños un medio seguro y de apoyo para visitar al progenitor que no tiene la guarda y custodia del menor. Y entre sus objetivos encontramos: a) facilitar los encuentros paterno o materno-filiales, si no puede llevarse a cabo una sana relación en el seno familiar; b) minimizar los riesgos de daños físicos o psicológicos de los miembros de la familia involucrados en el juicio, y c) coadyuvar al sano desarrollo emocional de los integrantes de la familia.

Los servicios del Centro de Convivencia Familiar Supervisada tienen todo lo necesario para beneficiar a las niñas y niños, y a sus padres. La seguridad y bienestar de los infantes es promovida junto con la tranquilidad de ambos padres durante la visita. A lo largo de la estancia de los miembros de la familia, se brinda la ayuda que asegure que la visita estará libre de amenazas contra el niño o alguno de sus padres.

El Centro de Convivencia Familiar Supervisada es una institución no lucrativa dependiente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que se encarga de proporcionar visitas supervisadas ordenadas por las Salas o Juzgados, así como las entregas de menor. El centro sigue los lineamientos establecidos por los juzgados con relación a los itinerarios de las visitas supervisadas y entregas supervisadas.

Las características del servicio de este Centro de Convivencia son las siguientes:

“A) Gratuito. El Servicio del Centro de Convivencia Familiar no tiene costo alguno, ya que es subsidiado por el Tribunal Superior de Justicia y el Consejo de la Judicatura, ambos del Distrito Federal.

B) Neutral. El servicio del Centro se limita a ser el contacto entre las partes en conflicto, ya que el escenario de los asuntos que se tratan en el juzgado se desconoce.

C) Mantiene una posición de interlocutor en la interacción del padre e hijo durante la convivencia. El servicio está enfocado a lograr que la convivencia se dé en la mayor armonía posible. Esto significa que el Centro propone lograr y asegurar todos los beneficios que se puedan otorgar al niño, asimismo escucharlo y mediar en las situaciones en donde haya desacuerdo entre los menores y sus padres.

D) Accesible. El servicio del Centro está abierto a cualquier persona que se encuentre en un proceso familiar judicial.

E) Ambiente familiar. Se brinda al menor en la medida de lo posible, un ambiente placentero y satisfactorio en donde pueda convivir, en una casa que haga las funciones de la materna o paterna.

F) Vela por el bienestar del niño. El bienestar emocional y físico de los menores es la preocupación principal de los servicios del Centro. Cualquier intervención es siempre por el beneficio del niño.

G) Seguro. Se realiza un gran esfuerzo para garantizar la seguridad y el bienestar de los menores y de los adultos durante las convivencias. Por ello, se cuenta con elementos de policía y de seguridad interna del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y circuito cerrado de televisión. En todo momento el equipo de trabajadores sociales que presta sus servicios en el Centro, comunica a las autoridades cualquier situación anómala. Además, se cuenta con un marco de seguridad y revisión de los paquetes a la entrada.”⁴⁰

Como podemos observar, al ser la convivencia de los menores con ambos padres un aspecto de primordial importancia para su sano desarrollo integral, los juzgadores familiares en el Distrito Federal, se apoyan en el Centro de Convivencia Familiar Supervisada, a fin de que en sus instalaciones se lleve a cabo la convivencia y visita entre un menor y el progenitor que no detenta su guarda y custodia.

2.5.2.- EN LA LEY DE PREVENCIÓN Y ASISTENCIA A LA VIOLENCIA FAMILIAR.

Lo importante en esta legislación, es detectar a los generadores de la violencia familiar, ya que puede existir el maltrato, tanto físico, moral, sexual e inclusive el psicoemocional.

De tal manera, que es importante considerar, otorgar asistencia y atención especializada, a través del consejo respectivo.

⁴⁰ EL CENTRO DE CONVIVENCIA FAMILIAR SUPERVISADA , “Op. Cit.”, p. p. 69-70.

El Artículo 9 de la Ley de Prevención y Asistencia de la violencia Familiar, establece lo siguiente:

“La atención especializada que es proporcionada en materia de violencia familiar, por cualquier institución, ya sea privada o perteneciente a la administración pública del Distrito Federal; será tendiente a la protección de los sectores de tal violencia, así como a la reeducación respecto a quien lo provoque en la familia.

Del mismo modo estará libre de prejuicios de géneros, raza, condición socioeconómica, religión, clero, nacionalidad o cualquier otro tipo, y no contara entre sus criterios los estereotipos, comportamientos, practicas sociales y culturales, basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”.³⁰

Tenemos como en cada una de las Delegaciones se fijan diversos postulados a través de los cuales, se genera todo un sistema de asistencia y prevención de la violencia dentro de la familia y por supuesto sistemas de amigable composición, e incluso hasta arbitraje.

La cuestión es que se trata de resolver lo más rápido posible, el conflicto dentro de la familia, y es el caso de que se asiste al conglomerado social a través de creación de centros de asistencia y prevención.

Estas son las unidades de atención que están ubicadas en cada Delegación y que en un momento determinado pueden ser las constancias necesarias para resaltar la peligrosidad o la posible desadaptación del menor si se le otorga la custodia frente al generador de la violencia familiar.

³⁰ Ley para la prevención y asistencia a la violencia familiar, Ed. Sista, México, 2006, Pág.11.

2.5.3.- EN EL SISTEMA NACIONAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA.

En la actualidad, el DIF llega a ser ya una institución que definitivamente va creciendo conforme a las facultades que la legislación le va otorgando para que de esta manera, asista en la integración de la familia.

Jurisprudencia
 Materia(s): Civil
 Novena Época
 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
 XVIII, Agosto de 2003
 Tesis: VII.2o.C. J/15
 Página: 1582

MENORES DE EDAD. EL JUEZ ESTÁ OBLIGADO, AUN DE OFICIO, A ESCUCHARLOS EN CUALQUIER JUICIO DONDE TENGA QUE RESOLVERSE SOBRE LA PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, ASÍ COMO AL MINISTERIO PÚBLICO DE LA ADSCRIPCIÓN, TENIENDO EN CUENTA LA FACULTAD QUE TIENE DE VALERSE DE CUALQUIER MEDIO A FIN DE SALVAGUARDAR EL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). De la interpretación conjunta y sistemática de los artículos 157 y 345 del código sustantivo civil para el Estado de Veracruz, 225 y 226 del ordenamiento procesal respectivo, debe entenderse que en todos aquellos juicios civiles donde tenga que resolverse sobre la patria potestad, guarda y custodia de menores de edad, sin importar la acción intentada, el juzgador, aun de oficio, debe escucharlos, a fin de evitar conductas de violencia familiar y normar correctamente su criterio sobre la situación que guardan con sus progenitores, así como al Ministerio Público de la adscripción ante el desacuerdo de los cónyuges sobre ese tenor, teniendo en consideración, además, la facultad de poder valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, cosa o documento conducente al conocimiento de la verdad, como podría ser, a guisa de ejemplo, la investigación de trabajadores sociales, análisis psicológicos en relación no sólo con el menor sino también con los padres, apoyándose para ello en instituciones como el Desarrollo Integral para la Familia (**DIF**) o los servicios de salud pública, sin importar que el artículo 157 del código sustantivo civil, sólo refiera a los asuntos de divorcio, pues en el caso opera el principio jurídico de que donde impera la misma razón debe aplicarse la misma disposición, todo con el fin de salvaguardar el interés superior de los menores.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 1020/2002. 26 de septiembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretario: Omar Liévanos Ruiz.

Amparo directo 1088/2002. 24 de octubre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Isidro Pedro Alcántara Valdés. Secretaria: María Concepción Morán Herrera.

Amparo directo 992/2002. 31 de octubre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretario: Lucio Huesca Ballesteros.

Amparo directo 1502/2002. 27 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretario: Lucio Huesca Ballesteros.

Amparo directo 422/2003. 22 de mayo de 2003. Unanimidad de

Para esto, al igual que el sistema de apoyo en la violencia familiar, se van fijando lineamientos o bien unidades de asistencia social especializada las cuales, según el estatuto orgánico del sistema nacional para el desarrollo integral de la familia publicado el 8 de Febrero del 2006, en el Diario Oficial de la Federación, se va a fijar en su artículo 15 las siguientes posibilidades en unidades administrativas.

Este artículo dada su importancia lo vamos a transcribir:

“Corresponden a los jefes de las unidades de asistencia social las siguientes facultades:

I.- Acordar con el titular del órgano del despacho de los asuntos relevantes de las unidades administrativas a su cargo.

II.- Desempeñar las funciones y comisiones para que el titular del órgano las delegue y encomiende e informarle el desarrollo de sus actividades.

III.- Formular las políticas, planes, programas y presupuestos, que les correspondan, y someterlos a consideración del titular del organismo para su autorización.

IV.- Coadyuvar en la elaboración del programa nacional de asistencia social conforme a las disposiciones del plan nacional de desarrollo.

V.- Proponer a la Secretaría de Salud en su carácter de administradora del patrimonio de la beneficencia pública, por conducto del titular del organismo programas de asistencia social que constituyan el uso eficiente de los bienes que lo componen.

VI.- Proponer a la Lotería Nacional para la asistencia y los pronósticos deportivos para asistencia pública por conducto del titular del organismo, programas de asistencia social, que contribuyan al fortalecimiento de los servicios de asistencia social.

VII.- Supervisar y evaluar la actividad y los servicios de asistencia social que prestan las instituciones de asistencia social pública y privada.

VIII.- Gestionar ante el oficial mayor, de acuerdo a su disponibilidad y la normatividad vigente la asignación de recursos económicos temporales a entidades publicas e instituciones privadas.

IX.- Coadyuvar en la coordinación de los esfuerzos públicos y privados para la integración social de los sujetos de la asistencia social.

X.- Colaborar en la elaboración de propuestas:

XI.- Coadyuvar en la realización y promoción de estudios e investigación sobre asistencia social.

XII.- Someter a la aprobación del titular del órgano los estudios y proyectos de disposición y reglas de carácter general, así como las normas y lineamientos y políticas que se elaboren en sus áreas responsables”.³¹

Dentro de lo que es el sistema nacional para el desarrollo integral de la familia, no se va a resolver absolutamente ninguna situación respecto de lo que sería un divorcio o circunstancias que competen al poder Judicial, sino únicamente el artículo 2 del propio estatuto del sistema nacional para el desarrollo integral de la familia, le permite establecer medidas administrativas y además provisionales,

³¹ DIF, 2006, Pág. 36.

tendientes a excitar a la función jurisdiccional para que se declare en virtud a la custodia y guarda de los menores que en un momento determinado pudiesen estar en un Estado de vulnerabilidad como lo establece la propia ley.

CAPITULO III
LA IMPORTANCIA DE LA CONVIVENCIA FAMILIAR COMO BIEN
JURÍDICO TUTELADO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

De alguna manera ya lo habíamos dicho al inicio de nuestra exposición, que definitivamente las posibilidades a través de las cuales las personas nos podemos ayudar a relacionar favorablemente, es por el fomento de la convivencia y se refleja por el tiempo y el espacio que compartimos continuamente.

La principal razón en defensa de la custodia compartida es que en el caso de otorgarse la misma, ambos padres pueden influir en el desarrollo y evolución física y psicológica de sus hijos, y tener un contacto permanente con los mismos. En las guardas y custodias donde no existe custodia compartida el desarrollo del menor es notablemente menor y los conflictos emocionales se desarrollan en el por resto de su vida.

De este modo, algunos consideran que existe un derecho natural, que en algunos países llega a ser también constitucional, que defiende que los padres e hijos deben vivir estrechamente relacionados.

De ahí que la convivencia es el punto clave a través del cual, se va a poder lograr la solidaridad dentro de la familia ya sea entre familiares de tipo filiatorio de parentesco e incluso los parientes a fines como son los políticos.

En la custodia compartida, los hijos pasan la mitad del tiempo con cada uno de sus progenitores. Los padres deben compartir no sólo los derechos sobre los hijos, sino también las responsabilidades y obligaciones sobre los mismos.

Recordemos que el bien jurídico tutelado, es el interés medio o genérico tenido en cuenta por el orden jurídico cuya lesión constituye el contenido material del injusto, pero a continuación pasaremos a estudiar todos estos aspectos.

3.1.- BIEN JURIDICO TUTELADO.

El bien jurídico tutelado es un elemento esencial de toda norma; cada una de las reglas que se establecen en el derecho, siempre tienden a proteger un bien de la sociedad, desde luego la palabra bien aquí debe ser aplicada en un sentido no estrictamente jurídico, porque ahí el concepto es en el sentido de todo aquello que es susceptible de apropiación, por tanto en un sentido filosófico, es todo aquello que hace feliz al ser humano, es decir, pensamos que el bien constituiría todo aquello que constituye un objeto de protección para las normas jurídicas.

Sobre este particular, el autor Raúl Goldstein, cuando nos explica el concepto de bien jurídico tutelado menciona lo siguiente:

“El bien jurídico es el interés medio o genérico tenido en cuenta por el orden jurídico y cuya lesión constituye el contenido material de lo injusto. Puede presentarse como objeto de protección de la ley o como objeto de ataque contra el que se dirige el delito, por lo cual no debe confundírsele con el objeto de la acción, que pertenece al mundo sensible. Aclarando el concepto de bien jurídico, que se define como el interés jurídico protegido, se señala que el bien jurídico no es un bien del derecho, sino un bien de la sociedad reconocido y protegido por el derecho”.³²

³² GOLDSTEIN, Raúl, “Derecho Penal y Criminología”, Ed. Lastrea, 8ª edición, Buenos Aires Argentina, 2003, Pág. 85.

