



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**REFORMA A LOS ARTÍCULOS 941BIS Y
941TER DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS
CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL**

T E S I S

**QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A :
CILIA MARCELA GONZÁLEZ QUEZADA**



Asesor: Mtro. Carlos Barragán Salvatierra

CIUDAD UNIVERSITARIA

2009



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

REFORMA A LOS ARTÍCULOS 941 BIS Y 941 TER DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL

ÍNDICE

| | Pág. |
|--|------|
| Introducción | i |
| 1. La Familia | |
| 1.1 Su Origen y Evolución | 1 |
| 1.1.1 La “gens” Iroquesa y griega | 3 |
| 1.1.2 La Familia Nómada | 6 |
| 1.1.3 La Familia en los Pueblos Orientales | 7 |
| 1.1.4 La Familia en la Edad Media | 12 |
| 1.1.5 La familia en el Código Napoleón | 13 |
| 1.1.6 La Familia en nuestros días | 15 |
| 1.2 Concepto de Familia y Derecho Familiar | 21 |
| 1.3 Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar | 27 |
| 2. Conceptos Generales | |
| 2.1 Matrimonio | 32 |
| 2.1.1 Antecedentes | 32 |
| 2.1.2 Concepto | 39 |
| 2.1.3 Naturaleza Jurídica | 43 |
| 2.1.4 Legislación | 46 |
| 2.1.4.1 Requisitos para contraer matrimonio | 46 |
| 2.1.4.2 Derechos y Obligaciones que nacen del matrimonio | 49 |
| 2.1.4.3 Efectos del matrimonio con relación a los bienes | 50 |
| 2.1.4.4 Impedimentos para contraer matrimonio | 59 |
| 2.1.5 Matrimonios nulos e ilícitos | 61 |
| 2.2 Divorcio | 64 |
| 2.2.1 Antecedentes | 64 |
| 2.2.2 Concepto | 71 |
| 2.2.3 Requisitos | 72 |
| 2.2.4 Procedimiento | 74 |
| 2.3 Concubinato | 78 |
| 2.3.1 Antecedentes | 78 |
| 2.3.2 Concepto | 83 |
| 2.3.3 Naturaleza Jurídica | 85 |
| 2.3.4 Efectos del Concubinato | 86 |
| 2.4 Adopción | 87 |
| 2.4.1 Antecedentes | 87 |
| 2.4.2 Concepto | 92 |
| 2.4.3 Naturaleza Jurídica | 94 |
| 2.4.4 Requisitos | 95 |
| 2.4.5 Tipos de Adopción | 96 |
| 2.4.6 Efectos de la adopción | 98 |

| | |
|--|-----|
| 2.5 Filiación | 99 |
| 2.5.1 Antecedentes | 100 |
| 2.5.2 Concepto | 104 |
| 2.5.3 Formas o clases de Filiación | 105 |
| 2.5.4 Efectos | 110 |
| 2.5.5 Pruebas de filiación de los hijos | 114 |
| 2.6 Violencia Familiar | 117 |
| 2.6.1 Antecedentes | 118 |
| 2.6.2 Concepto | 119 |
| 2.6.3 Clases de Violencia Familiar | 122 |
| 2.6.4 Efectos Jurídicos | 123 |
| 3. Controversias del Orden Familiar | |
| 3.1 Antecedentes | 127 |
| 3.2 Características de las Controversias Familiares | 129 |
| 3.3 Interés Superior del menor | 130 |
| 3.4 Custodia provisional y definitiva | 133 |
| 3.4.1 Custodia única o compartida | 134 |
| 3.5 Derecho de Visitas y Convivencias | 138 |
| 3.5.1 Centro de Convivencia Familiar Supervisada por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal | 141 |
| 3.5.1.1 Concepto | 142 |
| 3.5.1.2 Funciones | 142 |
| 3.6 Procedimiento para determinar la custodia y la convivencia provisional de los niños con sus padres. | 144 |
| 4. Reforma a los artículo 941 Bis y 941 Ter del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal | |
| 4.1 ¿Qué es la psicología y cuál es el papel de los psicólogos? | 147 |
| 4.2 Psicología aplicada al Derecho de Familia | 149 |
| 4.2.1 Pericia Psicológica | 150 |
| 4.2.2 Métodos y Test Psicológicos | 152 |
| 4.2.3 Importancia de la Psicología aplicada al Derecho Familiar. | 155 |
| 4.3 Servidores Públicos y Auxiliares de la administración de Justicia regulados por la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal | 159 |
| 4.4 Propuesta | 162 |
| 4.4.1 Reforma al Artículo 941 Bis | 163 |
| 4.4.2 Reforma al Artículo 941 Ter | 169 |
| CONCLUSIONES | 172 |
| BIBLIOGRAFÍA | 178 |

Introducción

Resulta fácil hablar de familia, dado que por siglos ha existido y ha formado parte de la vida cotidiana de cada uno de nosotros, pero si reflexionamos un poco acerca de ella, de sus implicaciones y de lo que conlleva dicho término, nos daremos cuenta que se ha ido deformando sin considerar cuáles son sus integrantes y qué se requiere para formar una familia; sin embargo, la triste realidad es que ni siquiera sabemos de qué estamos hablando; los términos familia, pareja, hijos, se volvieron inciertos.

La familia en su contexto histórico, sociológico, psicológico y jurídico ha cambiado, es la realidad que se ha venido repitiendo en innumerables ocasiones; sin embargo, por qué es que se dan aquellas familias “disfuncionales”, algunas completamente contrarias a los elementos y conceptos básicos de la misma, mostrando homogeneidad de comportamientos, valores, modos de vida, especialmente la relación de pareja frente a los hijos, los cuales la mayoría de ocasiones son los más afectados en una relación, sobre todo cuando se da la violencia familiar.

Es importante mencionar, que a pesar de que el derecho familiar es una rama del derecho que se encarga de proteger a la familia, de construir y legislar mecanismos para conservarla sin dañar a los integrantes de la misma, en la actual legislación, concretamente en el Código Civil y en el Código de Procedimientos Civiles tanto en materia Federal como en el Distrito Federal, se ha dejado a un lado la importancia de la familia. Es necesario que el Estado tome conciencia de que el núcleo más importante en la sociedad es la familia, la cual hoy en día carece de la protección jurídica necesaria para conservarla.

La presente tesis es del tipo jurídico-propositiva, ya que se trata de cuestionar dos artículos establecidos en el Código Civil vigente del Distrito

Federal, partiendo de evaluar sus fallas (que más adelante se detallarán), es por ello, que se propone la reforma a los artículos 941 Bis y 941 Ter.

Así pues, en la presente investigación se estudia y analiza a la familia en todo su contexto, partiendo del método deductivo, ya que se estudian algunos datos generales establecidos en nuestra legislación y doctrina, concluyendo con un razonamiento lógico y jurídico, del cual se deducen varias suposiciones y con ello propuestas de Reforma a los artículos de nuestra legislación que se mencionan, analizándose a la familia desde el punto de vista jurídico y un tanto psicológico, desde sus orígenes hasta hoy en día y con ello las figuras que conlleva, como son, el matrimonio, la filiación, el divorcio, la adopción, el concubinato, la violencia familiar, controversias en materia familiar, etc. Este pasaje desde los orígenes de la familia hasta nuestros días permite comprender un poco más acerca de la familia y del Derecho Familiar, a fin de estar en posibilidad de resolver los problemas que se nos presentan.

En el primer capítulo se estudia a grandes rasgos el origen y evolución de la familia, contemplando a la “*gens*” iroquesa y griega, a la familia nómada, pasando por las costumbres de los pueblos orientales y lo establecido desde el Código de Napoleón hasta nuestros días; asimismo, se analizan diversos conceptos tanto de la familia como del derecho familiar, culminándose con la naturaleza jurídica del derecho familiar, de la cual se analiza de manera breve las diversas vertientes que existen entre los doctrinarios.

En el segundo capítulo se analizan diversos conceptos del derecho familiar, desde sus orígenes, conceptualización, naturaleza jurídica y lo que señala nuestra legislación respecto a dichos conceptos, como lo es el matrimonio, divorcio, concubinato, adopción, filiación y violencia familiar.

En el capítulo tercero, concretamente se examinan las controversias del orden familiar reguladas por nuestro Código Civil del Distrito Federal,

remontándonos desde sus antecedentes hasta hoy en día, analizando como punto de partida el interés superior del menor en la determinación de la custodia y convivencia, tanto provisional, como definitiva.

Por lo que respecta al capítulo cuarto, se toca de manera breve y concisa la figura de los psicólogos y del papel que desempeñan en su área de trabajo, ello con la finalidad de demostrar la importancia de dicha figura en el ámbito del derecho familiar; finalmente, se concluye con la propuesta de reforma a los artículos 941 Bis y 941 Ter.

Como lo he dicho antes, en el presente trabajo de investigación, se propone reformas a los artículos 941 bis y 941 Ter del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en lo relativo a la determinación de la custodia y convivencia provisional y en su caso definitiva de los menores sujetos a juicio; debiendo valorar el juzgador como prueba idónea la valoración psicológica de un perito en la materia para determinar tales pretensiones, tal y como se detallará y argumentará a través de la presente tesis profesional.

Finalmente, a partir de tal contraste, elaboro una serie de propuestas para reformar los artículos 941 bis y 941 Ter del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal a fin de mejorar y ampliar la legislación en materia familiar, por ser la familia la base de todo sistema y motor del estado; tomando en cuenta los estudios que sean necesarios en materia psicológica para que el juzgador resuelva de manera correcta no solo desde el punto de vista jurídico sino también psicológico, por ser prioridad el interés superior del menor y con ello el bienestar del mismo.

SUMARIO: CAPITULO 1. LA FAMILIA,

1.1 Su Origen y Evolución. 1.1.1 La “gens” Iroquesa y griega. 1.1.2 La Familia Nómada. 1.1.3 La Familia en los Pueblos Orientales. 1.1.4 La Familia en la Edad Media. 1.1.5 La familia en el Código Napoleón. 1.1.6 La Familia en nuestros días. 1.2 Concepto de Familia y Derecho Familiar. 1.3 Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar

CAPITULO 1. LA FAMILIA

1.1 Su Origen y Evolución

La figura de la familia desde su origen, tal y como lo clasifica el etnógrafo norteamericano Henry Lewis Morgan, como estado salvaje, promiscuidad y la barbarie siempre ha existido, independientemente del nombre con que se le llame, la familia ha evolucionado a lo largo de la historia, ampliando o disminuyendo su concepto y los elementos que la conforman.¹

Como bien es sabido, todo pueblo en sus orígenes reconoce normas escritas, la mayoría de carácter religioso, en ellas una parte se refiere a la familia, aunque sea desde un punto de vista muy vago, como son la unión de un hombre a una o varias mujeres, y la forma de reconocer a los hijos.

Tal y como lo menciona Goyena Copello, “el hombre nace, vive y muere en familia, porque proviene de un grupo antecedente aunque no nazca en su medio, tiene un padre aunque no lo conozca, tiene una madre aunque ésta lo abandone, tendrá una familia cuando conviva o cuando procrea, y de ella, o de otra similar, faltará aunque muera solo y abandonado.”²

La familia se ha desarrollado y ha evolucionado a lo largo de la historia, al principio la mujer era un ser inferior al hombre, con el paso del tiempo esto fue cambiando, creándose el principio de igualdad entre los cónyuges; de esta forma se suprimieron aquéllas relaciones autoritarias entre el marido y la mujer, para pasar a lo que actualmente conocemos como la equiparación de sexos, liberación de la mujer, etc.; y con ello la familia ha ido evolucionando, trayendo más participación de los integrantes de la misma.

¹ Güitron Fuentevilla, Julian, *Derecho Familiar*, 2ª ed., Chiapas, Universidad Autónoma de Chiapas, 1988, p. 39.

² Goyena Copello, Hector Roberto et al., *Familia, Tecnología y Derecho*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 19.

“Los historiadores del derecho romano, habiendo observado que ni el nacimiento ni el afecto eran el fundamento de la familia, creyeron que este fundamento debía hallarse en la autoridad paterna o marital.”³

Por lo que respecta a la familia en los pueblos orientales, como en la India, Egipto, Persia, Grecia, China, Roma, etc. claramente aportan a la historia las particularidades de cada cultura en el seno familiar, lo cual se detallará más adelante.