La naturaleza del bien jurídico tutelado en la custodia compartida, es la convivencia no de los padres hacia los hijos sino principalmente la de los hijos hacia los padres, por ende el mayor interés es el del menor. Pero, los hijos todavía tienen que tener la experiencia y sufrir los fracasos de la vida.

Pues en estos, es necesario elaborar una cierta idea de protección vital, por medio de la cual, todos y cada uno de ellos, logren el poder superarse, establecer una fórmula idónea a través de la cual puedan desarrollarse ya sea supervisados por los adultos y con la obligación de que sean también protegidos por quien ejerce la guarda y custodia.

Como lo decía el autor Raúl Goldstein, el bien jurídico tutelado no es un bien del derecho sino es un bien de la sociedad protegido y reconocido por el derecho.

De ahí se desprende que es preponderante el derecho del menor, sobre el de los padres por convivir con los hijos, es básicamente el derecho del hijo por convivir no solamente con su padre y su madre, sino con la familia de ellos, primos, tíos, hermanos y demás parentela.

Como consecuencia de lo anterior, pues resulta evidente, que a la luz de la nueva reforma la convivencia es en sí, la necesidad que debe proteger la nueva legislación.

De ahí, que si en un momento determinado se incumple con la convivencia, es decir no se le permite convivir al menor con su padre o su madre y su parentela, en dicha situación se está violando el bien jurídico tutelado, se infracciona el derecho y por supuesto da pie a meditar sanciones, que es el objetivo hipotético de este trabajo de tesis, puesto que consideramos la necesidad

jurídica de establecer sanciones al incumplimiento del convenio de custodia compartida.

Tesis aislada
 Materia(s): Civil
 Novena Época
 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
 XXIV, Agosto de 2006
 Tesis: I.11o.C.150 C
 Página: 2272

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.**

DÉCIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 21/2006. 16 de febrero de 2006. Mayoría de votos. Disidente: Indalfer Infante Gonzales. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo viuda de Magaña Cárdenas. Secretaria: Alicia Avendaño Santos.

3.2.- LA UNION FAMILIAR.

Pensamos que no existen reglas concretas para mantener una buena comunicación en casa, pero se puede lograr a través de un buen deseo de querer unir a la familia.

Lo que sí deberían existir, como forma para mejorar la comunicación, es la voluntad, el interés, y la disponibilidad, por parte de los padres, a que este espacio sea creado y vivido intensamente, en la medida de lo posible. Si lo que quieren es una familia unida, la mejor vía, es por la comunicación.

Algunos consejos que podrían colaborar a la unión de la familia:

Se debe tratar de respetar las reglas básicas de convivencia, para evitar problemas.

Hay que establecer una vez a la semana una reunión para hablar de los problemas y no dejar que las situaciones más pequeñas enfríen y distancien algún miembro de la familia.

Encada sesión establecer temas; como una especie de agenda con los puntos importantes a tratar.

Escuchar cada una de las inquietudes de los hijos. Valorar hasta qué punto merecen prioridad y poder cambiar con acciones.

Evitar el empleo del mismo tipo de respuestas de forma sistemática para que los menores no piensen que siempre somos autoritarios, que le hagamos sentir culpable, que le quitamos importancia a las cosas.

Se deben crear reglas como por ejemplo: no gritar, no levantarse de la reunión sin haber concluido determinado tema. De esta forma evitara que se den problemas grandes y que las juntas lleguen a ser una mala idea.

Dejar las culpabilidades a un lado. Si hasta hoy no hemos sido un modelo de comunicadores, pensemos que podemos mejorar y adaptarnos a una nueva forma de comunicación que revertirá en un bien de nuestra familia suavizando o incluso extinguiendo muchos de los conflictos habituales con los hijos.

Pensamos que, una familia unida es muy importante para el desarrollo sano de cada uno de sus miembros, para lograrlo es necesario contar con una buena comunicación entre todos y se debe cultivar desde temprana edad. No es indispensable que los pequeños miembros de la familia sean niños para iniciar la comunicación con ellos, los bebés deben ser incluidos en momentos familiares con el objetivo de acostumbrarlos a pasar momentos en familia y en un futuro disfrutar plenamente de estos momentos.

Se debe propiciar el inicio de esta rutina en la familia, para lo cual es necesario que todo jefe de familia, en primer lugar de el ejemplo contando las vivencias que tuvo en el día y pidiendo la opinión de los demás, luego tendrá que motivar a los demás a compartir y moderar la conversación para que sea agradable, una vez conseguido el hábito, todo fluirá naturalmente. Un bebé que asiste a este tipo de reunión, al crecer le será fácil y natural participar de ello.

También es necesario elegir un momento de unión familiar, es decir, un momento en el cual estén presentes todos los miembros de la familia. Una buena opción es durante el desayuno o la cena diaria.

Un aspecto muy importante es que, las conversaciones que se compartan no deben ser estresantes: los padres deben evitar hablar de problemas de trabajo,

financieros o del hogar; los hijos no deben convertir este momento en un pliego de reclamos, de lo contrario fuera de fomentar la unión familiar sólo generan tensiones tanto en los padres como en los hijos, incluso los bebés que sólo observan pueden percibir este ambiente tenso.

Las conversaciones que se compartan deben ser interesantes y divertidas: los padres pueden contar algún evento divertido del día, los hijos algo que les gusta, los niños probablemente hablen de sus juegos o programas de televisión. Lo más importante es dar a cada uno la oportunidad de expresar y compartir sus alegrías y que los demás miembros participen de ellas.

El momento que se elija, es un momento especial para tratar temas agradables, si surgiera algún tema conflictivo se debe sugerir tratarlo al finalizar este momento único. Hay que poner énfasis en esto, ya que se debe cumplir esta situación para que cada uno de los miembros de la familia sepa que hay momentos para uno u otro tema.

Ahora bien, dejémonos de consejos que consideramos necesarios y digamos que desde el punto de vista de la teoría del Estado, pues definitivamente la familia es el núcleo mas pequeño de la organización social.

Si recordamos los postulados que establecíamos en el inciso anterior al hablar del bien jurídico tutelado veremos que la legislación tiene un interés preponderante que proteger como es a la familia y su necesidad de unión.

Es importante subrayar el hecho de que la familia unida, pueda lograr su éxito y desarrollo.

Evidentemente que esta unión familiar, va a desencadenar situaciones diversas como es el socorro dentro de la familia, la solidaridad familiar, la

paternidad dentro de la familia, que son situaciones que definitivamente trascienden a la vida nacional.

Para poder sustentar lo dicho quisiéramos por lo menos considerar un ejemplo, de cómo la familia unida puede lograr un mucho mejor desarrollo. Los judíos que los encontramos en cualquier parte del territorio nacional y en cualquier parte de el globo terráqueo, ellos tienen esa idea, basada en su llamado Deuteronomio de que la familia debe permanecer unida, y como tal, cuando un cierto sector llega a la comunidad judía los acogen, les otorga una vivienda, les dan un financiamiento, y de esa manera pueden desarrollarse suficientemente.

De tal manera, que la estrategia al contrario, es desunir a la familia, y por supuesto la globalización mundial, sustenta ese tipo de estrategias, y la familia mexicana ha resentido los efectos de la desintegración familiar.

Sobre de este particular, quisiéramos citar las palabras del autor Manuel Chávez Ascencio, sobre este particular considera lo siguiente:

“Debemos partir de la realidad existencial del matrimonio y de la familia, para comprender ambas instituciones dentro de el ámbito del derecho, lo que nos obliga a cambiar de mentalidad y estructuras en derecho de familia. Conviene incorporarse nuevos elementos y aprovechar otros dándole un especial contenido. El hombre es un todo, cuerpo mas espíritu, igual a hombre. El derecho debe tomar en cuenta todo el ser humano, en su realidad compleja, con sus valores espirituales y materiales y sus necesidades espirituales y materiales.

Se dice que el derecho no puede abocarse al estudio ni comprender lo relativo a la moral ni al amor, en relación al segundo porque se trata de una parte del espíritu humano que no es posible regular a través de las normas objetivas. Sin embargo, el derecho se sienta sobre el concepto del consentimiento del ser humano y la libertad que se requiere para su expresión contractual. El

consentimiento tiene un proceso, que parte del cognoscitivo por el cual se conoce el objeto, el contrato, o la situación jurídica especial en que el sujeto se encuentra; se continua con un proceso valorativo, es decir, el sujeto puede estimar sobre lo que conoce, y valorar si es bueno o malo para el".³³

Derivado de lo dicho por el autor citado, vamos a encontrar que esa necesidad de fraternidad o amor que debe de existir dentro de la familia para lograr su unión, es una situación totalmente subjetiva y que definitivamente se va a romper en el momento en que sobreviene la desintegración.

De ahí, la necesidad de seguir, con la convivencia y este es uno de los objetivos directos de lo que significa el convenio de custodia compartida.

3.3.- LA AYUDA EN CASO DE ENFERMEDAD.

Manuel Chávez Ascencio dice que: "el matrimonio como acto jurídico genera una relación jurídica. Esta se integra fundamentalmente por un conjunto de deberes jurídicos conyugales y en forma complementaria por obligaciones necesarias para que los consortes puedan vivir en común. Ya expresamos que el objeto del acto jurídico matrimonial es crear un vínculo jurídico conyugal y un estado jurídico o comunidad íntima de vida, de donde surgen los deberes y facultades así como obligaciones y derechos conyugales necesarios para la conservación y fortalecimiento del vínculo. Desde antiguo, la doctrina viene estableciendo la distinción entre efectos personales que se derivan del matrimonio y efectos patrimoniales del mismo, respondiendo la misma a una diversidad fundamental e intrínseca, que por su naturaleza, tienen las relaciones situadas en uno y otro plano. Así al hacer referencia a los deberes jurídicos conyugales se entiende que estoy mencionando aquella relación entre consortes que no tiene

³³ CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel, "La familia en el derecho, derecho de familia y relaciones jurídico familiares", Ed. Porrúa, 5ª edición, México, 2000, Pág. 19.

contenido económico alguno, por lo contrario, al hablar de obligaciones, me refiero a aquellas que tienen un contenido económico, es decir que pueden ser valoradas pecuniariamente. Sobre esta materia debemos hacer una distinción. En esta relación jurídica conyugal se comprenden sólo los asuntos conyugales comunes, pues los asuntos particulares de un cónyuge son de su competencia exclusiva." ³⁴

En relación con este punto Chávez Asencio afirma: "la ayuda y el socorro mutuo son consignados en los artículos 147 y 162 del Código Civil. Se refieren no sólo a situaciones de emergencia o aisladas, sino a todo momento y durante toda la vida del matrimonio. No son similares los términos de ayuda y socorro mutuo, cada uno tiene su propia significación. Entiendo que la ayuda mutua hace referencia más bien al aspecto económico, lo relativo a los alimentos, administración de bienes, etc. Debemos tomar en cuenta que con relación a la ayuda mutua, los alimentos no sólo comprenden la comida, el vestido, la habitación, sino también la asistencia en caso de enfermedad, y respecto a los menores los alimentos comprenden además, los gastos necesarios para educación primaria del alimentista y para proporcionarles algún oficio, arte o profesión honestos, adecuados a su sexo y circunstancias personales." ³⁵

Como podemos darnos cuenta, este aspecto de la ayuda mutua es mucho muy amplio, prácticamente comprende elementos, al decir de Chávez Asencio, de lo que conocemos como los alimentos, es decir, como el mismo lo afirma, todo lo relacionado con cuestiones de tipo económico y es distinto el término ayuda mutua que el de socorro mutuo.

Fernández Clérigo, por su parte, no formula una distinción específica ente asistencia y auxilio mutuo, exponiendo que: "todos los códigos y leyes referentes al matrimonio, vigentes en los diferentes países, consignan estas recíprocas

³⁴ CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel, , "Op. Cit.", Pag. 61.

³⁵ "Ibidem", Pag. 65.

obligaciones conyugales. El llamado mutuo auxilio se desarrolla y diversifica en un conjunto de atenciones, cuidados, consideraciones, cooperación social y económica de índole tan variada, que casi ninguna legislación puede entrar a detallarlos, y suelen condensarse en un concepto global, que sólo la jurisprudencia puede precisar." ³⁶

Aquí encontramos otro término que es el de auxilio mutuo, que desde nuestro particular punto de vista vendrá siendo la ayuda mutua, solamente que abarca aspectos de tipo no económico como lo son las atenciones y cuidados, junto con esas cuestiones económicas.

Ahora bien, Planiol, sobre el deber de asistencia señala: "la asistencia no se confunde con el socorro, consiste en los cuidados personales que deben darse al cónyuge enfermo, por tanto es una obligación de hacer, en tanto que la de socorro es de dar.

Por su parte, distintas legislaciones estatales hacen referencia en su articulado al término "ayuda mutua", así lo indican, entre otras las legislaciones de Nuevo León, Distrito Federal, Quintana Roo y Coahuila; sin embargo no formulan de manera específica en que consiste la mencionada ayuda.