Por ejemplo, en Roma, existían dos clases de familia, la formada por grupos de personas ligadas por parentesco sujetas a la potestad del padre (*familia propria iure*) y la familia agnaticia que era la más extensa y que reunía a quienes reconocían la potestad a un solo *pater familias* (*familia común iure*), creando varias estirpes.⁴

Tal y como se desprende del párrafo anterior, la figura del *pater familias* (independientemente del nombre con que sea designado en las diferentes regiones del mundo, pero siempre refiriéndose a la misma figura), fue en sus orígenes el aspecto más caracterizante del grupo, ello en virtud de sus grandes facultades, observándose claramente una organización de tipo patriarcal.⁵

La concepción cristiana de la familia ha jugado a lo largo de la historia un papel muy importante, reemplazando la autoridad paterna por el carácter sacramental del matrimonio y de la vida conyugal, teniendo sus inicios en la legislación romana durante el imperio de Constantino.⁶

³ Fustel de Coulanges, *La Ciudad Antigua*, Madrid, Biblioteca EDAF, 1982, p. 54.

⁴ BARROW, Reginald Haynes, *Los Romanos*, 25ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 27.

⁵ Ruíz Ocampo, Humberto y Gallo T., Miguel Ángel, *El Ser Social*, México, ediciones Quinto Sol, 1995, p. 39.

⁶ Fustel de Coulanges, op. cit., p. 55.

En todas las etapas de la evolución histórica de la familia y del derecho familiar ha tenido gran influencia el cristianismo. La familia es una institución que se encuentra en constante cambio, acompañando siempre las transformaciones de la sociedad global y ajustándose a la forma de vida de la humanidad y de los individuos que la conforman.⁷

1.1.1 La “gens” Iroquesa y griega

Güitron Fuentevilla señala, que Lewis Henry Morgan⁸ empleaba la palabra latina “gens”, para el grupo de consanguíneos, procediendo dicha palabra griega del mismo significado de la “raíz aria común *gan* que significa engendrar. Otros sentidos de *gens* son: genos en griego, djanos en sánscrito, Kuni en inglés y Kûne en medio alto alemán, y también quiere decir engendrar, parentesco y descendencia”.⁹

En Roma y Grecia, “gens” se utilizó para nombrar al grupo familiar descendiente de un mismo tronco, es decir, el padre de la tribu, y el núcleo de ella ligado por instrucciones de tipo religioso.¹⁰

Asimismo, Güitron Fuentevilla afirma que Federico Engels, apoyado en los descubrimientos hechos por Morgan, señala que la “gens” son grupos familiares cuyo origen es de América, toda vez que las tribus de indios son las primeras en aplicar este tipo de organización, con una diferencia, la cual consiste en que los indios americanos nombraban a un grupo de personas en parentesco con el nombre de algún animal.

“Federico Engels trata de explicar el funcionamiento de una “gens” o grupo consanguíneo primitivo, tomando como género la de los Iroqueses y en forma específica la tribu de los Senekas. En este grupo se incluía únicamente a los

⁷ Ruíz Ocampo, Humberto y Gallo T., Miguel Ángel, op. cit., p. 40.

⁸ Abogado, antropólogo, etnólogo y escritor estadounidense. Considerado uno de los fundadores de la antropología moderna. Nació en Rochester el 21 de noviembre de 1818 y murió el 17 de diciembre de 1881.

⁹ Güitron Fuentevilla, Julian, *Derecho Familiar*, Op. Cit., p. 39.

¹⁰ *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Buenos Aires, Driskill, 1990, t. XI (esta-fami), p. 979.

miembros derivados de la filiación femenina, es decir, los hijos nacidos de un matrimonio se incluían en el grupo, con la diferencia de que los hermanos no podían contraer nupcias con sus hermanas, sino debían realizarlo con mujeres extrañas, con mujeres de otra “*gens*”, y los hijos procreados con esas mujeres quedaban fuera de la “*gens*” del marido, de acuerdo a la filiación materna”.¹¹

Tal y como quedo apuntado líneas arriba, en la “*gens*” iroquesa la filiación se hacía por vía materna, lo que demuestra una vez más que en los orígenes de la familia la figura de la mujer era prioridad, aunque posteriormente fue la figura paterna lo que determinó la filiación dejando a la mujer por debajo del hombre, como se mencionará más adelante en el presente trabajo de investigación.¹²

Güitron Fuentevilla señala, que Engels pone de relieve el ejemplo de la tribu Seneka integrada con ocho “*gens*”, cada una con el nombre de un animal, los cuales son los siguientes: 1ª lobo; 2ª oso; 3ª tortuga; 4ª castor; 5ª ciervo; 6ª becada; 7ª garza y 8ª halcón.¹³

Entre las costumbres esenciales, Güitron Fuentevilla cita e Engels mencionando las siguientes:¹⁴

- Era primordial elegir el *Saquem* (director en tiempo de paz) y al jefe comandante en la guerra, resaltando que el *Saquem* no tenía poder coercitivo y era ilimitado.
- Ningún miembro tenía derecho a casarse dentro de la “*gens*”.
- Las propiedades de los muertos pasaban a los demás gentiles o integrantes del grupo.
- El esposo y la esposa no podían mutuamente heredarse, mucho menos los hijos del padre, aclarando que los hijos de la madre sí podían.

¹¹ Güitron Fuentevilla, Julian, *Derecho Familiar*, op. cit., p. 47.

¹² Fustel de Coulanges, op. cit., p. 105.

¹³ Güitron Fuentevilla, Julian, *Derecho Familiar*, Op. Cit. Pág. 48.

¹⁴ Idem

- Los gentiles se ayudaban y protegían entre sí; por ejemplo, si alguien cometía algún acto en contra de cualquier integrante de la “gens”, se consideraba realizado en contra de todos los integrantes de la “gens”, es decir, la ofensa cometida contra algún integrante de una “gens” se consideraba cometida contra todos los integrantes de la “gens”.
- Cada “gens” tenía su nombre y cada miembro de la “gens” era identificado por el nombre de su “gens”.
- La “gens” Iroquesa tenía solemnidades religiosas llevadas a cabo por los *Saquem* y el Jefe comandante de la guerra.
- Cada “gens” tenía su cementerio para todos los integrantes de la misma.
- En cuanto a su organización política, cada “gens” estaba integrada por un consejo formado por la Asamblea Democrática, de todos los gentiles adultos (varones y hembras), teniendo todos el mismo derecho a votar.

En la tribu de los *Senekas*, las “gens” formaban otro tipo de asociación, denominada como la *fratria*, siendo las funciones primordiales de ésta las de carácter social y en parte religiosas, apostaban a favor de su gente, jugaban a la pelota, etc. Se puede concluir, que cada tribu *Seneka* estaba conformada por un número indeterminado de *fratrias*, a su vez cada *fratria* estaba formada por un número indeterminado de “gens”, siendo estas más de dos.¹⁵

En cuanto a la “gens” griega, es importante destacar, que tenían la misma organización que las tribus americanas (“gens”, *fratria* y tribu), aclarando que no en todas figuraba la misma organización, ya que en algunas faltaba la etapa intermedia (*fratria*); no obstante lo anterior, la “gens” griega estaba más desarrollada que la iroquesa.¹⁶

Respecto a las costumbres y creencias de la “gens” griega, Fustel de Coulanges señala las siguientes:¹⁷

¹⁵ *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XI (esta-fami), op. cit., p. 978.

¹⁶ Güitron Fuentevilla, Julian, *Derecho Familiar*, op. cit., p. 53.

¹⁷ Fustel de Coulanges, op. cit., p. 107.

- Las solemnidades religiosas de la “*gens*” de los griegos y sus pueblos congéneres, eran realizadas por el jefe de la “*gens*”, figurando como sacerdote y designado por la misma.
- Tenían prohibido el matrimonio dentro de la “*gens*”, y únicamente les era permitido cuando se trataba de herederas y huérfanas.
- La filiación era a través del sistema patriarcal.

La organización de estas “*gens*” era de la siguiente manera:¹⁸

- El consejo estaba integrado por los jefes de la “*gens*”, pero cuando eran muchas se optó por designar a las personas más preparadas, lo que posteriormente ocasionó la clase aristocrática.
- El Senado era la clase intelectual.
- El jefe Militar, conocido como *Basiles*, era la clase que conocemos como rey.
- La Asamblea del pueblo era convocada por el mismo para resolver asuntos importantes.

1.1.2 La Familia Nómada

“En los albores de la humanidad, la familia, constituida en un grupo de miembros ligados por la sangre (consanguíneamente), era tipo nómada, como consecuencia de estar siempre buscando el mejor estado de vida, cambiando continuamente de tierras, para encontrar las mejores y las más adelantadas maneras de sobrevivir, y aun cuando iban de un lugar a otro, alternando constantemente de región, lo hacían no en una forma desordenada por familias, tenían sentido de la organización aún en forma arcaica, sin dejar de ser efectiva”.¹⁹

La familia nómada se dedicaba al pastoreo, y las mujeres con el “vellón de sus ovejas elaboraron primero la fibra y luego las telas y mantas que

¹⁸ Barrow, Reginald Haynes, op. cit., p. 29.

¹⁹ Güitron Fuentevilla, Julian. *Derecho Familiar*, op. cit. Pág. 55.

proporcionaron abrigo a toda la familia, y es gracias a su paciente dedicación que prosperó la repostería, la cerámica, la costura, el arte de hacer dulces, etcétera.”²⁰

“La organización de esta familia (y no solamente de algunas, sino de la mayoría de las familias nómadas, venía siendo la misma) estaba constituida por un Jefe que era su representante del Consejo de la Tribu, al cual los demás miembros de la familia le debían obediencia y fidelidad. Los hermanos en este tipo de familia tenían prohibido casarse entre sí”.²¹

De lo anterior, se puede resumir, que la familia nómada en la época en que se desarrolló, tenía una buena organización familiar, lo cual da como resultado que sea efectiva entre sus integrantes, protegiéndose mutuamente.

1.1.3 La Familia en los pueblos orientales

Ahora abordaré a la familia en los distintos pueblos Orientales, entre los más importante esta Egipto, Persia, Israel, Asiria, Babilonia, India y China, los cuales se abordaran de manera breve y detallada.

a) Egipto: El matrimonio se realizaba a una edad prematura por medio de ritos solemnes y por la compra de la mujer, pudiéndose practicar el matrimonio aun entre la misma familia, ello era con la idea de conservar la sangre pura y que los bienes quedaran dentro de la misma familia, lo que ocasionó que las familias fueran muy numerosas y hubiera deformaciones congénitas por tener relaciones sexuales a una edad muy temprana y por hacerlo entre familia.²²

“La organización familiar egipcia fue muy semejante a la de los estados salvajes y bárbaros de la civilización. Hubo algunos adelantos, pero en general

²⁰ *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XI (esta-fami), op. cit., Pág. 978.

²¹ Güitron Fuentevilla, Julian, *Derecho Familiar*, op. cit. Pág. 55.

²² *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XI (esta-fami), op. cit., p. 986.

tuvieron degeneraciones de la raza por casarse entre parientes y por tener relaciones sexuales a edad prematura”.²³

b) Persia: Las relaciones de familia se encontraban reguladas en el libro sagrado conocido como Zend Avesta²⁴.

Al igual que en Egipto, se tenía la idea de aumentar continuamente la población, haciéndose todo lo necesario para proteger el crecimiento, como autorizar la poligamia y con ello el concubinato; por lo que la familia era considerada una sagrada institución; sin embargo, la mujer fue colocada como una situación de completa inferioridad. Por ser el aumento de población una necesidad en esta región, el aborto era considerado como un delito grave, castigándose con la pena de muerte y sin derecho al perdón; en cambio, el adulterio a pesar de ser un delito, podía ser perdonado²⁵

En cuanto al matrimonio, era arreglado entre los padres de los contrayentes.

“Entre las actividades principales de los persas, se encuentran la fabricación de alfombras, tapetes y joyas, en que lograron una gran belleza. Fueron buenos arquitectos, de lo cual nos dan noticia las ruinas que se han encontrado. Su estilo es una imitación de los estilos egipcio, asirio y griego del Asia menor”.²⁶

c) Israel: El matrimonio era obligatorio después de los 20 años, realizándose a través de la compra, debiendo llegar la mujer virgen al matrimonio, sin embargo, aquí ya existía la figura del divorcio, pidiéndose por esterilidad de la mujer y adulterio debidamente comprobado, castigándose a la mujer adúltera con pena de

²³ Güitron Fuentevilla, Julian, *Derecho Familiar*, op. cit., p. 59.

²⁴ El **Avesta** es una colección de textos sagrados de la antigua Persia, pertenecientes a la región zoroastriana y redactadas en avéstico.

²⁵ *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XI (esta-fami), op. cit., p. 984.

²⁶ Brom, Juan, *Esbozo de Historia Universal*, México, Grijalbo, 1997, p. 63.

muerte en forma de lapidación, en cambio, el hombre adúltero era castigado pagando una cantidad de dinero.²⁷

Coulanges señala que el matrimonio era impuesto a los sacerdotes, pues se consideraba que serían más puros teniendo una vida normal.

Respecto a la esterilidad de la mujer, dicho autor señala que era una causa de divorcio y de repudio; asimismo, si la mujer tenía algún defecto físico suficientemente visible era rechazada, autorizándose también el repudio en éste caso.

Asimismo, afirma que la población debía crecer multiplicándose con la finalidad de sobrevivir, y cualquier acto realizado en contra de la natalidad y crecimiento de la población era castigado y considerado como un delito.²⁸

“La autoridad paterna era ilimitada, su detentador era el dueño absoluto de la tierra, y sus hijos debían obedecerle ciegamente para poder participar de los beneficios de la misma.”²⁹

d) Asiria: “Uno de los pueblos dominados por el Imperio Babilónico, el asirio, alcanza su independencia y adquiere cierta importancia política desde 1420 A.C. Establece su capital en la ciudad de Asur, en el norte de Mesopotamia, de la cual toma su nombre.”³⁰

Era un pueblo eminentemente guerrero, buscando en todo momento el aumento de la población, giraba todo alrededor del número de nacimientos, por lo que influía dicha situación sobre sus leyes y normas morales.³¹

²⁷ Güitron Fuentevilla, Julian, *Derecho Familiar*, op. cit., p. 60 y 61.

²⁸ Fustel de Coulanges, op. cit., p. 112.

²⁹ *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XI (esta-fami), op. cit., p. 983.

³⁰ Brom, Juan, op. cit., p. 55.

³¹ Güitron Fuentevilla, Julian. *Derecho Familiar*, op. cit., p. 59 y 60.

Siendo el aborto un delito, era castigado con la pena de muerte, empalándolas. Por su parte, el adulterio era castigado para ambas personas con la pena de muerte, existiendo el perdón por parte del marido ofendido.³²

Las leyes, normas morales y la costumbre siempre daban a la mujer una situación de inferioridad respecto al hombre, se debían cubrir el rostro en público, obedecer tenazmente al marido y ser completamente fiel; en cambio, el marido según fuese su capacidad económica podía tener varias concubinas.³³

Es importante hacer hincapié en este tipo de costumbre y normas morales, toda vez que hoy en día se siguen conservando, incluso en algunos países de oriente la mujer se debe cubrir el rostro en público, subsistiendo la poligamia entre los hombres.

e) Babilonia: El matrimonio se celebraba por medio de ritos, algunas ocasiones practicaban el “matrimonio de ensayo”, el cual sí se encontraba reglamentado; en cambio, los matrimonios formales eran arreglados por los padres de los contrayentes dando una dote, ya sea regalos o dinero. Cabe aclarar que el matrimonio era completamente monogámico, debiendo llegar la mujer no virgen al matrimonio.³⁴

En cuanto al divorcio, este se podía pedir por adulterio debidamente comprobado, por esterilidad, incompatibilidad de caracteres, de humor y por negligencia.³⁵

f) India: Al igual que en los demás pueblos de oriente, el matrimonio se realizaba a través de la compra, por medio del consentimiento o raptó de la mujer;

³² *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XI (esta-fami), op. cit., p. 983.

³³ *Ibídem*

³⁴ Fustel de Coulanges, op. cit., p. 123.

³⁵ *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XI (esta-fami), op. cit., p. 982

además el matrimonio era calificado como un sacramento y el Código MANU admite ocho tipos de matrimonio, siendo legales únicamente los primeros cuatro:³⁶

- 1.- El de Brahma
- 2.- El de los Dioses
- 3.- Cuando el novio recibe un toro y una vaca.
- 4.- El de Pradjapatis (primeros seres del mundo).
- 5.- El de Asuras
- 6.- El de los Gandharvas
- 7.- El de los Raksasas
- 8.- El de los Pizachas

Al principio de la conformación de este pueblo la mujer era muy respetada, gozando de plena libertad familiar; pero estas ideas fueron cambiando con el paso del tiempo, y posteriormente se consideraba a la mujer como un objeto, como una máquina para crear hijos y generar el crecimiento de la población. También existía la poligamia, considerada como un lujo de los que tenían buena capacidad económica. Por su parte, los delitos que eran más castigados eran el aborto y el infanticidio, considerados como delitos imperdonables.³⁷

“Para poder mantener su dominio, los conquistadores establecen un sistema de castas. Cada persona debe permanecer en la ocupación que tiene; se hereda esta posición, sin ninguna posibilidad de ascender a la escala social. Las castas fundamentales son las de los brahmanes o sacerdotes, de los guerreros, de los labradores y artesanos, y de los esclavos. Según el Código de Manú, éstas castas provienen respectivamente de la boca, de las manos, del vientre y de los pies de Brahma, dios de la creación. El sistema de castas, que constituye la forma menos flexible de una sociedad de clase, frenó durante mucho tiempo el progreso

³⁶ Güitron Fuentevilla, Julian, *Derecho Familiar*, op. cit., p. 62

³⁷ *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XI (esta-fami), op. cit., p. 985 y 986.

de la India. La masa de la población vivía en la miseria más espantosa, mientras los pequeños grupos gobernantes disfrutaban un lujo inaudito”.³⁸

g) China: El matrimonio también era un arreglo entre los padres de los contrayentes, siendo éstos los que elegían a la pareja de sus respectivos hijos, los cuales la mayoría de veces se conocían hasta el día de la celebración del matrimonio; estableciéndose entre los contrayentes grandes lazos de respeto y cariño. La familia, tiene un carácter completamente patriarcal, autorizándose la poligamia, pero ésta, al igual que en otros pueblos, solo la practicaban los que tenían mayor capacidad económica.³⁹

1.1.4 La Familia en la Edad Media

“En la edad media la familia fue un organismo económico que tenía como fin principal bastarse a sí mismo. Sembraban y cosechaban sus propios alimentos, hilaban sus telas en el desarrollo de las industrias domésticas”.⁴⁰

José Luis Romero señala, que los artesanos y agricultores vivían de manera tranquila, naturalmente los hijos continuaban la carrera u oficio de sus padres, existiendo gran cantidad de generaciones dedicadas a la artesanía, incluso los padres heredaban la maquinaria o instrumentos de trabajo necesarios para elaborar el arte u oficio a que se dedicaban, así como los conocimientos y técnicas especiales que empleaban, a sus respectivos hijos, transmitiéndose el conocimiento de generación en generación, aclarando que dicha transmisión nunca fue un problema en materia de sucesión en aquella época.

De igual manera, señala que la propiedad no era considerada de manera individual para cada persona, sino que era una cuestión meramente familiar; por ejemplo, en el mayorazgo, la familia era la propietaria de la tierra y su explotación

³⁸ Brom, Juan, op. cit., p. 52.

³⁹ Gúitron Fuentevilla, Julian, *Derecho Familiar*, op. cit., p. 62.

⁴⁰ Idem.

debía hacerse de manera colectiva por todos los miembros de la misma, prohibiéndose al heredero en todo momento la enajenación de la tierra.⁴¹

Como se desprende del párrafo anterior, en éste período el interés colectivo prevalece sobre el individual, debiendo este último sacrificarse y proteger el núcleo familiar.

Por su parte, Julio Valdeón manifiesta que el tipo de organización que se tenía en ese entonces fue cambiando con el paso del tiempo, por ser insuficiente, porque generó el aumento de la riqueza en unas cuantas manos y por la necesidad de un cambio comercial, surgiendo así los comerciantes y mercaderes, organizaciones de comerciantes, entre otros.

De igual manera, señala que el Cristianismo influyó para que el *Pater Familias* fuese considerado un guía espiritual y protector de la familia, nótese que desde ese entonces el ejercer la patria potestad no solo trae derechos, sino también obligaciones.⁴²

Se dio a la mujer un papel más importante, dotándola de dignidad y despojándola del esclavismo u objeto en que se encontraba en épocas pasadas, colocándola en un lugar importante dentro del seno familiar, por ello es que el matrimonio era indisoluble.⁴³

1.1.5 La Familia en el Código de Napoleón

“El producto de la Revolución Francesa, entre otros, fue el Código Civil. Este fue un convenio entre el derecho antiguo y el revolucionario con el

⁴¹ Romero, José Luis, *La Edad Media*, 21^a ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 13 y 15.

⁴² Valdeón, Julio, *La Baja Edad Media*, México, Red Editorial Iberoamericana (REI), 1992, p. 49.

⁴³ Güttron Fuentevilla, Julian, *Derecho Familiar*, op. cit., p. 64.

consuetudinario, el escrito, el romano y el canónico. Es en la institución familia donde esa transacción está más señalada”.⁴⁴

Marcos M. Córdoba señala, que la Revolución Francesa trajo nuevas ideas, asignándole restricciones a la competencia religiosa, ajustándola a cuestiones patrimoniales meramente del matrimonio; sin embargo, este nuevo tipo de ideología rodaba en el contorno de una nueva valoración del aspecto económico, de un interés por la naturaleza, por el estudio, por una mayor libertad e independencia en el trabajo y el comercio, una enérgica crítica y tolerancia religiosa.

Dicho autor afirma que el Código de Napoleón es el resultado de las nuevas ideas que trajo consigo la Revolución Francesa, que se resume en ideas de libertad, independencia, autonomía, estudio, etc.

Al contrario de la Edad Media, en ésta época los hijos ya no están obligados a aprender el oficio, arte o profesión de sus padres; la manufactura y la artesanía individual es reemplazada por una elaboración masiva, lo que originó grandes cambios en la familia y sus integrantes, transformando dicha Revolución Francesa a la familia y al matrimonio, la familia pierde lo que la caracterizaba como un núcleo de organización de la producción, y en el ámbito económico disminuye su papel pasando a una organización de consumo.⁴⁵

La autoridad en el ámbito familiar siguió basándose en el hombre, quien cumplía el rol de proveedor del hogar, único sostén de la familia y con la función de tutelar a esposa e hijos. La mujer, por su lado, desempeñaba las tareas domésticas, de organización del hogar y de crianza de los hijos. Había un solo jefe de familia y sobre él recaía la responsabilidad de administrar los bienes del

⁴⁴ Ibidem, p. 65.

⁴⁵ Córdoba Marcos M. et al., *Derecho de Familia (Parte General)*, Buenos Aires, Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2005, p. 18 y 19.

matrimonio y de los hijos, el ejercicio exclusivo de la patria potestad, y la decisión final en las cuestiones familiares.⁴⁶

La patria potestad se ejerció sin ningún control, terminando con la mayoría de edad, el matrimonio o la emancipación.⁴⁷

Existía la disolución del vínculo matrimonial a través del divorcio; asimismo, se estableció una autoridad marital casi absoluta, afirmando la incapacidad de la mujer respecto al manejo de sus bienes.⁴⁸

Se dice que es a Napoleón Bonaparte a quien se le debe la amplia reglamentación en materia familiar, retomando del derecho canónico las obligaciones de ambos cónyuges, como son la ayuda mutua, fidelidad, protección, etc.⁴⁹

Sin embargo, el Dr. Julián Güitron Fuentevilla, afirma todo lo contrario, al apuntar “En fin, para nuestro punto de vista el Código Napoleón fue un gran atraso en la legislación familiar en México y propició un estancamiento prolongado hasta Don Venustiano Carranza, el cual con carácter humano y visión socialista, promulgó en 1917 la Ley sobre Relaciones Familiares...”⁵⁰

1.1.6 La familia en nuestros días

“La familia, como célula original de desarrollo humano es al propio tiempo eslabón cultural en el desenvolvimiento de los individuos que la integran y eslabón político en la conformación de los estados. Este doble juego que genera una cadena de transmisión, que por un lado crea un cuerpo social y por otro permite el traspaso cultural de su contenido a través de los siglos, se asienta en definitiva en

⁴⁶ Ibidem, p. 20.

⁴⁷ Güitron Fuentevilla, Julian. *Derecho Familiar*, op. cit., p. 66.

⁴⁸ Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XI (esta-fami), op. cit., p. 987.