Planiol en relación con el socorro mutuo, habla únicamente del deber de socorro en términos siguientes: "para los esposos el deber de socorro consiste en la obligación que tiene cada uno, de proporcionar a su cónyuge todo lo que le sea necesario para vivir. Esta obligación es equivalente a la alimentaria de los parientes por consanguinidad o afinidad." ³⁷

³⁶ FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis, "El Derecho de Familia en la Legislación Comparada", Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana (UTEHA), México, 1995, Pág. 112.

³⁷ PLANIOL, Marcel y Georges Ripert, "Tratado Elemental de Derecho Civil" (Trad. Lic. José M. Cajica) Ed. Cárdenas, México, 1981, Pág. 212.

Rojina Villegas, afirma sobre el socorro mutuo: "otro de los deberes que impone el matrimonio y, por consiguiente, de los derechos que nacen de ese estado civil, es el de socorro y ayuda mutua. Una de las principales manifestaciones del derecho-obligación que analizamos es la relativa a la prestación de alimentos que la ley impone a los consortes; el deber de socorro también comprende la asistencia recíproca en los casos de enfermedad, y sobre todo el auxilio espiritual que mutuamente deben dispensarse los cónyuges."³⁸

Este autor, ya nos hace una diferencia específica entre la ayuda mutua y el socorro mutuo y al respecto, el socorro se refiere a la asistencia en caso de enfermedad de alguno de los cónyuges, por ello es que consideramos pertinente aclarar que el término correcto es socoro en caso de enfermedad.

Ahora bien, una de las obligaciones principales dentro del matrimonio, es esa circunstancia de socorro mutuo entre la pareja.

No solamente se unen para soportar la vida en común, sino que también en ese soportamiento hay una reciprocidad en el cuidado de la persona para que en un momento determinado cada uno de ellos pueda lograr protegerse en caso de enfermedad este es el auxilio que debe existir en caso de enfermedad.

Desde un punto de vista generalizado el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, en el momento en que hace una cierta definición de lo que es el matrimonio desde el punto de vista legal, va a fijar los bienes jurídicos tutelados que estamos buscando en esta parte de nuestro estudio.

Como consecuencia de lo anterior, pues sería conveniente citar este artículo para después analizarlo, dicho artículo dice:

³⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael, "Compendio de Derecho Civil", Ed. Porrúa, 21ª Edición, México, Tomo I, 1991, Pág. 98.

“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 la formalidades que la ley exige”.

La naturaleza del matrimonio pues definitivamente nos va a dar diversos elementos a través de los cuales existirá la necesidad de una ayuda mutua.

Por ende que la concurrencia en el consentimiento de los cónyuges para lograr de esa manera la institución matrimonial, generan invariablemente, una cierta unidad celular de tipo social.

Esto, que desde el punto de vista sociológico, se va a formar un pequeño grupo social a través del cual, se genera necesariamente un interés común.

Esta circunstancia del interés común, por lo regular sería la educación de los hijos, pero en la formación de la familia moderna, puede llegar a ser incluso la posibilidad de lograr mayores beneficios económicos.

Evidentemente, que esta es una forma natural a través de la cual, los grupos sociales se van integrando, y volvemos a la naturaleza misma de la familia como es el núcleo más pequeño de la sociedad.

Ahora bien, quisiéramos citar las palabras del autor Ely Chinoy, que en el momento que nos explica algunas situaciones respecto de los grupos sociales menciona lo siguiente:

“Un grupo social se compone de un cierto número de personas unidas por una red o sistemas de relaciones sociales. Sus miembros que interactúan entre si en una forma mas o menos estandarizada, esto es, dentro de las normas o estándares aceptados por el grupo. Sus relaciones e interacción se basan en gran

parte en sistemas de roles y estratos interrelacionados. En mayor o menor medida, están amalgamados por un sentido de identidad o de semejanza de intereses que les permite diferenciar a sus miembros de los que no lo son”.³⁹

El matrimonio por eso es la razón que se considera como la mejor opción para formar a la familia.

Sin duda la seguridad jurídica que se arma a través de esa manifestación de la voluntad de expresarla ante el Registro Civil, para crear una institución social permanente entre dos personas que como dice el autor citado tienen un interés común se amalgaman en un solo grupo y por supuesto tiene la habilidad de detectar a las personas que no son de su grupo.

De tal manera, que estos factores ya dejan atrás todas esas relaciones de comunidad, y ahora estaremos en relaciones de parentesco y mucho más aun de filiación.

Ya en el capítulo anterior, así como en el primer capítulo, hablábamos de estas cuestiones por lo que, por el momento podemos decir como lo hicimos en el inciso 1.2.1., que a través de la filiación, padres e hijos forman un vínculo que definitivamente no se rompe solamente se suspende o incluso se puede hasta perder, pero el vínculo natural subsiste, continúa y es necesariamente la fraternidad, la ayuda mutua, la fórmula adecuada a través de la cual, la familia va a lograr esa unión y permanencia.

Dentro de esa ayuda mutua encontramos la obligación en la asistencia en caso de enfermedad.

³⁹ CHINOY, Ely “Introducción a la sociología”, Ed. Paidós, 16ª edición, México, 2001, Pág. 58.

Esto definitivamente nos conlleva a pensar en el hecho de que en el momento en que sobreviene la desintegración de la familia, la convivencia debe seguirse dando.

Tal vez el padre y la madre ya no vivan juntos, tal vez ya no puedan ni siquiera verse ni hablarse, pero es necesario que en relación a los hijos estos puedan convivir, aún a pesar de que no vivan juntos.

De ahí, la naturaleza intrínseca de la necesidad en la custodia compartida.

3.4. - LA DESINTEGRACION DE LA FAMILIA.

Es necesario fortalecer a la familia desde adentro, poner de relieve las actitudes, convicciones, ideales que tradicionalmente han caracterizado la búsqueda de la paz y el bienestar.

La época que nos está tocando vivir es estresante por donde quiera que se la mire. Y no es que antes todo haya sido fácil, sino que los problemas que existían los superamos en gran medida o nos acostumbramos a vivir con ellos. El problema actual es la incertidumbre y la sensación de impotencia sobre lo que está ocurriendo alrededor nuestro.

El mismo planeta está estresado, calentándose cada vez más como respuesta a la irresponsabilidad humana. Sentimos inseguridad y desprotección en áreas fundamentales de nuestra vida, y ninguna señal de que la situación va a mejorar. No es ningún consuelo saber que este cuadro, muertos más, muertos menos, se repite por todo el mapa.

Estas influencias tienen efecto en la mente de los jóvenes todavía inmaduros, mucho más cuando los hechos se distorsionan de acuerdo a la

conveniencia de quien los analiza. La confusión mental puede llegar a un nivel de saturación tal que puede empujar a un joven a tomar decisiones graves para su vida y su futuro, por no tener la adecuada información.

La sociedad mundial como tal atraviesa la peor crisis de su historia y no existen suficientes líderes creíbles (políticos, económicos, religiosos, militares, etcétera) para guiarnos hacia la salida. Pero, ¿cuál es la salida? ¿Es por donde dicen los líderes? Tal vez la respuesta hay que buscarla más cerca de casa.

La familia, es la base de la sociedad y la influencia más fuerte que normalmente recibe un ser humano desde su nacimiento hasta su independencia. Lo que el niño aprende en el seno familiar lo va a capacitar para manejarse, bien o mal, una vez que le toque desempeñar su papel en la sociedad.

Por supuesto que recibirá influencias, buenas y malas también, de otras fuentes, pero el niño o adolescente que ha recibido una sólida formación en su familia podrá comparar, aceptar o rechazar nuevas enseñanzas de acuerdo a un criterio cada vez más maduro. Ninguna influencia externa debería estar por encima de los valores éticos y morales recibidos en su hogar.

En tiempos difíciles es necesario fortalecerse desde adentro, poner de relieve las actitudes, convicciones, ideales que tradicionalmente han caracterizado la búsqueda de la paz y el bienestar por medio de la superación personal. Es necesario estar preparados y unidos para asumir el papel que la vida nos haga desempeñar.

El énfasis aquí es en unión: es la hora de dialogar, opinar, aprender de la experiencia de los mayores, aportar los jóvenes con su visión no contaminada e idealista sobre cómo debería ser el mundo, y llegar a un consenso.

En épocas de crisis, una familia debe permanecer unida y tener y defender los mismos valores; no existe nada más perjudicial que una casa dividida. Puede que haya diferencias de criterio sobre algún punto en particular, pero por lo general una familia debe tener una posición definida sobre los temas realmente importantes. Esta es la hora de fomentar esa unión.

Una de las primeras preguntas que nos nacen al hablar de la desintegración familiar, sería el hecho de conocer cuáles serían los fenómenos que la producen.

Si anteriormente, los clanes, la gens, era la manera idónea a través de la cual se subsistía en base a la formación y al crecimiento de la familia.

De hecho hasta el calpulli mexicano se basaba en la familia y la producción económica dentro de la familia.

En la actualidad, pues definitivamente los fenómenos se están dando a la inversa, ya que ahora básicamente por cuestiones económicas, sobreviene la desintegración familiar.

Como consecuencia de lo anterior quisiéramos citar al autor José Nodarse, que en lo particular, nos dice lo siguiente:

“ Uno de los factores inmediatos y de mayor cuantía de la Revolución Industrial y de sus secuelas de mejoras por medios de producción, de comunicación y transporte, ha sido un cambio radical en la distribución de la población, la cual se ha ido desplazando a zonas rurales, se han desplazando de zonas rurales a la ciudad hasta el punto de constituir con la formación de grandes urbes de “Mega Lopolis”, como las llaman varios autores, siendo que el progreso

industrial, va afectar la composición familiar por la necesidad de salir en búsqueda de la economía familiar".⁴⁰

Hemos dicho que la globalización económica es una de las causas principales a través de las cuales, se va a dar la posibilidad de que la familia, se desintegre.

Esto lo decimos en virtud de que desde 1975 en el año internacional de la mujer, se convenció a la mujer para que esta saliera a competir con el hombre en mano de obra.

El efecto económico que esto produjo fue evidentemente la rebaja en los costos de mano de obra.

Y por supuesto en la actualidad debido al crecimiento demográfico, pues los capitalistas siguen luchando por una mano de obra barata.

De tal manera que ahora papá y mamá tienen que salir a trabajar, y es el caso de que en un momento determinado dejan descuidado a un valor mucho más importante que es el cuidado de la familia, el cuidado principalmente de los menores de edad.

Sobre de este particular, desde el punto de vista social Abraham Sperling nos ofrece los siguientes comentarios:

"La igualdad de derechos civiles y políticos, conquista femenina reconocida en la mayor parte de los países de alta civilización, a contenido en medida no escasa, al debilitamiento de la familia patriarcal, basada

⁴⁰ NODARSE, José, "Elementos de Sociología", Ed. Selector, 35 edición, México, 2001, Pág. 39.

fundamentalmente en la servidumbre de la mujer, que estamos presenciando en nuestros días.

El costo económico de la creación de familia y las crecientes dificultades para conseguir el estado de suficiencia necesario para realizar satisfactoriamente el matrimonio, lleva a la posposición de este hasta una edad más tardía, en el campo. Por otra parte, el ansia de disfrutar de goces materiales que la vida urbana brinda, mucha mas viva por lo inmediato y variado de sus incentivos, lleva muchos a rehuir el matrimonio, o a reducir la carga o el impedimento que en el representan los hijos”.⁴¹

Definitivamente la globalización y la gran estrategia que se tiene en el sentido de equiparar a la mujer con el hombre, pues han hecho que la mujer salga a trabajar, y pues se olvida de una institución tan importante como es el cuidado de los hijos.

Estas situaciones realmente forman parte de las causas a través de las cuales, se va generando la desintegración de la familia.

En virtud de que la importancia de la convivencia dentro de la familia, se opaca con su desintegración-

Dicho de otra manera, padre y madre tienen que salir a trabajar, y tan es cierto esto, que todavía los hijos en la actualidad van a tener que salir a trabajar, se espera ya una escalada de la globalización en promover ahora la salida de los hijos.

⁴¹ SPERLIG, Abraham, “Psicología”, Fondo de Cultura Económica, 3era Edición, México, 2001, Pág. 85.

A la globalización le interesa la producción y por supuesto en esta producción la mano de obra barata.

Ahora existen slogans en el sentido de que aparece un muchacho trabajando y dice yo trabajo para ayudar a mis padres.

Sin duda esta situación es bastante cierta y de hecho la Ley Federal del Trabajo permite el trabajo desde los catorce años de edad con permiso de los padres y a partir de los dieciséis años sin ninguna restricción.

Situaciones todas estas, que definitivamente pues dejan fuera la posibilidad de que la persona pueda lograr prepararse, que ese es uno de los puntos principales que la globalización trata de que la población no lo logre, para que de esta manera, pueda seguir explotando a placer.

Esto afecta totalmente el vínculo familiar, y ahora toda la familia sale a trabajar, cada quien por su lado.

Cada uno de las entidades de la familia forma su propio mundo, su propia esfera social y se ve a la casa o al hogar como un lugar en donde se puede ver la televisión y dormirse en ella.

Pero la falta de comunicación dentro de la familia, la falta de fraternidad, toda esa falta de cariño y amor que hemos considerado hasta esta parte de nuestro estudio, hacen falta, y en este momento, la unión familiar es bastante endeble, y como consecuencia puede desintegrarse en cualquier momento.

Como consecuencia de ello, podemos ver la cantidad de divorcios que se van dando continuamente a lo largo y ancho de la Republica Mexicana.

De tal manera, que la familia dentro de la organización social, va a significar esa entidad a la cual el derecho debe de proteger, pero debido principalmente a situaciones económicas, esto no se ha podido lograr del todo, en virtud de que la necesidad de economía, hace que la pareja, deba necesariamente salir a trabajar, y por supuesto separarse, independizarse, y alejarse de la convivencia dentro de la familia.

Viene la desintegración, y ahora se reclama una convivencia o una custodia compartida de algo que se perdió teniéndolo en la mano.

Sin lugar a dudas, estas son situaciones que van ingresadas a los fenómenos que atañen a la familia y que de alguna manera, el Juez en el momento en que emite sus resoluciones en caso de divorcio, debe de tomar en cuenta para establecer lo mas propicio para los menores de edad, en donde lleguen a tener la mayor seguridad jurídica para que de alguna manera puedan crecer, prepararse y por supuesto tratar de lograr tener una familia unida, fraternal.

3.5.- LA FAMILIA DENTRO DE LA ORGANIZACIÓN SOCIAL.

De alguna manera, hemos observado desde el inicio algunos aspectos a través de los cuales, se va dando la necesidad de integración de la familia, en aras y a favor de un mejor desarrollo de la sociedad.

De ahí, que uno de los primeros conceptos que debemos conocer respecto de la familia en sociedad, necesariamente es el de sociedad.

Así, tomando las palabras del autor David Hankils, que:

“Sociedad es cualquier grupo humano relativamente permanente, capaz de subsistir en un medio físico dado y con cierto grado de organización que

asegura su perpetuación biológica y el mantenimiento de una cultura, y que posee, además, una determinada conciencia de su unidad espiritual e histórica”.⁴²

Necesariamente, la unión de personas van a tener en principio un bien o un interés común, como ya no los había expresado el autor Tely Chinoy en incisos anteriores de tal manera que a través de lo que es la organización que el derecho ofrece, se han de establecer los puntos y parámetros principales a través de los cuales, la organización de la sociedad va a estar dada en base a reglas de conducta.

Ahora bien desde un punto de vista generalizado, es preciso, observar que a la familia se le puede analizar desde el punto de vista rural, o bien desde el punto de vista urbano.

Sin duda la urbanidad, ha llegado hasta los últimos rincones de la nación, y como consecuencia de esto pues evidentemente que la óptica que consideramos establecer respecto de la sociedad en esta parte, es desde el punto de vista urbano.

Así, el autor Francisco Gomezjara, nos comenta:

“Comprende en relación con las clases sociales a la familia pobre, artesanos, obreros, comerciantes en pequeño; localizadas por lo regular en las zonas mas alejados del centro de la ciudad o en las zonas menos urbanizadas o decadentes de la misma. Esta es la familia urbana.

Es más numerosa que cualquiera de las otras y por lo regular esta basada en la unión libre entre un hombre y una mujer que conviven un tiempo mas o

⁴² HANKILS, David, “Sociedad”, Fondo de cultura económica, 3era. Edición, México, 2001, Pág. 156.

menos largo y se desintegra por la separación de estos sin mayores formalidades dando lugar, por una parte y por la otra a nuevas uniones.

En tales familias, si el hombre mantiene o ayuda a la manutención de la esposa e hijos lo hace solo mientras dura la unión, una vez separado se olvida por completo de sus obligaciones paternas”.⁴³

Nótese como la situación que plantea el autor citado pues es bastante trascendental, en virtud de que ya este planteando a el contexto de la familia urbana, y mas que nada, una familia que por si sola se desintegra.

Esto quiere decir que de alguna manera, este tipo de familias requiere una mucha mayor posibilidad de protección legal, a fin de que se logre el hecho de que exista una cierta seguridad jurídica principalmente en el desarrollo de la unión.

Dice bien el autor citado, en relación a que este tipo de familias duran muy poco puesto que están basadas en uniones provisionales.

Otro autor que de alguna manera, nos explica algunas situaciones de la familia y el sistema de parentesco, es Leandro Azuara Pérez quien considera:

“Los diversos sistemas de parentesco que se presentan en las distintas sociedades difieren no solo por la importancia que se asigna las relaciones conyugales y consanguíneas, sino también por la forma en que se ordenan las relaciones basadas en los vínculos de la sangre. El concepto fundamental en esta materia es la de el linaje; los miembros de un mismo linaje se van vinculando en virtud de provenir de el mismo antepasado común”.⁴⁴

⁴³ GOMEZJARA, Francisco, “Sociología”, Ed. Porrúa, 26 edición, México, 2001, p. p. 133-134.

⁴⁴ AZUARA PÉREZ, Leandro, “Sociología”, Ed. Porrúa, 25 edición, México, 2002, Pág. 225.

El linaje como lo dice el autor citado, realmente es un aspecto trascendental de la vida humana, que hace que de alguna manera, todos y cada uno de nosotros, provengamos necesariamente de un clan, de una familia, y por ello, es preciso el establecer esa clase de parentesco a través del cual, se da el linaje la relación, y de ahí la ayuda mutua dentro de la familia.

De tal manera, que aun a pesar de que este vinculo existe, que como el autor Leandro Azuara nos ha sugerido, que existe en base a un linaje, de todas maneras, si no hay convivencia familiar, pues evidentemente que puede llegar a perderse esa necesidad y ese instinto de ayuda entre las personas a través del cual, se logra una efectividad en todo lo que es la posibilidad sistemática de desarrollo dentro de la familia.

Como consecuencia de lo anterior, pues resulta evidente, la necesidad de establecer diversas reglas y normas que traten necesariamente de proteger a la familia, para que, esta ultima pueda seguir adelante y logre con ello su existencia y permanencia.

3.6- EL PROBLEMA DE LA VIOLENCIA FAMILIAR.

A pesar de la gran importancia que tiene la composición de la familia para el estado, a pesar de que cómo hemos visto desde un ambiente constitucional se establecen garantías individuales fijadas en el artículo cuatro constitucional para proteger a la familia, a pesar de que se van fijando diversas situaciones que sugieren la necesidad de una pronta protección a la familia, y que se establecen medidas en el Código Civil, en el Código de Procedimientos Civiles, y en legislaciones especializadas como es la Ley de Prevención y Asistencia a la Violencia Familiar, a pesar de ese cúmulo de Instituciones que protegen a la familia, todavía encontramos fenómenos tan horribles como es el maltrato, el psicológico, el moral, la violencia física, verbal, los ataques sexuales dentro de la

familia, y en realidad son muchas las situaciones a través de las cuales, la violencia dentro de la familia se da sin que la misma o la propia organización social haga algo para que se eviten ese tipo de situaciones anómalas en la composición y desarrollo familiar.

Como consecuencia de lo anterior la Ley de Prevención y Asistencia a la Violencia Familiar, va a establecer y detectar a los generadores de la violencia familiar, y a los receptores de dicha violencia, de ahí que va a seguir un concepto de violencia familiar que maneja la Fracción III del Artículo 3 de la Ley de Prevención y Asistencia a la Violencia Familiar a la letra dice:

“Violencia familiar; aquel acto de poder u omisión intencional, recurrente o cíclico, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, que tenga parentesco o lo hayan tenido por afinidad civil, matrimonio, concubinato o mantengan un relación de hecho, y que tiene por efecto causar daño, y que puede ser de cualquiera de las siguientes clases:

Maltrato físico.- 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, encaminando hacia su sometimiento y control.

Maltrato psicoemocional.- Al patrón consistente en actos u omisiones repetitivos cuyas formas de expresión pueden ser, prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, amenazas, actitudes devaloratorias, de abandono y que provoquen en quien las recibe deterioro, disminución o afectación a su estructura de personalidad.

Todo acto que se compruebe que ha sido realizado con la intención de causar un daño moral a un menor de edad, será considerado maltrato emocional en los términos de este artículo, aunque se argumente como justificación la educación y formación del menor.

Maltrato sexual.- Al patrón de conducta consistente en actos u omisiones reiteradas y cuyas formas de expresión pueden ser: inducir a la realización de prácticas sexuales no deseadas, o que generen dolor, practicar la celotipia para el control, manipulación o dominio de la pareja y que generan un daño. Así como los delitos a que se refiere el Título decimoquinto del Código Penal para el Distrito Federal es decir, aquellos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, respecto de los cuales la presente ley solo surte efectos en el ámbito asistencial y preventivos”.⁴⁵

La sociedad políticamente organizada, inicia necesariamente en la unidad más pequeña como es la familia.

A partir de esta, se empiezan a crear redes en la sociedad, para que, la expresión política se vaya dando a través de un sistema de partidos y las personas puedan tener una participación social.

Como consecuencia de lo anterior, es sin duda la familia, el punto principal a través del cual, se van a fijar los parámetros y protagonistas sociales, estableciendo como el grupo primario a la familia.

Los estratos sociales, las clases sociales también influyen, y que en determinado momento, dentro de la familia se puede generar esta situación de violencia.

⁴⁵ Ley de asistencia y prevención de la violencia familiar, México, Ed. Sista, 2006, Pág. 38.

Ahora bien para poder seguir adelante quisiéramos citar las palabras de la autora Cristina Puga que comenta:

“El grupo primario por excelencia es la familia, a la cual se pertenece no por decisión individual sino por haber nacido dentro de ella y por aceptar sus reglas internas. Ya se que se hable de la familia nuclear compuesta exclusivamente de padre, madre e hijos, o que se le atribuya en sentido mas amplio que abarque toda la gama de parentesco, en cuyo caso se habla de la familia ampliada, el grupo familiar constituye la unidad social básica en la mayoría de las sociedades. En primer lugar porque a través de la vida familiar el individuo se convierte en parte de la sociedad, se socializa. En segundo lugar, porque la familia es su primera y mas natural forma de organización colectiva, la que otorga a los hombres su sentido de pertenencia a un grupo, les genera lealtades y les establece jerarquías”.⁴⁶

Tal y como lo habíamos sugerido, las situaciones y circunstancias, previenen la necesidad de que en la familia como núcleo fundamental del ordenamiento social deba necesariamente estar contempladas situaciones específicas que le permitan su protección.

3.7.- INEFICACIA DE LOS ARTICULOS 283 BIS, 417 Y 418 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Entre las disposiciones que contienen algún elemento de la llamada custodia compartida tenemos a los artículos anteriormente citados, mismos que si bien es cierto ya mencionan a la custodia compartida, lo hacen de manera muy somera sin dar bases necesarias para establecer dicha figura jurídica y mucho menos contienen una sanción para el caso de incumplimiento a su práctica.

⁴⁶ PUGA, Cristina, “Hacia la sociología”, Ed. Addison Wesley Longman, 4 edición, México, 2001, Pág. 31.

El artículo 283 Bis, de reciente creación del Código Civil para el Distrito federal, dice.

“Artículo 283 Bis.- En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida en términos de lo establecido en la fracción II del apartado B 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.”

Nótese como ya se empieza hablar de una cierta custodia compartida, a través de la cual, se trata de procurar la convivencia, del infante con la familia de sus progenitores.

Dicha disposición, nos remite al artículo 282 en su apartado B, Fracción II, mismo que a la letra establece:

“**Artículo 282.-** Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; asimismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:

A...

B. Una vez contestada la solicitud:

I...

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

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

Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos”.

De la lectura del artículo acabado de citar, nos damos cuenta que también contiene una mención de que los cónyuges pueden compartir la guarda y custodia mediante convenio, pero esa es la única mención que se hace sin que se den

otras bases para la implementación de dicha figura, que resulta ser muy benéfica para los menores, por las razones que verteremos en el capítulo cuatro del presente trabajo de investigación.

Por otro lado, en lo que toca al artículo 417 del Código Civil para el Distrito Federal, dice en la parte que nos corresponde lo siguiente:

“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.”

En dicho precepto se establece una posible solución para el caso de estar en desacuerdo con el régimen de visitas y convivencias, solución que puede darse cuando los menores manifiestan su voluntad al respecto, aunque en muchos casos existe el síndrome de alienación parental, el que es un proceso que consiste en programar a un hijo para que odie a alguno de sus progenitores sin que tenga justificación.

Pero tal precepto no establece alguna otra regla útil para el tema de la custodia compartida, según se desprende de su lectura y que constituye el objeto de nuestro trabajo de investigación.

Antes de las reformas, dicho precepto establecía lo siguiente:

“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. Solo 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 aplicara 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”.

Como puede observarse, existe ya aquí la necesidad de una cierta convivencia, y tal vez esta naturaleza se desarrollo más en el artículo 417 que la custodia compartida del 283.

Finalmente el artículo 418 dice:

“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”.

Todas estas normatizaciones las volveremos a utilizar a continuación, en virtud de que son en si, las normas adecuadas a través de las cuales, se establecen obligaciones, facultades y restricciones para los que ejercen una cierta custodia sobre los menores de edad.

Debemos de recordar claramente, que la custodia va a terminar, y es el caso de que en un momento determinado, es factible el hecho de que se respete el derecho de convivencia y a través de este derecho de visita o de convivencia se genera la necesidad de una custodia compartida.

Como consecuencia, hemos visto que estas situaciones son de extrema importancia no solamente para el infante sino para la familia y por supuesto para la sociedad del Estado.

No es en sí que en un momento determinado se beneficie a la persona en lo individual sino el beneficio es bastante amplio.