⁴⁹ Ibidem, p. 988.

⁵⁰ Güitron Fuentevilla, Julian, *Derecho Familiar*, op. cit., p. 66-67.

las características de individualidad que poseen sus miembros, que por un lado son diferentes entre sí y por otro similares, socialmente hablando.”⁵¹

En el ámbito social se producen grandes movimientos: por la paz, por la solidaridad, en contra del racismo, por la igualdad de sexos. El mundo se interconecta y las transformaciones se expanden por efecto de las comunicaciones, lo que provoca un mayor conocimiento de estructuras ajenas a cada formación social.⁵²

La mujer consigue espacios laborales y de poder, encajando en la vida laboral y haciendo trabajos que anteriormente solo realizaban los hombres; sin embargo, hay un quiebre en las funciones de la familia que preponderaban en el pasado, dejando a un lado la supremacía del esposo en la legislación, compartiendo ambos géneros igualdad de derechos y obligaciones.

Todos los integrantes de la familia participan en las decisiones, organización y funcionamiento de la misma; la autoridad del padre cambia, y ahora solo se ejerce con el fin de proteger y formar integralmente a los hijos menores de edad, tomando en consideración el respeto y la dignidad de la mujer y los hijos.

Surge el divorcio, con la finalidad de solucionar aquéllos problemas conyugales irreversibles, existiendo diversas causales del mismo, las cuales más adelante abordaré en el capítulo correspondiente, aclarando, que como bien es sabido, recientemente nuestra legislación civil fue reformada, lo cual también más adelante se detallará.

“La conformación actual del grupo familiar evidencia, como notas más caracterizantes, el reducido número de integrantes, la falta de cohesión y estabilidad, la delegación de funciones y dependencia de la intervención de

⁵¹ Goyena Copello, Hector Roberto et al., op. cit., p. 15.

⁵² Córdoba Marcos M. et al., op. cit., p. 20.

organismos estatales, la presencia de factores que determinan el fenómeno de la violencia familiar y una deficiente comprensión de los roles que a sus componentes les corresponde cumplir, consecuencia de la inapropiada trascendencia que se le otorga socialmente a la familia. Inmersa en una estructura social signada por la crisis general de sus elementos concurrentes, la familia padece esta situación agravada por la inexistencia o la insuficiencia de políticas que decididamente sostengan al grupo primario y aparezcan comprometidas con su resguardo”.⁵³

Como se ha venido diciendo, actualmente la familia se encuentra en crisis, siendo muchas las razones que han contribuido para que la misma este en declive, una de ellas es la educación de los hijos, la cual ha disminuido deplorablemente, perdiendo fuerza el acercamiento entre los miembros del núcleo familiar; asimismo, la separación de los cónyuges muchas veces trae como resultado que los hijos se alejen del seno familiar y que la familia se parte en dos, rompiéndose el vínculo familiar por diversas cuestiones de carácter económico, psicológico, incompatibilidad de caracteres, adulterio, etc.

Como señala el Dr. Julian Güitron Fuentevilla: “contra estos factores de disolución, debemos dar la voz de alerta para evitar la desaparición presente y futura de la familia.”⁵⁴

Marcos M. Córdoba cita a Díez Picazo, diciendo que éste último opina que la familia pierde el rol en el orden social y político, adquiriendo “un sentido puramente funcional: servir de cauce para la realización de fines individuales de sus miembros.”⁵⁵

⁵³ Mendez Costa, María Josefa y D' Antonio, Daniel Hugo, *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Rubinzal-Cuztoni, 2001, t. I, p. 16.

⁵⁴ Güitron Fuentevilla, Julian, *Derecho Familiar*, op. cit., p. 67 y 68.

⁵⁵ Córdoba Marcos, M. et al., op. cit., p. 21.

Hoy por hoy, las normas básicas que nuestra Constitución dedica a la familia, principalmente son los artículos 4, 16, 18, 27 y 123⁵⁶.

“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...

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

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.”

De la lectura de dicho artículo, se desprende claramente que nuestra Carta Magna implanta la igualdad del hombre y la mujer, protegiendo en todo momento la organización y desarrollo de la familia.

“Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...”

En este Artículo nuestra Constitución nos menciona, entre otras, la inviolabilidad de la familia a fin de que no sea molestada, sin que previamente exista algún mandamiento escrito por autoridad competente.

“Artículo 18... En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la

⁵⁶ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 2009*, México, ediciones Fiscales Isef, 2009.

reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades.”

En este precepto, también se desprende, que las medidas impuestas por las autoridades competentes son con el objeto de reintegrar a la sociedad y a la familia a aquél individuo que cometa algún delito; por lo que se concluye, que el legislador también previó la necesidad de la readaptación del sujeto a su familia, a fin de conservar y proteger no solo a la sociedad sino también al núcleo familiar.

“Artículo 27. La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se regirá por las siguientes prescripciones:....fracción XVII....Las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo ni a gravamen ninguno...”

Una vez más el legislador prevé la protección y conservación de la familia y con ello del patrimonio familiar, determinando que este último no estará sujeto a algún gravamen, siendo inalienable e inembargable.

“Artículo 123.... fracción VI... Los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos. Los salarios mínimos profesionales se fijarán considerando, además, las condiciones de las distintas actividades económicas...”

Fracción XXIV. De las deudas contraídas por los trabajadores a favor de sus patronos, de sus asociados, familiares o dependientes, sólo será responsable el mismo trabajador, y en ningún caso y por ningún motivo se podrá exigir a los miembros de su familia, ni serán exigibles dichas deudas por la cantidad excedente del sueldo del trabajador en un mes.

Fracción XXVIII. Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos, y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios.”

En este último artículo, nuestro legislador prevé la necesidad de que los salarios sean suficientes para que el “jefe de familia” pueda satisfacer las necesidades elementales de la misma; asimismo, regula que las deudas contraídas por los trabajadores a favor de sus patrones única y exclusivamente deben ser cubiertas por los trabajadores, prohibiendo exigirse a los integrantes de la familia dichas deudas.

La Constitución dedica otra parte a la familia, subrayando una vez más, que el patrimonio familiar es inalienable, inembargable y no puede ser sujeto a algún gravamen real ni embargo; protegiendo a la familia en el aspecto económico.

Tal y como lo menciona Francisco Lledó, “serán los poderes públicos quienes aseguren la protección social, económica y jurídica de la familia y la de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación... Y entre esos grupos se encuentra la familia con rasgos tan peculiares que harán que los poderes públicos actúen tan incisivamente como sea preciso, para asegurar que la familia sea un espacio de libertad del individuo, garantizando su protección social, económica y jurídica”.⁵⁷

De acuerdo con la presente investigación realizada a la familia, en relación a su origen y evolución, hay que destacar su gran importancia no solo desde el aspecto sociológico, sino jurídico, por haber aportado los elementos necesarios para proteger y conservarla, por lo que el primer fundamento de esta tesis es la gran importancia que se le debe dar a la familia, produciendo e implementando todos los mecanismos necesarios para su conservación y protección.

Independientemente de la reglamentación y legislación implementada para conservar y proteger a la familia; en definitiva, se trata de una figura que se encuentra en constante cambio, y por ello es necesario seguir reformando

⁵⁷ Lledó Yagüe, Francisco, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 25-26.

nuestras leyes, por ser dicha institución objeto de un cambio motivado por una crisis en sus cimientos; por lo cual, es importante colocarla como pilar de toda organización social y estatal, pudiendo lograrlo de muchas formas, y una de ellas es reformando los artículos que se proponen en la presente investigación.

“Debemos considerar que la familia moderna reclama una reglamentación presente y futura, de modo que el aspecto humanista de que carece en la legislación, se le otorgue a través de verla como el asiento principal de la actual organización estatal.”⁵⁸

“Todo hace pensar que la transformación de la familia no ha completado aún su ciclo, que está en curso, y que, lejos de significar su desintegración o ser un hecho negativo, su desenvolvimiento ha sido afortunado, a favor de un ambiente más respetuoso, más pluralista, más igualitario y más amable.”⁵⁹

1.2 Concepto de Familia y Derecho Familiar

Al pensar en los distintos significados que conlleva la palabra familia, y dado que uno de los objetivos principales del presente trabajo de investigación es precisar todo lo referente a la misma, por ello es de vital importancia dirigirla atendiendo a diversos aspectos y criterios completamente diferentes.

A lo largo de la historia, establecer conceptualmente lo que realmente implica la palabra familia ha requerido enormes esfuerzos y ha tenido varias vertientes, obstaculizando en todo momento su definición acabada.

En cuanto a la etimología de la palabra familia existen diversas opiniones; las que predominan son las siguientes:

⁵⁸ Güitron Fuentevilla, Julian, *Derecho Familiar*, op. cit., p. 68.

⁵⁹ Goyena Copello, Hector Roberto et al., op. cit., p. 13.

- “Familia proviene de la voz latina *famulia*, la cual deriva de *famulus*, en referencia al famulado, es decir, a la agrupación de personas o servidumbre que habita con el señor de la casa, con una relación de derechos y deberes ordenados en función de servicios mutuos”.⁶⁰
- “*Famulus* deriva del osco *famel*, que significa siervo, y del sánscrito *vama*, que refiere a hogar o habitación”.⁶¹
- *Famulus* significa sirviente o esclavo⁶²
- “Familia deriva de *Fame* (hambre), como directa referencia al ámbito donde se satisface tal primaria necesidad humana.”⁶³

El Diccionario Anaya de la Lengua define a la familia de diversas formas, las cuales son las siguientes:⁶⁴

- “Grupo de personas que tienen lazos de parentesco y viven juntas”.
- “Conjunto de ascendientes, descendientes y demás personas relacionadas entre sí por parentesco de sangre o legal”.

Humberto Ruíz O. define a la familia, señalando que “es el grupo de dos o más individuos unidos por el vínculo colectivo e indivisible del matrimonio.”⁶⁵

El concepto de familia en el derecho argentino también ha tenido diversas acepciones; tal y como lo señala Méndez Costa, quien a su vez cita a Belluscio, el cual considera que no es posible dar un concepto exacto de familia, en razón de que dicha palabra puede tener distintas significaciones, como son, en sentido amplio (familia como parentesco), se refiere a todas aquéllas personas unidas por un vínculo jurídico; y en sentido restringido (familia unida por el vínculo conyugal) se refiere a la agrupación integrada por la madre, el padre y los hijos que viven en

⁶⁰ Méndez Costa, María Josefa y D' Antonio, Daniel Hugo, op. cit., p. 13.

⁶¹ Idem

⁶² Córdoba Marcos, M. et al., op. cit., p. 2.

⁶³ Méndez Costa, María Josefa y D' Antonio, Daniel Hugo, op. cit., p. 13.

⁶⁴ *Diccionario Anaya de la Lengua*, Madrid, Spes S.L., 2002, p. 478.

⁶⁵ Ruíz Ocampo, Humberto y Gallo T. Miguel Ángel, op. cit., p. 39.

un mismo lugar, o bien, están bajo su potestad, en este caso, tiene más importancia el aspecto social que el jurídico.⁶⁶

Belluscio, después de argumentar las diversas acepciones que tiene el término familia, afirma que en sentido intermedio, “es el grupo social integrado por las gentes que viven en una casa bajo la autoridad del señor de ella”.⁶⁷

En opinión de Díaz de Guijarro, la familia “es una institución social, permanente y natural compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación.”⁶⁸

El Dr. Julián Güitron Fuentevilla considera a la familia como “núcleo natural jurídico o económico”.⁶⁹

Por su parte, Mendez Costa nos menciona que hay dos tipos de familia, la familia institución y la familia parentesco; al respecto, define a la primera de ellas como “la institución natural integrada por el padre, la madre y los hijos no emancipados por matrimonio que conviven en el hogar común bajo la autoridad de los padres; y a la familia-parentesco como el conjunto de personas unidas por un vínculo de parentesco legítimo, sin convivencia ni sujeción a autoridad familiar”.⁷⁰

Francisco Lledó, para conceptualizar a la familia también la divide en dos, en “sentido amplio (la familia troncal) y en sentido estricto o restringido (la familia nuclear), la primera de éstas se encuentra integrada no sólo por los cónyuges y los hijos sino también por las personas con otro vínculo de parentesco; en sentido más estricto o restringido (la familia nuclear) está integrada sólo por los cónyuges y los hijos, y, en el caso de las uniones de hecho por el padre, la madre y los hijos,

⁶⁶ Mendez Costa, María Josefa y D' Antonio, Daniel Hugo, Op. Cit., Pág. 19 y 20.