Esto es, el beneficio que se obtiene, pues simple y sencillamente atañe a todos y cada uno de las personas que habitamos este gran país, y que de alguna manera, estamos comprometidos necesariamente con la organización de la sociedad y por supuesto el lograr ese desarrollo económico integral y cultural que la propia sociedad exige.

Como consecuencia de lo anterior, pues resulta evidente, como es que el bien jurídico tutelado por la custodia compartida, es el derecho a la convivencia dentro de la familia, no como un bien protegido individualmente, sino como un bien social reconocido y protegido por la ley.

Esto es muy importante que no lo perdamos de vista.

CAPITULO IV

LA NECESIDAD JURIDICA DE ESTABLECER SANCIONES AL INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO DE CUSTODIA COMPARTIDA.

En éste cuarto y último capítulo, es conveniente reiterar algunos elementos importantes de los que hemos manejado en la secuela de este estudio. Inicialmente, habíamos hablado de los conceptos generales del derecho familiar y la convivencia dentro de la familia.

Desde el primer capítulo, hicimos hincapié en que el bien jurídico que se debe de tutelar por medio de la convivencia familiar, es la relación que deben tener tanto madre como padre con sus hijos, porque éstos son los seres humanos que resienten psicológicamente los problemas que están teniendo sus progenitores.

En principio todo lo que es nuestra sociedad actual, surge por una relación que se integra como una necesidad social, de estar conviviendo con una persona para sobrellevar las cargas de la vida, pero sobre todo las satisfacciones que la misma nos da. De hecho, es un instinto del ser humano, que le permite el generar una proyección de sí mismo para el futuro.

El hecho de organizarse con sus semejante, el de tratar de inventar o de descubrir las cosas que la naturaleza tiene, transformarlas, urbanizarse, y por supuesto complicarse la vida a través de los sistemas económicos y monetarios, ha hecho que definitivamente, el hombre tenga dentro de si mismo la idea de la sociedad o la comunidad. Así, la familia juega el papel tal vez más importante desde el punto de vista de la sociedad.

La convivencia dentro de la familia puede hacer a una persona delincuente, o una persona ilustre. Por ello es que nuestro estudio propugna por que, mediante la garantía de las convivencias familiares, el elemento imperante sea formar personas responsables y útiles a la misma sociedad.

La situación actual de la familia, no es nada elocuente; en la actualidad, la familia definitivamente esta afectada por varias situaciones que hacen que no podamos cantar victoria en la organización social. Las parejas se casan y al poco tiempo ya están pensando en divorciarse, pero sin detenerse a pensar en los problemas que esa situación conlleva, sobre todo en perjuicio de los hijos que son, como lo hemos dicho, los que más resienten una ruptura de sus padres.

En primer lugar, como lo dijimos en la secuela del estudio, desde 1975 que sobreviene la globalización, vamos a encontrar la necesidad de que la mujer salga a la calle a trabajar.

La globalización por tener mano de obra barata, realiza estas acciones e institucionaliza el año internacional de la mujer.

La mujer por necesidad, ante la situación económica inestable, pues sale a la calle a competir con el hombre en mano de obra, pero sobre todo para que el dinero alcance y puedan los dos cónyuges sobrellevar las cargas de la vida, que no es nada barata.

La globalización y los grupos globalizadores encabezados por el vaticano, logran que el montón de empresas que tienen, puedan acceder a una mano de obra lo suficientemente barata como para lograr mayores utilidades.

La mujer ahora sale al trabajo compite con el hombre se estabiliza en costo de mano de obra y al contrario, puesto que se duplica la población que demanda empleo, y por consecuencia el costo llega a bajar.

Luego, unido a esto, vamos a encontrar que tanto papá y mamá, o cuando menos hombre y mujer deben de salir a la calle a trabajar.

Y aquí es donde viene el demerito mayor que definitivamente no corresponde a la realidad, y es en si el hecho de que llegado el momento, los hijos se educan con la vecina, vecino, en la guardería, con el abuelito, abuelita, y esto hace que la personalidad del ser humano no pueda tener una gran posibilidad de formación, adecuada.

La generación "X" se le llamo, y ahora esa generación ya es adulta, ya ocupa puestos, como Diputados, Senadores, es el Presidente Municipal, se convirtieron en empresarios y por supuesto del otro lado se han convertido en personas miserables o bien declinaron al homosexualismo.

Pues bien, esas situaciones que única y sencillamente han favorecido a la globalización, los tenemos ahora de frente afectando totalmente a la convivencia familiar.

Todo lo anterior, acarrea que en la familia se note una gran falta de convivencia; tal vez podemos decir que ninguna. Tanto el papá y la mamá salen a trabajar y cuando llegan a casa, el producto del cansancio, el estrés, las fricciones con los compañeros de trabajo y con los jefes, hacen que haya un distanciamiento, más aún, el papá regresa con labial en el cuello de la camisa, es entonces cuando la madre pregunta, ¿Qué paso? y el hombre con sus pretextos, podrá decir que tuvo un accidente o cualquier otra cosa. Al día siguiente, la mamá

en venganza, regresa con todas las medias rotas; y al preguntarle el marido o concubino que paso, ya que va a decir que fue otro accidente.

Empieza el conflicto entre ambos consortes o pareja, se provoca una incomodidad dentro de la familia, se genera por supuesto la violencia familiar, el niño maltratado, abandonado, y todas esas situaciones extraordinarias que afectan la convivencia familiar y a partir de esto evidentemente se va a llevar a cabo paulatinamente la desintegración, de la ya de por si destruida, familia.

Aunado a que la familia tiene que soportar los errores económicos continuos del Gobierno y sus corruptelas, de tal manera, que la familia decide en separarse y acto continuo, los problemas que esto implica.

Dentro de todo este ámbito de situaciones, vamos a encontrar que la necesidad de la sociedad sigue siendo la familia, como la célula mas pequeña del grupo social, permanezca debidamente organizada, pero esto no se va a lograr y evidentemente estamos frente a una decadencia social totalmente pronosticada, es por ello que se requieren mecanismos tendientes a la recuperación de la familia y a su preservación.

En este ámbito de cosas, cuando sobreviene la separación todavía hay una necesidad de convivencia, puesto que la nostalgia del ser humano, la necesidad de tener alguien que nos quiera, nos hace reclamar dicha convivencia, en lo que es el divorcio, sobreviene la separación y llegado el momento se va a tratar de ofrecer una seguridad jurídica para seguir gozando de esa convivencia familiar.

Luego, al hablar del marco jurídico del convenio de la custodia compartida, observamos que no hay en si una posibilidad exacta a través de la cual, se de una supervisión en lo que es la eficacia o la efectividad de la convivencia compartida, y esto es lo que animado a nuestro trabajo de tesis, que como enfoque principal

hemos sostenido, el hecho de que existe la necesidad jurídica de establecer sanciones al incumplimiento del convenio de custodia compartida.

De ahí, que en este último capítulo, llegamos a establecer algunas cuestiones o criterios personales que ya podemos desglosar a partir de todos los estudios que hemos hecho.

4.1.- La custodia compartida en el divorcio.

El artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, había sido claro, antes de las reformas del 28 de diciembre del 2006, tal artículo disponía lo siguiente:

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

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

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

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

Como podemos observar, tal disposición trata de proteger de una manera completa a los menores de edad, que como lo hemos dicho, son quienes resienten en mayor grado la ruptura entre sus progenitores. Sobre todo al disponer que se debe procurar el establecer la custodia compartida entre ambos divorciantes, con lo que se da la posibilidad de que los menores convivan plena e ilimitadamente con sus progenitores, solamente que esto no se puede llevar a cabo sino hasta los

7 años cumplidos del menor, antes de esa fecha solamente se debe seguir un régimen de visitas y convivencias.

Con dicha figura, el menor se encuentra en posibilidad de estar bajo el cuidado de ambos padres y en igualdad de circunstancias, también, estos últimos se encuentran en posibilidad de cumplir con su menor hijo, en igualdad con los deberes y obligaciones que tienen y ejercer de la misma manera los derechos que tienen sobre ellos. Una ventaja que tiene esta figura a nuestro particular punto de vista, es que al detentare la guarda y custodia de los menores de manera compartida, el menor contará de manera más constante con la figura tanto de la madre como del padre, aspecto que consideramos sumamente importante para su formación, ya que la familia es el medio natural e idóneo para el debido desarrollo y formación de los menores, y para ello debe contar con ambas figuras ya que tienen la misma trascendencia en la vida de un hijo y éste los necesita por igual a los dos.

Decimos que el menor contará con ambas figuras de manera más constante ya que generalmente, al detentar uno de los progenitores, que generalmente es la mamá, la guarda y custodia de manera permanente, el otro progenitor que tiene derecho a un régimen de visitas y convivencias, en ejercicio de este derecho, sólo podrá visitar y convivir con sus menores hijos en determinados días y horarios, con la limitación de no poder pernoctar con los mismos, según las circunstancias de cada caso.

Después de las reformas, el artículo en comento quedó como sigue:

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

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

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

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

IV.-Las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar en términos de la Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar.

Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

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

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

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

De lo que podemos observar que con dichas reformas se quitó de ese artículo todo lo relacionado con la guarda y custodia compartida, por reformas que recientemente se volvieron a hacer al Código Civil para el Distrito Federal, publicadas el 3 de octubre del año 2008 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, con el llamado divorcio exprés, se modificaron algunas fracciones del artículo en cita, pero sin trascender al tema que nos ocupa.

Por tal motivo se incluyó la custodia compartida en el artículo 283 Bis, que a la letra dice:

“Artículo 283 Bis.- En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida en términos de lo establecido en la fracción V del artículo 282, el Juez, en la sentencia de divorcio, deberá garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos.”

De la lectura de tal precepto, podemos darnos cuenta que a pesar de que se quitó la custodia compartida del anterior, trató de subsanarse ese error y establecerse dicha figura en el artículo siguiente, y es así como en el 283 Bis trata

de retomar los aspectos de lo que en un principio se consideraba como custodia compartida, solamente que quedó muy escueta dicha disposición, debido a que no establece ya la necesidad de procurar la custodia compartida, sino que únicamente se limita a hacer mención de la misma, sin el exhorto que se contenía antes de las reformas que redujeron su campo de concientización y aplicación.

Si el juez o las partes no procuran una situación que le sea benéfica a los hijos, pero principalmente el juez que es quien debe velar por el bienestar del menor, los progenitores no siempre acatan las resoluciones de carácter judicial, ya que es muy común que el progenitor que legalmente detenta la guarda y custodia de los hijos, no permita que el otro progenitor ejerza su derecho de visitas y convivencias o, por el contrario, también puede darse el caso, que el progenitor que no tiene decretada de manera legal la guarda y custodia de los hijos, al ejercer su derecho a un régimen de visitas y convivencias, no los reintegre con el progenitor que debe detentar dicha guarda y custodia, causándoles daños a los menores, por ello lo desatinado de la reforma en esa materia.

Tan desatinada, es la reforma que realizaron al Código Civil para el Distrito Federal porque dejó de proteger de una manera más efectiva a los menores, ya que en protección de los menores, el Código Penal para el Distrito Federal, y debido a la gran importancia que tiene la familia, y en protección de todos sus miembros, pero básicamente en búsqueda del bienestar de los menores, el día 6 de septiembre del año 2004, se realizó una reforma al artículo 173 del Código Penal para el Distrito Federal, el que dispone:

“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, en los siguientes casos:

- I. Que haya perdido la patria potestad o ejerciendo ésta se encuentre suspendido o limitado;
- II. No tenga la guarda y custodia provisional o definitiva o la tutela sobre él;
- III. No permita las convivencias decretadas por resolución judicial; o
- IV. Teniendo la guarda y custodia compartida, no devuelva al menor en los términos de la resolución que se haya dictado para ello. Este delito se perseguirá por querrela.”

Esto obedece al hecho de que la familia, constituye la base de la sociedad, y todos los problemas inherentes a la misma se consideran de orden público. Por tal motivo, el Estado preocupado por su bienestar, se encuentra en constante búsqueda de una eficiente protección para la misma, al actualizar y mejorar para ello los ordenamientos legales necesarios.

Es por tal motivo que consideramos benéfica la regulación de la figura de la guarda y custodia compartida, ya que como no siempre es posible que la familia se mantenga unida, ante la inevitable separación de los progenitores, el menor tendrá la posibilidad de permanecer tanto con el padre como con la madre de manera plena e ilimitada, y con ello ambos padres contribuirán en igualdad de circunstancias, de manera íntegra y responsable para su formación.

La familia, es la razón fundamental de toda la organización de la comunidad.

En principio, el hecho de que sobreviene el divorcio, y con esto la obligación de compartir la custodia de los hijos, simplemente nos dice una necesidad entre lo que son los padres e hijos, en el hecho de que no se pierda esa identidad; esa posibilidad de existencia y que de alguna manera, se conserve la institución familiar.

El autor José Nodarse, en el momento en que nos habla de la organización social, y toca la familia, menciona algunas situaciones de decadencia en la se vislumbra lo que decimos anteriormente. Dicho autor dice:

“Las causas de la evidente decadencia de la familia contemporánea son múltiples. Se debe a la acción de los factores económicos, a la extensión y predominio de la vida urbana, a la especialización del trabajo social, que caracteriza a la fase actual de la civilización; y como resultado conjunto de estos y

otros factores, el estilo de vida y la forma de mentalidad predominante en nuestra época.

Es frecuente que se impute al divorcio la crisis de la familia; pero este es un cargo sin fundamento, expresión de un juicio simple y superficial, que toma una manifestación de fenómeno por la causa del mismo. El divorcio en modo alguno es el motivo de la desintegración de la familia; más bien es la expresión de ella, un grave síntoma del profundo mal que aqueja a esta institución social tan importante.”¹

La familia es la piedra angular de toda la comunidad, y es el caso de que en la actualidad se está perdiendo esta institución, por diversos motivos que van desde los económicos hasta los morales.

4.2.- Elementos del convenio de custodia compartida.

La familia tiene constantes transformaciones que implican, cambios en el derecho de familia, el que debe ajustarse a las realidades de convivencia humana con el fin de proveer de seguridad jurídica y protección a todos los miembros del grupo familiar, fundamentalmente a los niños, quienes por sus características requieren de toda atención y cuidado. Dichas transformaciones son de fondo sociocultural, económica y de género, las que se reflejan en el trato más equitativo que se da a hombres y mujeres en la ley, independientemente de la edad, así como en las formas y criterios de protección, y en la resolución de controversias del orden familiar, tanto desde el punto de vista legislativo como desde el judicial.

Como consecuencia de tales transformaciones en las relaciones familiares, se encuentra la figura de la guarda y la custodia de menores por parte de sus progenitores en los casos de divorcio. Este tema siempre ha sido trascendental en

¹ NODARSE, José, , “Op. Cit.”, Pág. 39.

el desarrollo de los menores y de las familias; más a partir de las reformas del 2004 al Código Civil para el Distrito Federal en materia de custodia, en las que se inserta la figura de la custodia compartida.

Ahora bien, recordemos que un convenio es el acuerdo de voluntades para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones y que los convenios que producen o transfieren obligaciones reciben el nombre de contratos, por lo que existe otro tipo de convenios que son los que modifican o extinguen obligaciones.

Así es como el diccionario jurídico Thesaurus, contiene un concepto de lo que es convenio:

I. (De convenir y éste del latín *convenire* ser de un mismo parecer, ajuste o concierto entre dos o más personas.).

II. “.... Las definiciones doctrinales coinciden con la que estipula el ordenamiento civil. Es, pues, un genero particular de actos jurídicos en el que el acuerdo de voluntades tiene por objeto un interés jurídico referido a la transmisión, modificación, creación o extinción de derechos y obligaciones. Los contratos son una especie de este género....”²

Peniche López, define al convenio como: “un acuerdo de dos o más voluntades, mediante el cual se crean, transmiten, modifican o extinguen derechos y obligaciones; este es el sentido general de la palabra convenio, es decir, en un sentido lato, pero la misma palabra convenio tiene un sentido especial, un sentido estricto, que es el que propiamente nos interesa en nuestro estudio, pudiendo

² C.D. Thesaurus Jurídico Milenium. Compendio de términos jurídicos relacionados, México, 2001.

decir en este caso, que se entiende por convenio al acuerdo de voluntades mediante el cual modifica o extinguen obligaciones y derechos.”³

Ahora bien, como lo hemos dicho, el convenio es un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos; por lo tanto, podemos asegurar que el convenio tiene dos funciones: una positiva, que es crear o transmitir obligaciones y derechos, y otra negativa: modificarlos o extinguirlos. En sentido estricto, al convenio le corresponde la función de modificar o extinguir esos derechos y obligaciones.

Como podemos darnos cuenta, el convenio en sentido amplio engloba la producción de efectos jurídicos como el crear, transferir, modificar y extinguir obligaciones, pero en un sentido coloquial, y común de la generalidad de la gente, realizar un convenio quiere decir, llegar a un acuerdo de voluntades, en el que las partes si no tienen un documento por escrito, no se comprometen, porque como se dice comúnmente, a las palabras se las lleva el viento, es decir, necesitamos de un documento en el que se hagan constar nuestros derechos y obligaciones para que de este modo adquiramos el compromiso de querer cumplir con ellos, aunque no en todos los casos lo hacemos.

En el convenio de custodia compartida, hay que hacer referencia a una combinación de derechos y obligaciones, establecidas por los padres para el cuidado, protección y desarrollo armónico de los menores de edad, hijos de quienes pretenden separarse sin pensar las consecuencias de sus actos. Por tanto, en el ejercicio de esos derechos y obligaciones que han de quedar plasmados en un documento, para que tanto el padre como la madre tengan presente cuales son las cláusulas con las que deben cumplir.

³ PENICHE LÓPEZ, Edgardo, “Introducción al Derecho”, Editorial Porrúa, Décima Edición, México, 1975, Pág. 217.

De acuerdo con las recientes reformas del 3 de octubre del 2008, tanto al Código Adjetivo como al sustantivo, se establecieron los elementos que deben llevar los convenios, para el caso de divorcio, es así como el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, quedó de la siguiente forma:

Artículo 267. El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener los siguientes requisitos:

I. La designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces;

II.- Las modalidades bajo las cuales el progenitor, que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos;

III.- El modo de atender las necesidades de los hijos y, en su caso, del cónyuge a quien deba darse alimentos, especificando la forma, lugar y fecha de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;

IV.- Designación del cónyuge al que corresponderá el uso del domicilio conyugal, en su caso, y del menaje;

V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición;

VI.- En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos o que no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte. El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.

De la lectura de dicho precepto se desprende que a la solicitud de divorcio, que por cierto se le ha dado en denominar solicitud unilateral de divorcio, se debe acompañar un convenio en el que se establezcan diversos aspectos, como son: la elección de la persona que ha de tener la guarda y custodia de los menores o incapaces; también se debe establecer el régimen de visitas y convivencias, sin interferir en comida, descanso o estudio de los hijos; se debe especificar también como, cuando y donde se deben pagar los alimentos y la forma de garantizarlos; también se debe establecer cuál de los cónyuges se quedará en el domicilio conyugal y con el menaje de la casa; la forma de la administración de los bienes y

su liquidación y exhibir en todo caso las capitulaciones matrimoniales, inventario, avalúo y proyecto de partición.

De estos elementos, los que nos interesan son los relativos al tema que nos ocupa, los que hacen mención de la guarda y custodia y el régimen de visitas y convivencias.

Como podemos observar, se requiere hacer énfasis en el convenio, de los aspectos acabados de mencionar sin que requieran de una formalidad específica para su elaboración, únicamente hay que realizar una cláusula o cláusulas que lo señalen de manera clara y con eso habremos de dejar asentado que es lo que queremos.

Como resultado de lo que hasta este momento hemos dicho, hay interés por parte de los padres de ver a sus hijos, pero debemos de preguntarnos si también el hijo querrá ver a su padre. Esta es una situación que el convenio de custodia compartida también debe de regular o cuando menos de prevenir.

Si en todo imitamos a los Estados Unidos, debemos de pensar que allá también hay convenios de restricción, y es el caso de que los padres ni siquiera se pueden acercar a sus hijos, y mucho menos a la madre; así se establece una posibilidad en el compartimiento de la custodia de igual manera, se tiene que sancionar a los padres degenerados, abruptos, alcohólicos, violadores, violentadores de la familia, que han causado un gran trauma en los hijos, a tal grado de que ni siquiera quieren ver o tener algo con su padre.

De ahí, que otra propuesta sería el de establecer en el convenio, la posibilidad de una manifestación de los hijos, en relación a que si verdaderamente quieren seguir viendo al padre o incluso a la madre.

Como quiera que sea, hay varios elementos que deben de rodear al convenio, mismos que de alguna manera el Artículo 416, nos expresa algunos diciendo:

“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 C. 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, este quedara 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”.

Son tan importantes los elementos del convenio de custodia compartida, que indirectamente la jurisprudencia habla de ellos, así tenemos por ejemplo la siguiente:

Tesis aislada
Materia(s): Civil
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXV, Marzo de 2007
Tesis: XI.2o.146 C
Página: 1655

CONTROVERSIAS FAMILIARES SOBRE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES O INCAPACES. LES SON APLICABLES LAS MEDIDAS PROVISIONALES QUE DICTA EL JUEZ EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN). El artículo 241 del Código Civil del Estado regula las medidas provisionales que puede dictar el Juez una vez que se presenta la demanda de divorcio, que tendrán vigencia mientras dure el juicio. Ahora bien, tratándose de los juicios sobre guarda y custodia de menores o incapaces, debe hacerse extensiva la adecuación y aplicación de aquella disposición, por actualizarse idénticas situaciones jurídicas y materiales derivadas de la separación de los ascendientes, que si bien como **objetivo principal obliga a establecer la guarda del menor a favor de uno de ellos, en forma complementaria conlleva la necesidad de precisar las circunstancias en torno a las cuales el diverso ascendiente habrá de convivir con los hijos y cumplir las obligaciones derivadas de la patria potestad que sobre ellos mantiene.** No considerarlo así, provocaría inseguridad jurídica al menor, dada la indeterminación de su paradero y en cuál de los padres debe recaer dicha obligación de cuidado, si ambos siguen ejerciendo la patria potestad y pueden exigir fundadamente su guarda y custodia.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 798/2006. 4 de enero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Hugo Sahuer Hernández. Secretario: Juan Gabriel Sánchez Iriarte.

De la lectura de la tesis anterior, se ve la necesidad de establecer las convivencias con los menores hijos para salvaguardar sus derechos fundamentales, porque como hemos insistido, los infantes son los que sufren la separación de sus padres, por ello es de suma importancia, establecer con toda claridad los elementos del convenio de custodia compartida.

Como se desprende de la lectura de la ley, no existe una sistematización del derecho de visitas, es decir no existen reglas en las que se puedan basar los divorciantes para establecer el régimen de visitas, sino que únicamente se hacen menciones de los derechos de las partes, es por ello que se debe mencionar en el convenio una serie de situaciones que el mismo debe abarcar, incluso entre ellas, la imposición de una sanción para el caso de incumplimiento.

4.2.1.- Horarios

Según el Diccionario de la Real Academia Española⁴ horario es: "...Tiempo durante el cual se desarrolla habitual o regularmente una acción o se realiza una actividad."

Lo anterior nos hace ver, que es necesario tener ciertas reglas que se deben establecer, para tener la obligación de cumplirlas y de crear lineamientos a los que deben de sujetarse las partes, ello en beneficio de los menores de edad.

A pesar de que la pareja en un momento determinado marque un itinerario específico, en el sentido de que tal vez el padre o la madre atiendan las

⁴ <http://www.rae.es>

necesidades escolares del menor, y que de alguna manera también puedan hasta verlo entre semana en un cierto horario que le permite estudiar al niño, de todas maneras, puede haber incumplimiento e imprevistos.

Puede ser que el niño también tenga sus necesidades de ir con sus amigos, a una reunión, exposición o cualquier otra actividad en relación con la convivencia escolar, por eso, hemos mencionado que la convivencia debe darse siempre y cuando no se interfiera en ninguna actividad del menor, o bien, tratándose de custodia compartida el ascendiente que tenga al menor pues es al que corresponderá cumplir con las actividades que deba realizar dicho menor.**

Y en ese momento, no se cumple lo estipulado dentro del convenio de custodia compartida, es entonces cuando empieza a ver las divergencias, y llega un momento que la tolerancia llega a un límite y estallan las cosas, de ahí, la necesidad jurídica de establecer sanciones en el incumplimiento del convenio de custodia compartida.

4.2.2.- Situaciones extraordinarias.

Después de que el padre, (que sería lo común) ya no pudo ver a su hijo de ocho años, porque tuvo innumerables compromisos escolares, puesto que la madre lo metió a varias comisiones, eventos, o actividades, después de eso todavía el Sábado o el Domingo, y el padre piensa que va a convivir con sus hijos, la madre sale con que es cumpleaños de la abuelita y el hijo tiene que ir, y que será para la próxima semana, cuando pueda prestárselo para que conviva.

Llega la próxima semana, y hay otro compromiso, por "x", y no le prestan al hijo para la convivencia. Cualquier situación extraordinaria es buena, para que la madre se desquite su coraje su odio en contra del marido que la hizo tanto sufrir.

Y ahora ven en su hijo un arma idónea para lograrlo. Pero volvemos a insistir, y el hijo, sus necesidades de convivencia, no ha sido todavía tocado en este tipo de convenios.

4.3.- El incumplimiento y la afectación a la convivencia.

Los hijos deben ser tenidos en cuenta en el momento previo y posterior al divorcio, situación que no toman en cuenta los divorciantes, sino que están cegados por la furia que siente uno hacia el otro al grado de utilizarlos como arma en contra del otro cónyuge. La solución ideal en un divorcio, sería aquella que menos perjudique a los niños, pero sin dejar de lado también, la que menos perjudique a toda la familia, ya que el hecho de perjudicar a uno de los miembros hará que sufran todos los demás.

El principal problema que tienen los hijos cuando surge la separación o el divorcio, es que los padres incurren en una serie de conductas erróneas para con ellos. Los padres no deben utilizarlos como "espías" para que les informen qué está haciendo el otro cónyuge, o como "corre ve y dile" o "mensajeros" para comunicarse entre ellos. No deben amenazar a la pareja en el sentido de que si se divorcian le harían un daño tremendo a los hijos para tratar de evitar la separación.