⁶⁷ Ídem, p. 20.

⁶⁸ Díaz De Guijarro, Enrique, *Tratado de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Tip Editor Argentina, 1953, p. 115.

⁶⁹ Güitron Fuentevilla, Julian, *Derecho Familiar*, op. cit., p. 67.

⁷⁰ Mendez Costa, María Josefa y D' Antonio, Daniel Hugo, op. cit., p. 23.

produciéndose de esta forma un “estrechamiento” en las relaciones familiares que han hecho que la familia se convierta en el más representativo de los grupos íntimos”.⁷¹

En cambio, Marcos M. Córdoba conceptualiza a ésta como el “grupo de personas conformado, en la medida en que la ley le adjudica efectos al vínculo familiar dependiente del parentesco y del matrimonio, con el propósito de la satisfacción de los objetivos comunes, de esencia afectiva, y el cumplimiento de deberes de naturaleza solidaria”.⁷²

En forma más simple Enneccerus Ludwig define a la familia como “el conjunto de personas ligadas por el matrimonio o por el parentesco”.⁷³

Del análisis de los conceptos mencionados con anterioridad, así como de un minucioso estudio a nuestro Código Civil; en opinión de la suscrita, en el ámbito jurídico, la familia debe ser conceptualizada como el grupo de personas unidas por algún vínculo de parentesco, ya sea por consanguinidad, afinidad o civil.

En cuanto al concepto de Derecho Familiar; también existen diversas corrientes y con ello diversas acepciones, las cuales se detallaran a continuación.

Díaz de Guijarro define al Derecho Familiar como “el conjunto de normas que, dentro del Código Civil y de las leyes complementarias, regulan el estado de familia, tanto de origen matrimonial como extramatrimonial, los actos de emplazamiento en ese estado y sus efectos personales y patrimoniales.”⁷⁴

⁷¹ Lledó Yagüe, Francisco, op. cit., p. 26.

⁷² Córdoba Marcos, M., (et. al.) Op. Cit., Pág. 6.

⁷³ Enneccerus Ludwig et al., *Tratado de Derecho Civil (Derecho de Familia I)*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, Casa Editorial S. A., 1953, t. IV, p. 2.

⁷⁴ Díaz De Guijarro, Enrique, op. cit., p. 118.

Méndez Costa lo conceptualiza como “la parcela del Derecho Privado que regula los elementos e instituciones familiares y sus asimilados; asimismo, pone de relieve que esta rama del derecho tiene como principal objeto de su estudio las constelaciones normativas que tipifican elementos e instituciones donde se desarrollan las relaciones personales de índole familiar. Éstas, por consiguiente, adquieren una significación derivada de aquellos elementos e instituciones, lo cual concuerda con los caracteres que evidencia el derecho de familia”.⁷⁵

Es importante aclarar, que existen diversas acepciones del Derecho Familiar, toda vez que muchos autores divergen respecto a la naturaleza jurídica, que si pertenece al derecho público, privado o social, por ello es que algunos se inclinan a diversas definiciones según sea la postura que tomen en cuanto a la naturaleza jurídica de dicha rama del derecho; sin embargo, los doctrinarios en derecho deben dejar a un lado su criterio, tomando en cuenta que el conceptualizar el derecho familiar es únicamente con efectos pragmáticos y didácticos.

Francisco Lledó conceptualiza al Derecho Familiar como “el conjunto de normas jurídicas, que vienen a regular las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unidad familiar, entre sí y respecto a los terceros”.⁷⁶

Del mismo modo, el autor en cita menciona, que el “derecho de familia comprende la regulación del matrimonio, es decir, su celebración, los efectos personales y patrimoniales y las situaciones de crisis, como la nulidad, la separación y el divorcio; la regulación de la filiación, esto es, la filiación matrimonial, la no matrimonial y la adoptiva, así como la determinación y los efectos de la patria potestad, y la regulación de la tutela, comprendiéndose en ella

⁷⁵ Méndez Costa, María Josefa y D' Antonio, Daniel Hugo, op. cit., p. 39.

⁷⁶ Lledó Yagüe, Francisco, op. cit., p. 21.

todo lo relativo a la guarda y protección de los menores o incapacitados no sometidos a la patria potestad”.⁷⁷

El Derecho Familiar es más extenso de todo lo que menciona Francisco Lledó, comprende no solo el matrimonio, divorcio, filiación, adopción, concubinato, violencia familiar, sino también los efectos jurídicos que producen cada uno de ellos; como son, los alimentos, las sucesiones, el reconocimiento de hijos, la emancipación, controversias en materia familiar, etc.

Regresando a la conceptualización del Derecho Familiar, Goyena Copelló lo define como “el conjunto de normas que regulan las relaciones de los hombres entre sí, cuando las mismas provienen ya sea del matrimonio como de la concepción y se proyectan en los diferentes planos”.⁷⁸

Marcos M. Córdoba en el libro “Derecho de Familia”, define a éste en sentido amplio como “aquella parte del derecho privado que regula las relaciones familiares. Estas derivan del matrimonio, de la filiación por naturaleza y por adopción y del parentesco por afinidad. Es el derecho que tutela el interés familiar y el interés de la persona como parte de esa comunidad familiar.”⁷⁹

Según Marcos M. Córdoba, quien a su vez cita a Belluscio, definiendo éste último al derecho de familia como “el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares”.⁸⁰

En mi opinión, el Derecho Familiar debe ser conceptualizado como la rama del Derecho que se encarga de estudiar el conjunto de normas jurídicas destinadas a proteger y regular a los individuos unidos por algún vínculo de parentesco, ya sea por consanguinidad, afinidad o civil.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ Goyena Copello, Hector Roberto et al., op. cit., p. 17.

⁷⁹ Córdoba Marcos, M. et al., op. cit., p. 46.

⁸⁰ Idem.

1.3 Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar

La naturaleza jurídica se refiere a la esencia, a lo más importante y característico que le corresponde, en este caso al Derecho Familiar, de acuerdo a la clasificación efectuada por un determinado ordenamiento legal.

Analizar la naturaleza jurídica del derecho familiar implica fragmentar su esencia, sin embargo, existe la misma diversidad de inconvenientes observada en el intento de definir el Derecho Familiar.

Antes de entrar al estudio sobre la naturaleza jurídica del derecho familiar, es de cabal importancia definir qué es el derecho público y privado; y a partir de ello poder visualizar la diferencia entre cada uno.

Marcos M. Cordoba define al derecho público y privado como:⁸¹

“Derecho Público: Es el conjunto de normas que regulan la organización y actividad del Estado y demás entes públicos y sus relaciones, en cuanto tales, entre sí o con los particulares.

Derecho privado: Es el conjunto de normas que regulan lo relativo a los particulares y a las relaciones de estos entre sí, o en las que, aunque intervengan entes públicos, lo hagan con el carácter de particulares.”

Respecto a la naturaleza jurídica del derecho familiar, existen diversas teorías, de las cuales mencionaré las que a mi juicio son las más importantes, haciendo una breve explicación:

1) Teoría de Antonio Cicú:

Güitrón Fuentevilla señala, que “Cicú rechaza de cierta manera que el derecho familiar sea social, cuando afirma que el derecho social no toma en

⁸¹ Idem.

cuenta la diversidad de la estructura de las relaciones respectivas que es esencial para la distinción entre derecho individual y derecho social,... o sea que para Cicú, el derecho familiar, además de no ser parte del privado ni del público, tampoco lo es del social, sosteniendo que el derecho público está ubicado sobre el interés de los particulares individual y colectivamente considerados, y fundamenta su criterio, diciendo que el individuo, ha perdido frente del derecho público su autonomía”.⁸²

Acepta Cicú colocar el derecho de familia junto al derecho público, no como una rama del derecho privado, pues la característica de ésta radica en la actuación del Estado como extraño en las relaciones particulares, reconociendo al individuo libertad para crear sus relaciones jurídicas y realizar sus propios fines. En cambio, en el derecho publico lo mismo que en el derecho de familia, el estado interviene en todas las relaciones jurídicas originadas entre los distintos sujetos interesados y además procura realizar directamente los fines superiores, bien sea de la comunidad política o del grupo familiar.⁸³

2) Teoría de Roberto de Ruggiero:

La naturaleza jurídica del derecho de familia, según Ruggiero, y siguiendo fielmente a Cicú, es sostener que aquél no forma parte del derecho público ni del privado, sino que es una rama autónoma, es decir un tercer grupo. Ruggiero fundamenta su tesis en el interés. Así expresa: “mientras en las demás ramas del derecho privado, el ordenamiento lo que mira es el interés del particular a un fin individual de la persona..., en las relaciones familiares, por el contrario, el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el de la familia, porque a las necesidades de esta y no a las del individuo subviene la tutela jurídica. Y a través del interés familiar, exige y recibe protección un interés más alto que es el del Estado, cuya fuerza de desenvolvimiento y vitalidad dependen de la solidez del núcleo familiar. Asimismo, Ruggiero considera que la voluntad de los particulares no significa nada para el derecho familiar, pues el fin perseguido es el de la

⁸² Gúitron Fuentevilla, Julián, *Derecho Familiar*, op. cit., p. 148.

⁸³ *Ibidem*, p. 151.

comunidad social y sólo se puede alcanzar a través del Estado, con una adecuada legislación protectora y reguladora de la familia en sus relaciones internas y externas⁸⁴

3) Aplicación de los criterios de Guillermo Cabanellas:

Este autor también es partidario de la autonomía del derecho familiar, pero al contrario de los autores anteriores, él cree que para considerar una disciplina jurídica autónoma es necesario satisfacer cuatro criterios

- Criterio Legislativo: Como su nombre lo indica, en este caso la rama del derecho debe tener su propia reglamentación, es decir, tener sus propias leyes, códigos, etc., obviamente con sus principios básicos independientes de otra rama.
- Criterio científico: Consiste en la elaboración y producción de sus propios textos literarios, libros, revistas, ensayos, artículos, etc.
- Criterio Didáctico: Se refiere a la enseñanza y práctica del contenido del derecho familiar.
- Criterio Jurisdiccional: La autonomía jurisdiccional se refiere a la existencia de tribunales autónomos para la resolución de controversias familiares.⁸⁵

Igual que los criterios anteriores, para Güitron Fuentevilla, el derecho familiar no forma parte del derecho público ni del privado, sino que es un nuevo género autónomo e independiente de los enunciados.⁸⁶

No obstante lo anterior, la mayor parte de las corrientes consideran al derecho de familia como parte del derecho privado, encuadrándolo a los derechos reales, personales, de familia, y con ello, de las sucesiones.

⁸⁴ Ibidem, p. 159.

⁸⁵ Ibidem, p. 184.

⁸⁶ Ibidem, p. 147.

Marcos M. Córdoba sostiene que “el derecho de familia es un derecho privado en cuanto regula relaciones comunes de los integrantes de ese grupo particular.”⁸⁷

Francisco Lledó señala: “no hay duda de que el derecho de familia es derecho privado porque concierne a un sector importantísimo de nuestra vida en cuanto simples personas y no en cuanto súbditos o miembros de la comunidad nacional (estado).”⁸⁸

Siguiendo el estudio de Francisco Lledó, este nos menciona que aunque el derecho de familia tenga varias peculiaridades con el derecho público, esto no implica que deje de formar parte del derecho privado.

Dicho autor, al final de su estudio, concluye que la diferencia predomina en el principio de la personalidad o principio de comunidad en una u otra rama del Derecho; por lo que si la familia es parte de esa intimidad del individuo; en consecuencia el derecho familiar, dominado por el principio de personalidad se encentra definitivamente dentro del derecho privado.⁸⁹

Al contrario de los criterios mencionados, Goyena Copello considera que “el derecho de familia es el más social de los derechos, ya que por una parte tiene como protagonistas a seres humanos que lo integran desde la concepción y lo proyectan a través de generaciones subsiguientes, y por otra ha servido de base al desarrollo posterior del derecho en sí”.⁹⁰

Tomando en cuenta lo señalado con antelación, considero que la naturaleza jurídica del Derecho Familiar es de interés público, ello en razón de que la familia es el cimiento primario de toda estructura social y estatal, consecuencia de un

⁸⁷ Córdoba Marcos, M. et al., op. cit., p. 49.