Pensamos que si la pareja marital no logra llevarse bien, vive conflictuada por diferentes motivos y llega a divorciarse, es necesario que la pareja parental permanezca unida. La función parental debe ser compartida por ambos padres, de lo contrario causará ambivalencia en los hijos, sabotaje y coaliciones con uno de sus progenitores, pudiendo llegar a causarle serios daños psicológicos a éste. Es preciso que ambos padres estén de acuerdo en las normas a impartir, que coordinen acuerdos básicos.

Este último punto es el más difícil, ya que esta función está más relacionada con las prohibiciones, por lo que resulta la más frustrante y estresante. A esta función la llamamos "normativa". La función nutritiva consiste en dar amor, cuidado, satisfacer las necesidades básicas de alimentación, abrigo.

Es fundamental que los padres puedan separar la crianza de los hijos de los resentimientos del post-divorcio, siendo capaces de soportar las frecuentes comunicaciones con su ex-cónyuge, cooperando en forma conjunta en la educación de los hijos.

Los padres tendrán que tomar una serie de decisiones que van a afectar la crianza de los hijos, relacionada con la residencia, enseñanza, salud, y las relaciones con la familia de cada uno de ellos.

La reacción del niño ante la separación o el divorcio va a depender de la edad que tenga, ya que su manera de percibirlo va a ser distinta. Los niños de corta edad, no comprenden lo que sucede y se sienten culpables, en cierto modo, por la ruptura; ya un poco más grandes, sufren consecuencias escolares, como estar en retroceso; los hijos mayores entienden el divorcio, se sienten dolidos, críticos, pero consideran que los padres pudieron haberlo evitado si hubieran intervenido sobre la situación. Pero, independientemente de la edad, es una alteración emocional y conductual. Algunos niños pueden tener la fantasía de que sus padres volverán a unirse.

Los niños necesitan de 3 a 5 años para recuperarse y readaptarse del divorcio, pero alrededor de un tercio sufre un trauma psicológico persistente. El síntoma más evidente que padecen es la agresividad.

Los hijos de padres divorciados presentan menor autoestima que los de matrimonios constituidos. El divorcio es el más grande stress que un niño pueda

soportar. Los niños perciben la muerte de un padre de manera más natural que un divorcio. Los hijos de divorciados necesitan más tratamiento psicológico que los de los no divorciados. Las consecuencias de una conducta inadecuada de los padres cuando se divorcian puede ocasionar ansiedad, miedo, inseguridad, sentimientos ambivalentes y diferentes trastornos de conducta. De manera que si una pareja se encuentra en proceso de divorcio, debe tener en cuenta diversos aspectos como pueden ser:

-El problema es con su pareja, nunca con sus hijos.

-La única forma en que sus hijos no sufran durante la separación o divorcio es que los padres estén plenamente conscientes de que deben explicarles claramente la situación a ellos y decirles que, independientemente de la decisión que tomen, ambos cónyuges seguirán queriéndolos y ayudándolos.

-Si no hay más remedio que el divorcio, siempre será preferible una separación amistosa que una conflictiva, por el bienestar y seguridad de los hijos y de la propia pareja.

-Hay que hacer un gran esfuerzo para superar el rencor y la rabia, pero es indispensable por el bien de todos.

Es importante que la familia se mantenga unida, que los lazos que unen a padres e hijos se fortalezcan día con día, sin considerar las circunstancias en las que se encuentren. Por lo que estamos convencidos que ante la inevitable separación de los miembros de una familia, deben establecerse lineamientos que no afecten las relaciones interpersonales que deben forzosamente darse entre el papá y la mamá con los hijos.

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia señala que el interés superior del niño consiste en tomar siempre en consideración todo aquello que beneficie al menor. Podemos afirmar que incluso va más allá, pues este principio consiste en aplicar el criterio de la norma más protectora del menor, aun cuando ésta sea distinta de una convención internacional de derechos humanos; todo esto por encima de cualquier otro derecho de cualquier otro sujeto, inclusive el de los mismos padres.

Sin embargo, parece que la interpretación que se hace de este principio por las autoridades judiciales, en muchos casos en el mundo entero, no siempre se orienta a este fin, o bien su interpretación se encuentra plagada de roles, estereotipos y prácticas culturales que tienden a beneficiar o a que exista una preferencia para con uno de los padres, normalmente la madre.

El interés superior del niño es un recurso judicial, una declaración de la corte para sostener el criterio que afirma que mientras no se pruebe con el peso de evidencia substancial otra cosa, las madres estarán siempre mejor consideradas y preparadas para cuidar a los hijos, pequeños o jóvenes, que los padres.

Los derechos humanos básicos que disfrutan los niños y niñas en todas partes, son el derecho a la supervivencia, al desarrollo pleno, a la protección contra influencias peligrosas, los malos tratos y la explotación, a la plena participación en la vida familiar, cultural y social.

Ahora bien, según la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuatro principios fundamentales del niño son: la no discriminación; la dedicación al interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo; y el respeto por los puntos de vista del niño.

Todos los derechos que se definen en dicha Convención son inherentes a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de todos los niños y niñas. Se protege los derechos de la niñez al estipular pautas en materia de atención de la salud, la educación y la prestación de servicios jurídicos, civiles y sociales.

Desde luego, cuando existe incumplimiento de parte de uno de los divorciantes a sus obligaciones como tal en relación con sus hijos, se quebrantan todos los derechos mencionados en líneas anteriores, dirigidos desde luego hacia los menores que, ante la ruptura de sus padres, son los mas perjudicados.

Lo anterior se resguarda con lo preceptuado por el artículo 417 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual dice a la letra:

“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. Solo 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 aplicara 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”.

De la lectura de dicho artículo, podemos darnos cuenta que se esta pugnando por una convivencia entre padres e hijos, salvo que fuera perjudicial, pero en la gran mayoría de los casos, los papas que son los que generalmente tienen que salirse del domicilio conyugal, siempre quieren ver a sus hijos, esto también se encuentra robustecido con la siguiente tesis jurisprudencial:

Jurisprudencia
Materia(s): Civil
Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXII, Septiembre de 2005
Tesis: I.6o.C. J/49
Página: 1289

MENORES DE EDAD. EL DERECHO DE VISITA Y CONVIVENCIA CON SUS PROGENITORES ES DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL Y, EN CASO DE OPOSICIÓN, EL JUZGADOR RESOLVERÁ LO CONDUCENTE EN ATENCIÓN AL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS. De una sana interpretación del artículo 417 del Código Civil para el Distrito Federal, se aprecia que la eficacia del **derecho de visita y convivencia** contenido en ese numeral, que **tiene por objeto lograr la protección, estabilidad personal y emocional del menor dándole afecto, calor humano, presencia personal, respaldo espiritual y respeto a su persona e intimidad, es una cuestión de orden público e interés social, dado que en su observancia está interesada la sociedad y el Estado, porque de su efectivo cumplimiento, depende el desarrollo armónico e integral del menor** que, en ocasiones, por causas ajenas a su voluntad, vive separado de uno o ambos progenitores. Es por eso que el propio numeral contiene normas tendentes a lograr dicha función, ya que el goce y disfrute de esos derechos, no podrá impedirse sin justa causa, pero en caso de oposición de uno de los padres, la autoridad jurisdiccional determinará lo que más convenga al interés preponderante del menor que sólo podrá suspenderse, limitarse o perderse por resolución judicial expresa y cuando se haya perdido la patria potestad. Como se advierte, la teleología del artículo 417, en comento, se encamina a la conservación de un entorno familiar saludable y favorable para el pleno desarrollo personal y emocional de los menores que, se reitera, por causas ajenas a ellos, viven separados de alguno de sus padres o de ambos, estableciendo que aun cuando no se encuentren bajo su custodia, si ejercen la patria potestad, tendrán derecho a convivir y disfrutar de momentos en común, en aras de tutelar el interés preponderante del menor, teniendo sólo como limitante para que se suspenda el ejercicio del derecho de visita y **convivencia**, que **exista peligro para el menor, caso en que el juzgador podrá aplicar las medidas correspondientes a fin de salvaguardar el interés superior del menor**, contra alguno de los progenitores.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 3656/2003. 7 de agosto de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: Jorge Santiago Chong Gutiérrez.

Amparo directo 2686/2004. 29 de abril de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca.

Amparo directo 6066/2004. 9 de septiembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretario: Hiram Casanova Blanco.

Amparo directo 2666/2005. 6 de mayo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretario: Hiram Casanova Blanco.

Amparo directo 2716/2005. 12 de mayo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: Alfonso Avianeda Chávez.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXI, abril de 2005, página 1469, tesis II.3o.C.62 C, de rubro: "RÉGIMEN DE VISITA Y CONVIVENCIA CON LOS PADRES. EL JUEZ DEBE RESOLVER ESE TEMA

AUNQUE LAS PARTES NO LO HAYAN PLANTEADO, ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO." y Tomo XIX, abril de 2004, página 1407, tesis I.11o.C.96 C, de rubro: "CONVIVENCIA FAMILIAR. EN LAS SENTENCIAS QUE SE DICTEN EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO O DE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES, ES OBLIGACIÓN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL PRONUNCIARSE, AUN DE OFICIO, RESPECTO A ESE RÉGIMEN (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)."

Nótese como este artículo, empieza a tener un carácter coercitivo, ya lo dice que cuando menos el Juez va a resolver lo conducente en atención siempre del interés superior del menor.

Así, cualquiera de las personas puede quejarse ante el Juez, para que, se pueda cumplir el pacto o convenio de custodia compartida, pero en ningún momento, se asevera que exista una sanción al incumplimiento, solamente se va fijando postulas a través de las cuales se intenta dar a la familia o cuando menos al menor, la posibilidad de que conozca a toda su parentela.

La intención del legislador, es que el menor, pueda seguir conviviendo con su padre, y la familia del mismo, o a la inversa.

De ahí, que dentro de la organización familiar, la intención de la familia, la integración, su ayuda mutua, son formas a través de las cuales se va ha desarrollar la familia, a través de una convivencia.

Sobre de esto Roberto Guzmán Leal, nos comenta lo siguiente:

“Para darse idea sobre la vida de cualquier ciudadano o de cualquier nacionalidad hay que examinar varios aspectos como son: la economía, el trabajo como fuente de subsistencia, el analfabetismo, la política, la religión, etc.; todo esto sintetizado en la vida familiar; de tal manera, que la vivienda, el rumbo, la

familia tanto de la madre como la del padre, serán elementos fundamentales a través de las cuales, se va formando la personalidad de los menores”.⁵

Nótese como de entrada, la necesidad de la familia es un requisito para la formación de la personalidad como lo asegura el autor citado, de ahí, que es importante colocar algunas situaciones de incumplimiento, para que la formación de la personalidad del menor pueda contemplar también las inquietudes de los abuelos maternos y paternos, los tíos, los primos, etc.

4.4.- El incumplimiento sancionable.

Al producirse el divorcio, los padres no deben quedar resentidos con sus hijos. No deben existir conductas inapropiadas contra los hijos, tales como el abandono afectivo por parte del padre que no tiene la custodia o sobreprotección por parte de quien la tiene. No se le debe presentar al hijo una nueva pareja antes que él esté en capacidad de asimilar ese impacto. Todos estos comportamientos provocan conductas profundamente obstaculizadas en la evolución psicológica de los niños.

Si el ambiente que rodea al niño es favorable, es decir que sus padres pueden ejercer juntos la paternidad, muestran un comportamiento consistente frente al niño y evita discusiones frente a éstos, los hijos lograrán adaptarse bien al divorcio.

La custodia de los niños debería ser compartida y que el niño tenga acceso a ambos padres, ya que el hecho de mantener contacto regular con ambos progenitores les permite crecer y desarrollarse mejor.

⁵ GUZMÁN LEAL, Roberto, “Sociología”, Ed. Porrúa, 25 edición, México, 2002, p. p. 57-58.

Porque decimos que el incumplimiento debe ser sancionable; sin duda, el hecho de que exista la familia, refleja la formación de claves a través de las cuales, existirá una cierta identificación y por supuesto una idiosincrasia familiar.

Las situaciones genéticas, las personalidades que se transmiten, nos van a reportar una regla básica a través de la cual, la familia tiene y debe de estar no solamente protegida, sino también, favorecer su integración y la generación de los mecanismos que la familia debe de llevar para su propio desarrollo.

Por ello el incumplimiento debe de ser sancionable, en virtud de que es importante que no se cuarte la convivencia del menor de edad con su familia.

Esto es, con todas y cada una de las personas que generan la posibilidad de ayuda y del socorro mutuo que se deben de dar dentro del parentesco.

Leandro Azuara Pérez, cuando nos habla de esto dice:

“Los diversos sistemas de parentesco que se presentan en las distintas sociedades difieren no solo por la importancia que se asigna a las relaciones conyugales y consanguíneas, sino también por la forma en que se ordenen las relaciones basadas en los vínculos de sangre. El concepto fundamental en esta materia es el linaje. Los miembros de un mismo linaje se hayan vinculados en virtud de provenir del mismo antepasado común”.⁶

Inicialmente, debemos de hablar más que del linaje, de la trascendencia filosófica y también patrimonial de las personas, las personas van haciendo su patrimonio que va a transmitir por herencia a sus herederos.

⁶ AZUARA PEREA, Leandro, , “Op. Cit.”, Pág. 225.