⁸⁸ Lledó Yagüe, Francisco, op. cit., p. 23.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ Goyena Copello, Hector Roberto et al., op. cit., p. 16.

conjunto de acciones ejercidas por una sociedad que son resultado de la evaluación y jerarquización de principios supremos y valores sociales sostenidos por la conducta social, costumbres y por la propia ley que lo regula moldeando la vida del ser humano y otorgándole una identidad. Por tanto, sostengo el razonamiento anterior con lo que establecido en el artículo 4º de nuestra Carta Magna, el cual señala que: "...Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia"; asimismo, el artículo 138 ter del Código Civil para el Distrito Federal preceptúa: "Las disposiciones que se refieran a la familia son de *orden público* e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad".

SUMARIO: CAPITULO 2. CONCEPTOS GENERALES

2.1 *Matrimonio.* 2.1.1 *Antecedentes.* 2.1.2 *Concepto.* 2.1.3 *Naturaleza Jurídica.* 2.1.4 *Legislación.* 2.1.4.1 *Requisitos para contraer matrimonio.* 2.1.4.2 *Derechos y Obligaciones que nacen del matrimonio.* 2.1.4.3 *Efectos del matrimonio con relación a los bienes.* 2.1.4.4 *Impedimentos para contraer matrimonio.* 2.1.5 *Matrimonios nulos e ilícitos.* 2.2 *Divorcio.* 2.2.1 *Antecedentes.* 2.2.2 *Concepto.* 2.2.3 *Requisitos.* 2.2.4 *Procedimiento.* 2.3 *Concubinato.* 2.3.1 *Antecedentes.* 2.3.2 *Concepto.* 2.3.3 *Naturaleza Jurídica.* 2.3.4 *Efectos del Concubinato.* 2.4 *Adopción.* 2.4.1 *Antecedentes.* 2.4.2 *Concepto.* 2.4.3 *Naturaleza Jurídica.* 2.4.4 *Requisitos.* 2.4.5 *Tipos de Adopción.* 2.4.6 *Efectos de la adopción.* 2.5 *Filiación.* 2.5.1 *Antecedentes.,* 2.5.2 *Concepto.* 2.5.3 *Formas o clases de Filiación.* 2.5.4 *Efectos.* 2.5.5 *Pruebas de filiación de los hijos.* 2.6 *Violencia Familia.* 2.6.1 *Antecedentes.* 2.6.2 *Concepto.* 2.6.3 *Clases de Violencia Familiar.* 2.6.4 *Efectos Jurídicos.*

CAPITULO 2. CONCEPTOS GENERALES

2.1 Matrimonio

La finalidad del presente apartado es hacer una breve reseña de los antecedentes históricos y jurídicos de la figura del matrimonio; igualmente, haré una serie de consideraciones sobre los distintos tipos de matrimonio a lo largo de la historia hasta llegar a nuestros días, mencionando un poco acerca del matrimonio religioso y matrimonio civil.

Asimismo, abordaré las diversas concepciones que desde tiempos muy remotos, se tienen de la palabra matrimonio, desde el Derecho Romano, Derecho Canónico, en México y con ello en el Código Civil de 1870 y 1884, en la Ley de Relaciones Familiares, entre otras, hasta nuestros días.

El presente capítulo, abarca a grandes rasgos la legislación que regula la institución del matrimonio en México: requisitos para contraer matrimonio, sus efectos, impedimentos para contraerlo, derechos y obligaciones que nacen de dicha figura, matrimonios nulos, entre otros.

Siendo que el objetivo principal de la presente tesis es otro, la institución del matrimonio solo será estudiada y plasmada a modo de síntesis, procurando mencionar sus elementos esenciales.

2.1.1 Antecedentes

En el Derecho Romano:

En tiempos muy antiguos, el matrimonio se caracterizaba como el sometimiento de la mujer a la potestad del esposo, ello gracias a la *Convenio in Manum*, que era el acto por el cual la mujer entraba a la familia del marido, rompiéndose así todo lazo que existiera con su núcleo original.⁹¹

Tal y como lo señala Fustel de Coulanges, el “matrimonio romano constituía para la mujer un segundo nacimiento, y en adelante se convertía en hija del

⁹¹ Mata Pizaña, Felipe De La, *Derecho Familiar: y sus Reformas más recientes a la Legislación del D.F.*, 3ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 95.

marido, *filiaes toco*, decían los jurisconsultos, porque no pudiendo pertenecer a dos familias ni a dos religiones domésticas, la mujer pertenecía por completo a la religión y a la familia del marido.”⁹²

La *Convenio in Manum* podía celebrarse de tres modos:⁹³

1.- La *Confarreatio*: Que era una ceremonia religiosa, conocida por el pronunciamiento de palabras solemnes, llevada a cabo ante testigos y un sacerdote.

2.- La *Coemptio*: Se refiere a la compra ficta de la mujer; y

3.- El *Usus*: Refiriéndose a la usucapión sobre la mujer.

“El matrimonio entre los ciudadanos romanos se llamaba *justae nuptiae*; en cambio, la unión de los esclavos llevaba el nombre de *contuberniu*. En la legislación romana, el matrimonio fue considerado solamente como un contrato civil, no obstante que al celebrarse se llevasen a cabo determinados actos religiosos.”⁹⁴

Las justas nupcias en el derecho romano se perfeccionaban con el consentimiento para su celebración y la entrega de la mujer, realizada en alguna de las formas que el mismo derecho romano señala⁹⁵.

Ayala Salazar señala que la existencia del *afecctio maritalis* era lo que hacía la diferencia entre el matrimonio y el concubinato. Los romanos creían que el *concubinatos* era la orden inferior más duradera, distinto de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas. El concubinato recibió dicho nombre durante el período del emperador Augusto; asimismo, dicho autor, estima que originalmente el matrimonio estaba limitado a los esclavos, por ser considerados pobres sin importancia social; pero con el paso del tiempo, se realizaron medidas

⁹² Fustel de Coulanges, op. cit., p. 59.

⁹³ Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., p. 95.

⁹⁴ Pallares Eduardo, *El Divorcio en México*, 5ª ed., México, Porrúa, 1987, p. 13.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 15.

destinadas a moralizar las condiciones de los esclavos, concediéndoles el derecho al matrimonio; sin embargo, los hijos de los esclavos seguían teniendo la misma consideración que sus padres.⁹⁶

Entre los romanos, el matrimonio era considerado válido cuando reunía los siguientes requisitos:⁹⁷

- Capacidad natural: Se necesitaba ser *puer*, es decir, la mujer debía tener 12 años y el hombre 14, ello con la finalidad de que ambos se encontraran en aptitud física de procrear.
- Capacidad jurídica: debían ser ciudadanos libres.
- Consentimiento de los esposos.
- Consentimiento del *pater familias* si los contrayentes eran *alieni iuris*⁹⁸. En caso de que el *pater familias* fuera prisionero de guerra o estuviera ausente, se podía contraer matrimonio en su ausencia; sin embargo, en el Derecho de Justiniano se exigía que para poder celebrar matrimonio debía haber transcurrido tres años de ausencia.
- Consentimiento de ciertas personas: Un hijo y un nieto, ambos se encontraban bajo la potestad del abuelo, en éste caso el nieto requiere el consentimiento no sólo de su abuelo sino también de su padre, aunque no se encuentre bajo la potestad de su padre; ya que a la muerte de su abuelo, el padre va a tener bajo su potestad no sólo al futuro esposo sino también a los posibles hijos que nazcan de dicho matrimonio.

En el caso de las mujeres *sui iuris*⁹⁹, era necesario el consentimiento del tutor para las menores de 25 años, pero si eran viudas se requería el consentimiento del padre, y a falta de éste el de la madre y sus parientes.

⁹⁶ Ayala Salazar, José Melchor y González Torres, Martha Gabriela, *El Matrimonio y sus Costumbres*, México, Trillas, 2001, p. 44.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Se refiere a todas aquéllas personas que el *pater familias* tenía bajo su dependencia, siendo estas las mujeres *in manus maritalis* y los hombres libres *in mancipio*.

⁹⁹ Son aquéllas personas que no se encuentran sometidas al mando de otros.

Fue hasta el siglo IV cuando empezó la cristianización de las organizaciones jurídicas romanas que culminó, para Oriente, con la compilación Justiniana; siendo así, que desde entonces la Iglesia se encargó de regular el matrimonio hasta la Revolución Francesa.¹⁰⁰

Justiniano legisló ampliamente sobre el matrimonio, surgiendo así las *Novellae*; “pudiéndose constatar con facilidad que el régimen matrimonial que se contiene en el Digesto o en el Código se orienta en la dirección de las ideas constantinianas y en las de sus sucesores, mientras que el de las *Novellae* está animado por un nuevo espíritu que dará una nueva impostación al matrimonio. Las *Novellae* contienen una reordenación completa del matrimonio y una creciente restricción a la libertad del divorcio”.¹⁰¹

En el *Corpus Juris* de Justiniano había una distinción de las personas que celebraban los matrimonios: los celebrados por personas de grandes dignidades; de los que efectuaban los soldados, los labradores y los pobres. En el primer caso, la *Novela 24*, para su validez exigía que se acompañará al matrimonio un contrato dotal; en cuando a los segundos, era obligatorio presentarlos ante el defensor de alguna iglesia y tres o cuatro testigos, con el fin de levantar el acta.¹⁰²

Se consideraban impedimentos absolutos los siguientes:¹⁰³

1. El matrimonio precedente todavía no disuelto.
2. La esclavitud de uno de los cónyuges.

Por otro lado, los impedimentos relativos eran los siguientes:

1. Estaba prohibido el matrimonio entre ascendientes y descendientes en línea recta hasta el infinito y hasta el tercer grado en línea colateral.
2. Prohibido el matrimonio entre el padrino y el ahijado.
3. Prohibición del matrimonio entre los familiares de los cónyuges.

¹⁰⁰ Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., p. 95 y 96.

¹⁰¹ Catalá Rubio, Santiago (coord.), *Evolución del Derecho de Familia en Occidente*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, p. 43-44.

¹⁰² Pallares Eduardo, op. cit., p. 15.

¹⁰³ Ayala Salazar, José Melchor y González Torres, Martha Gabriela, op. cit., p. 46.

4. La adúltera y su cómplice no podían celebrar nupcias, tampoco el raptor y su víctima.

“En la etapa final de vigencia del Derecho Romano, la *Novella 22*, promulgada por el emperador Justiniano en el año 536, declaraba en su capítulo tercero, que el matrimonio romano era una relación humana que se constituía por la voluntad de los esposos en permanecer unidos bajo la idea de marido y mujer.”¹⁰⁴

Derecho Canónico:

Tal y como lo menciona Ayala Salazar; “la situación prevaleciente en el mundo antiguo fue cambiada de manera profunda con el cristianismo, el cual contribuyó en gran medida a dignificar la institución matrimonial. Bastará recordar que fue debido a su obra que se logró el perfeccionamiento del régimen monogámico, combinado con la convivencia mutua y a través del principio de la fidelidad. Bajo su influencia se trataron de evitar los matrimonios de conveniencia acordados por los padres en contra de la voluntad de sus hijos.”¹⁰⁵

En el Código de Derecho Canónico,¹⁰⁶ el matrimonio era consagrado como “la alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole...” (Canon 1055-1)¹⁰⁷

La iglesia católica ha sostenido a lo largo de la historia la indisolubilidad del vínculo conyugal.

Ayala Salazar menciona, que el matrimonio debía celebrarse, siempre y cuando se hubiera recibido el bautismo y la confirmación (o en su caso la licencia

¹⁰⁴ Catalá Rubio, Santiago (coord.), op. cit., p. 73.

¹⁰⁵ Ayala Salazar, José Melchor y González Torres, Martha Gabriela, op. cit., p. 71.

¹⁰⁶ El Código de Derecho Canónico se encargó de legislar al matrimonio según la tradición de la iglesia, la cual, desde tiempos lejanos es esencialmente la misma.

¹⁰⁷ Aspe Armella, Virginia (comp.), *Familia, una Jornada sobre su Naturaleza, Derechos y Responsabilidades*, México, Porrúa, 2006, p. 56.

correspondiente), observándose, de ser el caso, las prescripciones sobre los matrimonios mixtos y las demás disposiciones del Derecho Civil.