Así, junto con esto, se les transmiten ideas, personalidades, y demás circunstancias, a través de las cuales se va a lograr un desarrollo de la persona, frente a todo el conglomerado social.

Sin duda alguna, la familia, y es en si el factor determinante y además principal sobre el cual, va a recaer el peso de la organización social.

Otro autor que nos ayuda a explicar esta situación es Luís Pérez Cruz que nos dice:

“La familia es el germen de la organización del hombre en sociedad, se constituye de esta manera en la institución, que sostiene una sociedad; en términos de nuestros tiempos, en el seno familiar el hombre aprende a socializarse positiva o negativamente.

Las percepciones en el papel de la familia en una sociedad han variado a través del tiempo, pero en presencia de constituir el principio de las sociedades no deja de ser importante”.⁷

Adviértase como la situación fundamental inicial es el hecho de que dentro de la familia, debe de lograrse una funcionalidad, un sistema que permita a la familia evolucionar.

De hecho, se ha de fijar que esa sistematización que posee la familia, se basa necesariamente en la protección de todos sus miembros. Así, el hombre por si solo no se desarrolla suficientemente necesita de compañía, y en este caso, familiar.

⁷ PÉREZ CRUZ, Luís, “Sociología”, Publicaciones Cultural, sexta reimpresión, México, 2000, Pág. 59.

Por eso, cuando hablábamos esencialmente de la convivencia dentro de la familia, decíamos que se debe de fomentar pese a la ruptura de los padres.

Esto es, que la familia, su convivencia, básicamente obedece a reglas institucionales, a partir de la formación del propio Estado. De hecho, forma parte de las diversas ideas del origen del mismo.

Así, quisiera mostrar las palabras del autor Patricio Marcos, que cuando nos habla del origen del Estado alude a lo siguiente:

“Todos los estudiosos de la realidad estatal y del Estado moderno atribuyen a Nicolás Maquiavelo, el florentino, renacentista y padre de las ciencias políticas modernas, la denominación por el Estado.

En su obra el Príncipe escribe:

Todos los Estados, todas las dominaciones que han ejercido y ejercen soberanía sobre los hombres, han sido y son republicas o principados.

Maquiavelo basa su explicación en la eterna lucha entre los dominantes y dominados, y agrega que los planes, y la formación de sociedades o comunidades, va a generarse dentro de estas, la misma lucha entre el dominado y dominante, lo que ahora podemos observar en cualquier familia común, entre el padre y la madre, y los hijos, donde posiblemente puedan disputarse el dominio y mando de la familia”.⁸

El concepto sin duda nos ocupa en esa posibilidad de que la familia continúe toda una organización social.

⁸ PATRICIO, Marcos, “El Estado”, Ed. Edicol, 1ª Edición, México, 1977, Pág. 23.

De tal manera sino damos acceso a la convivencia, que pasara con la formación de distintas comunidades o sociedades.

El hecho de que nuestra legislación establezca una custodia compartida, y no se le de medios idóneos, a través de los cuales se ejercite una coercibilidad para el cumplimiento del convenio de custodia compartida, es tanto como establecer una norma imperfecta.

Evidentemente que podrá haber algunos medios a través de los cuales podemos sancionar este tipo de conductas, pero el caso es que llegado el momento, no hay una posibilidad concreta a través de la cual, se pueda generar el hecho de llevar a cabo la comunicación dentro de la familia gracias a la convivencia.

Por eso, el bien jurídico que se intenta proteger, es de gran trascendencia. De ahí, la necesidad de que exista una sanción.

Sanción que debe abarcar diversos aspectos, entre los que podemos establecer:

La pérdida del derecho de visita al no ejercerse continuamente. Sanción por no avisar cambios de domicilio. El respeto al derecho de visitas. Ejercer el derecho de visitas con probidad. A la omisión de dar aviso al otro progenitor para sacar al menor del país. El respeto a los familiares de cada quien, entre otros, situaciones que puntualizaremos en párrafos posteriores.

4.5.- Propuesta de reformar el Artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal para aplicar una sanción pecuniaria.

Estamos llegando a nuestra parte medular, en donde vamos a proponer la reforma concreta a través de la cual, deba estar debidamente reglamentado el convenio de custodia compartida.

De tal manera, a la luz de los diversos análisis que hemos realizado, esta propuesta se relaciona con los artículos 416, 417, 418, 422 y 492 del Código Civil para el Distrito Federal, y en cierta manera con el Artículo 380 del mismo, que ya hemos establecido y analizado en incisos anteriores por eso, debemos subrayar que esta reforma, tendrá diversos artículos con los cuales se relaciona.

La consideración principal es una reforma al artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal que diga a la letra:

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

Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, de tal manera, que en el procedimiento de divorcio, se haya establecido un convenio de custodia compartido a través de la cual el interés mayoritario del menor sea debidamente respetado en relación a el compartimiento de la convivencia entre ambos padres.

En este convenio, se debe de prevenir situaciones extraordinarias principalmente, que puedan opacar o nulificar el derecho principalmente del padre a poder gozar de la convivencia de los hijos, de ahí, que se pueden establecer algunas sanciones, por el incumplimiento, dependiendo siempre de la insistencia de cualquiera de los exconyuges con no cumplir el convenio de custodia compartida.

En caso de que algún ascendiente tuviese la custodia, el otro que no la posee”

Con la anterior aseveración, ofrecemos la seguridad jurídica necesaria para la custodia compartida, y a partir de esta situación, se va a poder lograr una mejor eficacia no solamente en la convivencia familiar, sino en el hecho de que se cumplan los convenios y compromisos adquiridos.

4.6.- Justificación de dicha propuesta.

En la actualidad, podemos asegurar sin temor a equivocarnos, que la mujer en la generalidad de los casos, como es quien se queda con la custodia de los menores y como esta tan deteriorada su relación con quien fue su marido, ejerce sobre el hombre una especie de venganza, en el sentido de no dejar ver a sus hijos, nada mas quieren que preparen los cheques para seguir manteniendo a los hijos, siendo que como representante de ellos la mujer es quien disfruta ahora de una manutención junto con sus hijos pero en su carácter de soltera, ahora, podrá tener acceso a cualquier otra pareja, cambiarla indistintamente y el padre o el marido, seguirá sufragando su existencia.

Independientemente de que sea una venganza o no, es evidente que no hay en si una solidez de que en el divorcio, se lleve a cabo el pacto o convenio de custodia compartida, si no hay un medio sancionatorio a través del cual, se obligue a cada uno de los exconyuges, a cumplir con dicha custodia compartida.

Como consecuencia de lo anterior, es insuperable el hecho de que vayan estableciendo algunas situaciones concretas a través de las cuales, se deba de lograr que la convivencia entre los padres, sea un hecho para no entorpecer el desarrollo del menor el cual ya de por si, se vera afectado por la separación.

Ahora bien, el establecer en el convenio de custodia compartida la necesidad de una sanción por su incumplimiento y en la propia ley, hace que la misma se refuerce y que adquiera la fuerza legal que merece, ya que entre los argumentos a favor de la custodia compartida podemos mencionar:

La custodia compartida garantiza el mejor interés del menor en cuanto a su situación con respecto a los padres, su vida y desarrollo familiar.

Los acuerdos entre los progenitores permiten que el juez de lo familiar, pueda tomar determinaciones que influyan en la ideología social local y en las percepciones de género, roles y estereotipos, al considerar a ambos padres por igual en la crianza de los hijos, de forma que ésta haga eficaces los principios de igualdad y no discriminación en la ley. Se afirma que mediante la custodia compartida, ambos padres tienen oportunidad juntos y por separado de tomar decisiones y resolver problemas sin necesidad de ayuda externa, ya sea de la corte o de cualquier otra autoridad.

La custodia compartida provee a los menores de mejor calidad de vida, puesto que siempre existen dos para responder y satisfacer las necesidades de los hijos, por un lado, y por el otro, los menores establecen un fuerte lazo afectivo con ambos padres y reduce el sentimiento de pérdida que se da en los casos de divorcio y cuando se decreta la custodia única.

Se le atribuyen beneficios económicos, al eliminar los gastos profesionales y judiciales que llevan aparejados los juicios de custodia derivados de contiendas entre los padres.

Le provee de independencia a cada uno de los padres para poder tomar acciones y decisiones en cuanto a cuestiones académicas y escolares del menor,

cuidado médico, viajes, etcétera, relativas al desarrollo y diario vivir del menor, con la misma autoridad y en igualdad de condiciones y circunstancias.

CONCLUSIONES

1.- La convivencia dentro de la familia, es el bien jurídico tutelado que se intenta proteger a través de la nueva institución que es la custodia compartida.

2.- Es importante que los menores, como víctimas de la separación de los padres, puedan tener o seguir teniendo acceso a los familiares, no solamente a su padre o a su madre separados, sino también a sus abuelos, primos, tíos, etc.

3.- Dentro de lo que es el ejercicio de la custodia, nos vamos a dar cuenta de que en ocasiones este comportamiento que presupone la ley no se da, esto es, que la mujer puede pretextar el no poder cumplir el convenio, por razones de seguridad de los hijos.

4.- La situación concreta, resulta ser que mañosamente la mujer puede firmar el convenio de custodia compartida, e incluso sabiendo que no lo va a cumplir, por la seguridad del hijo, sus compromisos en el colegio y algunos compromisos sociales, se va a poder inhibir el hecho de que el padre, pueda lograr el cumplimiento del itinerario marcado en la custodia compartida.

5.- Es insuperable, el proponer establecer sanciones por el incumplimiento, el cual puede darse sin que exista un método idóneo a través del cual, el marido que es el perjudicado, pueda generar una posibilidad de ejecución de dicho convenio, evidentemente tiene la vía de controversia de orden familiar, derivada de la custodia compartida, pero el caso es lograr mayor eficacia jurídica y establecer sanción en el incumplimiento desde el convenio.

6.- Dentro del convenio de custodia compartida, se debe especificar claramente, que hay situaciones extraordinarias que se deben de cumplir, y es el

caso de que en este cumplimiento, la convivencia del menor con sus familiares puede no lograrse completamente, se debe de demostrar un cierto dolo por parte de quien ejerce la custodia principalmente, para no cumplir con el convenio de custodia compartida.

BIBLIOGRAFÍA

- AVENDAÑO LÓPEZ, Raúl, "El divorcio", México, Ed. Sista, 1era edición, 2006,
- BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, "Derecho de familia y sucesiones", México, Ed. Oxford, 4ª edición, 2001,
- BAQUEIRO ROJAS, Edgar, "Derecho Civil", México, Ed. Oxford, 2ª edición, 2003,
- BARRERA ZAMORATEGUI, Fernando, "Un hombre y un maestro ejemplar", México, Ed. Edicol, 1a Edición, 2001,
- BONNECASE, Julián, "Tratado elemental de derecho civil", México, Ed. Oxford, 9ª edición, 2002,
- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual, Tomo II, 15ª edición, Edi. Heliasta S. R. L, Buenos Aires, Argentina,
- CASTAN VÁZQUEZ, José Maria, "Tratado de derecho civil español", Barcelona España, 3era edición, 2001,
- CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel; "Relaciones jurídico paterno filiales"; México, Ed. Porrúa, 4ª edición, 2002,
- EL CENTRO DE CONVIVENCIA FAMILIAR SUPERVISADA. Coord. Gral. Mag. Lic. Raúl Campos Rábago. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Consejo de la Judicatura, 2003,
- ESCRICHE, Joaquín, "Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia", México, Ed. Cárdenas editores y distribuidos, 4 edición, Tomo II, 2000,
- GALINDO GRAFÍAS, Ignacio; "Derecho Civil", México, Ed. Porrúa, 15ª Edición, 2001,
- IBARROLA, Antonio, De, "Derecho de Familia", México, Ed. Porrúa, 6ta edición, 2001,
- JIMÉNEZ SANTIAGO TIANA, Sócrates; "Derecho Romano", México, Ed. Sista, 4ª Edición, 2004,
- MOTO SALAZAR, Efraín, "Elementos de derecho", México, Ed. Porrúa, 36 edición, 2002,
- OCHOA SÁNCHEZ, Miguel Ángel, "Derecho positivo mexicano", México, McGraw Hill, 2ª edición, 2002,
- PACHECO, Alberto, "La familia en el derecho civil mexicano", México, Ed. Panorama, 3era reimpresión, 2001,

PETIT, Eugenio; “Tratado elemental de derecho romano”, México, Editora Nacional, 13 Edición, 2003,

RABASA, Emilio y Caballero Gloria, “Mexicano esta es tu constitución”, México, Miguel Ángel Porrúa, grupo editorial, 5ª edición, 2001.

RIBO DURAN, Luis. Diccionario de Derecho, BOSCH, casa Editorial, S. A., Barcelona, España, Primera Edición, 1987,

RIBO DURAN, Luis. Diccionario de Derecho, BOSCH, casa Editorial, S. A., Barcelona, España, Primera Edición, 1987,

ROJINA VILLEGAS, Rafael, “Compendio de derecho civil Introducción, personas y familia”, México, Ed. Porrúa, 28ª edición, Tomo I, 2003,

VELA TREVIÑO, Sergio, “Antijuricidad y Justificación”, México, Ed. Trillas, 5ª Edición, 2001,

CÓDIGOS

Código Civil para el Distrito Federal,

Código de Procedimientos Civiles.

Ley para la prevención y asistencia a la violencia familiar.