Resalta, que entre los impedimentos del matrimonio, se encuentran: el parentesco por consanguinidad en línea recta entre todos los ascendientes y descendientes o en segundo grado colateral; la afinidad en cualquier grado en línea recta; los unidos por parentesco legal procedente de la adopción en línea recta o en segundo grado colateral; la impotencia antecedente y perpetua, cuando la mujer ha sido raptada, cuando existe violencia o miedo grave de uno o ambos cónyuges.¹⁰⁸

Existen los matrimonios mixtos, los cuales son celebrados entre un cónyuge bautizado ante la fe de la Iglesia y otro que no lo está; en cuyo caso, se requiere licencia expresa de autoridad competente.¹⁰⁹

En México:

Por lo que respecta a nuestro país, desde que terminó la Independencia de 1821 hasta antes de 1859, el matrimonio estuvo regulado por el Derecho Canónico, el cual era el derecho impuesto por la corona española desde la época colonial hasta el México independiente. En la década que va de 1836 a 1846 el sistema fue centralista, por lo que al no existir los Estados, no hubo legislación en materia civil en el ámbito local; en cambio, en materia federal, se seguía aplicando la legislación que rigió en la época colonial; fue hasta 1859 cuando el presidente Benito Juárez secularizó a través de la expedición de las Leyes de Reforma, todo lo tendiente al estado civil de las personas, lo que originó que los estados y el Distrito Federal legislaran en materia civil.¹¹⁰

¹⁰⁸ Ayala Salazar, José Melchor y González Torres, Martha Gabriela, op. cit., p. 74 y 75.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 76.

¹¹⁰ Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit. , p. 96 y 97.

En la Ley del Matrimonio Civil y la Ley Orgánica del Registro Civil de julio de 1859, se desconoce el carácter religioso que hasta ese momento había tenido el matrimonio en el Derecho Canónico, el matrimonio pasa a ser un contrato civil.¹¹¹

Un importante rasgo, que importa al estudio de la figura del matrimonio, desde el aspecto jurídico, es lo que menciona Adame Goddard, al manifestar, que “la intervención de la legislación mexicana en materia matrimonial comienza con la expedición de la Ley del Registro Civil, del 27 de enero de 1857, en la cual se establece que las autoridades civiles podrán y deberán registrar ciertos actos considerados del estado civil, a saber (artículo 12): el nacimiento, el matrimonio, la adopción y arrogación, el sacerdocio y la profesión de algún voto religioso, temporal o perpetuo, y finalmente la muerte. En esta Ley, aunque no se prescribe qué es el matrimonio ni la forma de celebrarlo, ya se introduce el principio de que el matrimonio es un acto del estado civil y, por consiguiente, un acto que puede ser regulado por el poder civil; llama la atención que se consideren como actos del estado civil el sacerdocio y la profesión de un voto religioso, que son actos que se refieren al estado de las personas dentro de la iglesia, aunque pueden tener efectos civiles”.¹¹²

“El 8 de diciembre de 1870 se publicó el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, donde se reafirma la naturaleza civil del matrimonio y su característica de ser un vínculo indisoluble; posteriormente, el 31 de marzo de 1884, se publicó otro, que abrogó el anterior, y que regula el matrimonio de la misma forma que su antecesor.”¹¹³

¹¹¹ Ayala Salazar, José Melchor y González Torres, Martha Gabriela, op. cit., p. 95.

¹¹² Adame Goddard, Jorge, *El Matrimonio Civil en México (1859-2000)*, 1ª ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 6 y 7.

¹¹³ Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., p. 97.

Es importante destacar, que tanto en las leyes de Divorcio de 1914 y 1915, como en la Ley de Relaciones Familiares de 1917, se le siguió dando al matrimonio la característica de ser un vínculo indisoluble.¹¹⁴

En 1928 se decreto un nuevo Código Civil, el cual abarcó las diversas situaciones sobre el matrimonio y el derecho familiar. En 1931 dicho Código tiene su vigencia, siendo modificado ininidad de veces hasta nuestros días.¹¹⁵

En el año 2000 se expide el nuevo Código Civil del Distrito Federal.

2.1.2 Concepto

En cuanto a la conceptualización del matrimonio, en la doctrina existen diversos autores que divergen respecto a su definición, muchas veces tomando en cuenta su postura respecto a la naturaleza jurídica del mismo.

Sin embargo, por no ser el objetivo central del presente trabajo el estudiar los diversos conceptos de la institución del matrimonio, únicamente mencionaré aquéllos conceptos que a mi juicio son los más importantes y principales a lo largo de la historia, tanto en su aspecto sociológico como jurídico.

Etimológicamente, la palabra “matrimonio proviene de *matrimonium*, que a su vez se deriva de las expresiones *matris* (mater) y *manus*, que significa cargo, oficio o deber de madre.”¹¹⁶

“Los romanos definieron el matrimonio como *nuptial sunt coiunctiu maris feminae et consortium omnis vitae, divine et humani juris communicatio*”, la

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ Adame Goddard, Jorge, *El Matrimonio Civil en México (1859-2000)*, op. cit., p. 52 y 53.

¹¹⁶ Ruíz Serramalera, Ricardo, *Derecho de Familia (el Matrimonio, la Filiación y la Tutela)*, Madrid, 1988, p. 36.

traducción es: Unión de hombre y mujer en consorcio de toda la vida y comunicación de derecho divino y humano”.¹¹⁷

En el Derecho Canónico la figura del matrimonio era concebida como “la alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole...” (Canon 1055-1)¹¹⁸

Adame Goddard da un concepto, tomando en cuenta los elementos de alianza, amistad plena y justicia, diciendo que “el matrimonio es la unión entre varón y mujer orientada al bien pleno de los esposos y de los hijos, causada por una amistad plena, sellada por una alianza, que genera deberes de justicia entre los esposos y entre ellos y la comunidad.”¹¹⁹

Por su parte, Mata Pizaña conceptualiza al matrimonio como la “forma legítima y natural de constituir una familia por medio del vínculo jurídico entre dos personas de distinto sexo con el fin de establecer una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos y con la posibilidad de tener hijos”.¹²⁰

Mata Pizaña, quien a su vez cita a Planiol, el cual concibe al matrimonio como el “acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no puede romper su voluntad”.¹²¹

Salas Alfaro tomando en cuenta la definición proporcionada por el Diccionario Jurídico Mexicano, menciona que “el matrimonio es una institución o

¹¹⁷ Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., p. 91.

¹¹⁸ Aspe Armella, Virginia (comp.), op. cit., p. 56.

¹¹⁹ Ibidem, p. 104.

¹²⁰ Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., p. 93.

¹²¹ Ibidem, p. 92.

conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne”.¹²²

En forma más práctica y reducida, Enneccerus Ludwig considera al matrimonio como “la unión de un hombre y una mujer, reconocida por el derecho e investida de ciertas consecuencias jurídicas.”¹²³

Ruiz Serramalera conceptualiza al matrimonio, tomando en cuenta dos aspectos, como acto jurídico y como relación o vínculo jurídico. “Como acto jurídico lo conceptualiza como un acuerdo formal de voluntades entre hombre y mujer con promesa de vida total en común; por otra parte, como relación o vínculo jurídico, lo define como aquella situación que se estable entre un hombre y una mujer encaminada a conseguir el más perfecto y pleno desarrollo natural de la vida”.¹²⁴

El Diccionario Anaya de la Lengua, lo concibe como:¹²⁵

- “Unión de un hombre y una mujer reconocida por la ley como familia.”
- “Matrimonio Civil: matrimonio que se celebra ante un juez conforme a la ley civil y sin seguir ningún rito religioso.”
- “Matrimonio religioso: matrimonio que se celebra según los ritos de una religión, especialmente de la religión cristiana.”
- “Matrimonio religioso: sacramento de la iglesia católica que une a un hombre y a una mujer ante Dios y ante la iglesia.”

Recientemente, con el Código Civil para el Distrito Federal del año 2000, el artículo 146 define al matrimonio como:

¹²² Salas Alfaro, Angel, *Problemática Socio Jurídica del Divorcio*, México, Universitaria Potosina, 1999, p. 18.

¹²³ Enneccerus Ludwig et al., op. cit., p. 10.

¹²⁴ Ruíz Serramalera, Ricardo, op. cit., p. 36.

¹²⁵ *Diccionario Anaya de la Lengua*, op. cit., p. 704 y 705.

“Artículo 146.- Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.”¹²⁶

Tomando en cuenta las distintas definiciones de los diversos doctrinarios; en mi opinión, el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer con el fin de establecer una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos, plasmando su voluntad ante el Juez del Registro Civil, siempre y cuando reúnan las formalidades exigidas por la ley.

Como comentario adicional, y en relación a las nuevas reformas al Código Civil y de Procedimientos del Distrito Federal, publicadas en la Gaceta Oficial de dicha entidad el 10 de octubre del 2008, considero que el matrimonio debe ser entendido, como una institución por medio del cual se da la unión entre un hombre y una mujer; independientemente de que en distintas legislaciones del mundo se reconozca como matrimonio la unión entre personas del mismo sexo, permitiendo y regulando las relaciones homosexuales o lesbianas.

Las mencionadas Reformas, incluyen los términos identidad de género, reasignación para la concordancia sexo-genérica y expresión de rol de género; básicamente dichas reformas regulan a aquellas personas que por medio de la intervención profesional cambian su sexo original, ya sea masculino o femenino; incluso se encuentra regulado dentro de los requisitos para contraer matrimonio, concretamente en la fracción VII del artículo 98, el cual establece: “la manifestación, por escrito y bajo protesta de decir verdad, en el caso de que alguno de los contrayentes haya concluido el proceso para la concordancia sexo-genérica, establecido en el Capítulo IV Bis del Título Séptimo del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal...”¹²⁷

¹²⁶ *Código Civil para el Distrito Federal 2009*, México, Sista, 2009.

¹²⁷ Ídem.

Por lo que se concluye, que nuestra legislación permite la celebración del matrimonio, de aquellas personas que hayan concluido satisfactoriamente un juicio especial de levantamiento de acta por reasignación para la concordancia sexo genérica.

A pesar de que recientemente es reconocida dicha unión por nuestra legislación civil, considero, que transgrede el concepto de matrimonio como unión de un hombre y una mujer con la posibilidad de procrear hijos.

2.1.3 Naturaleza Jurídica

Respecto a la Naturaleza Jurídica del matrimonio, existen diversas teorías, las más reconocidas lo consideran como: institución, acto condición, contrato, contrato de adhesión, estado civil, acto de poder estatal, acto mixto o complejo y como acto jurídico.¹²⁸

A continuación explicare brevemente en qué consiste cada una de estas teorías, para finalmente aterrizar con lo que actualmente consideramos como la naturaleza jurídica del matrimonio.

Matrimonio como Institución: Antes de entrar a su estudio, es necesario decir que la institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y que buscan una misma finalidad. En el caso del matrimonio, se dice que es una institución jurídica porque esta regulada por un conjunto de normas que tienen una finalidad en común, que es constituir una familia.¹²⁹

Matrimonio como acto condición: Mata Pizaña cita a Leon Duguit, por ser el partidario de esta teoría, el cual hace una división tripartita del acto jurídico, como

¹²⁸ Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., p. 97.

¹²⁹ Ruíz Serramalera, Ricardo, op. cit., p. 33.

acto subjetivo, que es cuando surge una obligación especial, concreta, individual y momentánea la cual no deriva de la ley; como acto regla, del que surgen obligaciones permanentes e individuales y como acto condición, entendido como aquél acto creado y regido por la ley y subordinada a la celebración de dicho acto, produciendo solamente efectos cuando se cumplen con todos los requisitos legales establecidos.¹³⁰

Sin embargo, dicha teoría no explica realmente lo que es la naturaleza jurídica del matrimonio, incluso, tal y como lo menciona Mata Pizaña, “esta clasificación no es verdadera ya que todos los actos jurídicos son una realización de hipótesis normativas, que los convertiría en actos condición, por lo mismo no sirve para identificar la naturaleza del matrimonio”.¹³¹

Matrimonio como contrato civil: Fue conceptualizado de esta manera desde que se secularizó, así como en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 y la Ley de Relaciones Familiares.¹³²

En el matrimonio existen varias excepciones a las reglas generales de los contratos; por ejemplo, en materia contractual rige el principio de la autonomía de la voluntad; en cambio, en el matrimonio no rige dicho principio por ser todas sus disposiciones de orden público, tener derechos y obligaciones irrenunciables aunque exista el mutuo acuerdo de ambos cónyuges; asimismo, el contrato civil tiene fines patrimoniales y el matrimonio no tiene como fines primordiales el aspecto patrimonial, sino extrapatrimonial.¹³³

Matrimonio como contrato de adhesión: El contrato de adhesión es aquél redactado unilateralmente por una de las partes y cuya aceptación incondicional le corresponde a la otra, la cual no puede discutir dicho contenido.

¹³⁰ Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., p. 98.

¹³¹ Idem.

¹³² Adame Goddard, Jorge, *El Matrimonio Civil en México (1859-2000)*, op. cit., p. 31.

¹³³ Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., p. 98 y 99.

De la lectura de lo que significa un contrato de adhesión, se desprende que el matrimonio no tiene dicha naturaleza, por diversos motivos, como lo es el que no sea un contrato, no existir ninguna redacción unilateral por ninguno de los cónyuges y por estar redactada el acta de matrimonio por el C. Juez del registro Civil.

Matrimonio como acto del poder estatal: esta teoría considera que lo más importante es la declaración del órgano del Estado, es decir, el Oficial del Registro Civil, lo cual es incorrecto, ya que para su validez se requiere en primer lugar, el acuerdo de voluntades de los cónyuges.¹³⁴

Matrimonio como estado Civil: El estado civil de casados es una consecuencia de la celebración del matrimonio, y no su naturaleza.

Matrimonio como acto Jurídico mixto y complejo: Esta teoría reconoce que el matrimonio es un acto jurídico, pero además, señala que para su perfeccionamiento se requiere que haya un acuerdo de voluntades en dos momentos, primero el de ambos cónyuges y posteriormente la voluntad del estado que reconozca la existencia de ese acuerdo y que lo apruebe para que dicho acto jurídico se perfeccione.¹³⁵

Matrimonio como acto jurídico: La naturaleza jurídica del matrimonio es la del acto jurídico, por existir la voluntad de los contrayentes y del Estado, además de que se actualizan las consecuencias de derecho. Incluso, se encuentra integrado por elementos de existencia y de validez.

¹³⁴ Ibidem, p. 100.

¹³⁵ Idem.

2.1.4 Legislación

Una vez que ya fue estudiada la figura del matrimonio en su aspecto histórico, tomando en cuenta los antecedentes en Roma, en el Derecho Canónico y con ello la evangelización de la figura del matrimonio en México, así como un pequeño estudio a las Leyes más sobresalientes que se publicaron en nuestro país; es momento de abordar a dicha institución de acuerdo a la legislación civil vigente.

Partiendo de la naturaleza jurídica del matrimonio como acto jurídico, a continuación se estudiarán los alcances de dicha figura de acuerdo a nuestra legislación, concretamente en lo establecido por el Código Civil vigente para el Distrito Federal.

2.1.4.1 Requisitos para contraer matrimonio

Los requisitos para contraer matrimonio se encuentran establecidos en el capítulo segundo del Código Civil para el Distrito Federal, concretamente en los artículos 97, 98 y 146 a 161 de dicho ordenamiento legal;¹³⁶ y se pueden clasificar de la siguiente manera:

1. Edad: el artículo 148 nos indica que es necesario que los contrayentes sean mayores de edad, es decir, que tengan 18 años cumplidos, sin embargo nos plantea dos excepciones a la regla general, las cuales son las siguientes:
 - Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años y cuenten con el consentimiento del padre o la madre o en su defecto del tutor, y a falta, negativa o imposibilidad de éstos, del Juez de lo Familiar.
 - Cuando la contrayente sea mayor de 14 años de edad, se encuentre en estado de gravidez y lo acredite a través del certificado médico respectivo,

¹³⁶ *Código Civil para el Distrito Federal 2009*, op. cit.

siempre y cuando sea a petición del padre o la madre, el Juez del Registro Civil podrá dispensar el requisito de la mayoría de edad.

2. Consentimiento: El artículo 148 del Código Civil, señala que en caso de que los contrayentes sean menores de edad, requerirán el consentimiento del padre, madre o tutor, o a falta de estos, del Juez de lo Familiar, siempre y cuando se encuentre en alguno de los supuestos establecidos en dicho artículo.

Es importante destacar, que en caso de que los contrayentes sean mayores de edad, se requiere el consentimiento de ambos.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 153 del Código Civil para el Distrito Federal, en caso de la celebración del matrimonio de menores de edad, quien ejerza la patria potestad, o el tutor, una vez que hayan dado su consentimiento firmando la solicitud respectiva y ratificándola ante el C. Juez del Registro Civil no podrán revocarlo, con excepción de que exista una causa justificada.

El artículo 154 en relación con el 101 de la Ley sustantiva Civil, menciona que quien ejerza la patria potestad o tutor, una vez que hayan dado su consentimiento firmando la solicitud respectiva y ratificándola, falleciera antes de que se celebre el matrimonio, dicho consentimiento no puede ser revocado por la persona que en su lugar ejerza la patria potestad del menor, siempre y cuando se celebre dentro de los ocho días siguientes a la presentación de la solicitud de matrimonio en el lugar, día y hora que se señale para tal efecto.

Por su parte, el artículo 155 señala que el Juez de lo Familiar que autorice la celebración del matrimonio de un menor de edad, no podrá

revocar dicho consentimiento, con excepción de que exista una causa superveniente.

3. Solemnidad: Esta se encuentra consagrada en el artículo 103 bis, que a la letra dice:

“Artículo 103 Bis. La celebración conjunta de matrimonios no exime al Juez del cumplimiento estricto de las solemnidades a que se refieren los artículos anteriores.”

Dichas solemnidades se encuentran establecidas de los artículos 97 al 113 del ordenamiento en mención.

4. Que no existan impedimentos para contraer matrimonio: Se encuentran establecidos en el artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal; sin embargo, más adelante detallare respecto a los impedimentos en mención.
5. Que se celebre ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que exige el Código Civil para el Distrito Federal.

Los artículos 97 y 98, establecen los documentos que se deben presentar ante el Juez del Registro Civil para celebrar matrimonio, y dentro de ellos (como se señaló líneas arriba), la fracción VII del último de los artículos señala que se requiere “la manifestación, por escrito y bajo protesta de decir verdad, en el caso de que alguno de los contrayentes haya concluido el proceso para la concordancia sexo-genérica, establecido en el Capítulo IV Bis del Título Séptimo del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal...”.¹³⁷

¹³⁷ Idem.

2.1.4.2 Derechos y Obligaciones que nacen del matrimonio

Los derechos y obligaciones de los cónyuges se encuentran establecidos en el Capítulo III del Título Quinto, correspondiente al Libro Primero, del Código Civil para el Distrito Federal, comprendiendo de los artículos 162 a 177¹³⁸.

Los derechos que nacen del matrimonio deben ser recíprocos para ambos cónyuges, y son:

1. Derecho a la libre procreación: Ambos cónyuges tienen el derecho a decidir sobre el número de hijos que desean tener.

Este derecho se encuentra tutelado por el artículo 4 de nuestra Constitución y por los artículos 162 y 146 del Código Civil. Cabe recordar que “en la ciudad de México este ya no es un fin primordial del matrimonio, sin embargo, es un derecho que debe ejercitarse de consuno por ambos cónyuges”.¹³⁹

2. Cohabitación en el domicilio conyugal: El artículo 163 del Código Civil señala que los cónyuges deben vivir juntos en el domicilio conyugal.
3. Ayuda mutua: Ambos cónyuges deben de brindarse apoyo con el fin de alcanzar su desenvolvimiento personal, sostenimiento y desarrollo de la familia, como la obligación de darse alimentos, brindarse apoyo, motivación, etc.

El artículo 162 menciona claramente que ambos cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente

¹³⁸ Idem.

¹³⁹ Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., p. 121.

El apoyo económico que se debe brindar en el matrimonio, se encuentra tutelado por el artículo 164 del Código Civil

Por otra parte, el artículo 164 bis señala que el cuidado de los hijos, así como el desempeño del hogar, se considera como contribución económica al mismo.

Tal y como lo menciona Adame Goddard, “ambos quedan obligados a procurar al otro todos los bienes y ayuda necesaria para su plena realización, durante toda la vida”.¹⁴⁰

4. Igualdad: entre los cónyuges no debe existir ningún tipo de discriminación, independientemente del carácter que sea; dicha igualdad se encuentra consagrada en la parte final del artículo 164 y 168 de la Ley Sustantiva Civil.
5. Fidelidad: En mi opinión, a pesar de que actualmente ya no existen las causales del divorcio en nuestro Código Civil, la fidelidad es un derecho y una obligación de ambos cónyuges.

2.1.4.3 Efectos del matrimonio con relación a los bienes

Los efectos del matrimonio con relación a los bienes se encuentran regulados en los artículos 98, 99 y 178 al 218.¹⁴¹

Estos efectos se refieren al régimen patrimonial que van a adoptar los cónyuges respecto de los bienes.

Tal y como lo menciona Mata Pizaña, quien a su vez cita a Martínez Arrieta, “el régimen patrimonial es una consecuencia legal, forzosa e integrante de la

¹⁴⁰ Aspe Armella, Virginia (comp.), op. cit., p. 109.

¹⁴¹ *Código Civil para el Distrito Federal 2009*, op. cit.

Institución Jurídica del Matrimonio relativo al aspecto patrimonial conformado por normas estatutarias discrecionales”.¹⁴²

En el Distrito Federal existen tres tipos de régimen: de sociedad conyugal, separación de bienes y mixto, cabe hacer la aclaración que nuestro Código Civil únicamente reconoce expresamente en el artículo 178 los dos primeros régimen; sin embargo, de manera indirecta, en los artículos 189 y 208 se menciona este tercer régimen.¹⁴³

Capitulaciones Matrimoniales

Las capitulaciones matrimoniales son pactos en donde se establece el tipo de régimen patrimonial.¹⁴⁴

Nuestra Ley Sustantiva Civil define a las capitulaciones matrimoniales como:

“Artículo 179.- Las capitulaciones matrimoniales son pactos que los otorgantes celebran para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio y reglamentar la administración de los bienes, la cual deberá recaer en ambos cónyuges, salvo pacto en contrario.”

Estas capitulaciones constituyen un convenio accesorio que va anexo a la solicitud del matrimonio, y que conforme a lo señalado en la Ley Sustantiva Civil, deben ir redactados por ambos cónyuges (aunque sean menores de 18 años, en cuyo caso, se requiere el consentimiento de las personas correspondientes para la celebración del matrimonio), sin embargo, si los contrayentes no pueden hacerlo por falta de conocimiento podrá ser redactado por el C. Juez del Registro Civil, esto se encuentra establecido en los artículos 98 y 99 de la Ley en cita.

¹⁴² Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., p. 122 y 123.

¹⁴³ Ibidem, p. 147.

¹⁴⁴ Chávez Asencio, Manuel F., *Matrimonio (compromiso jurídico de vida conyugal)*, México, Limusa- Universidad Iberoamericana, 1990, p. 70.

Las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes o durante el matrimonio, para otorgarse o modificarse durante el matrimonio puede hacerse ante el Juez de lo Familiar o Notario mediante escritura pública; esto se encuentra reglamentado en el artículo 180 de la Ley en mención.

Si las capitulaciones matrimoniales se otorgan ante notario público antes de la celebración del matrimonio, la escritura será un anexo de la solicitud de matrimonio que los cónyuges deben presentar ante el C. Juez del Registro Civil. Si son modificadas durante el matrimonio deberán presentarse a la Dirección General del Registro Civil, con fundamento en el artículo 103 del Reglamento del Registro Civil para el Distrito Federal.¹⁴⁵

1.- Sociedad Conyugal:

La Sociedad Conyugal debe ser definida como lo señala Mata Pizaña, quien a su vez cita a Martínez Arrieta, señalando que este último concibe a la sociedad conyugal como el “régimen patrimonial en virtud del cual los cónyuges convienen en que los bienes muebles y/o inmuebles presentes y/o futuros, que a cada uno le pertenecen o le lleguen a pertenecer bajo cualquier título legal, formen una comunidad de bienes, afectada a fin de sostener el hogar y a la familia y la que, al disolverse el matrimonio, se repartirá entre los cónyuges o sus herederos de la manera pactada en las capitulaciones matrimoniales en que se otorguen”.¹⁴⁶

Si no se prueba que los bienes pertenecen exclusivamente a alguno de los cónyuges, se presume que es parte de la sociedad conyugal por partes iguales, salvo pacto en contrario que conste expresamente en las capitulaciones matrimoniales; tal y como se encuentra redactado en los artículo 182 Ter y Quáter de la multicitada Ley.

¹⁴⁵ *Reglamento del registro Civil para el Distrito Federal 2009*, México, Sista, 2009.

¹⁴⁶ Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., p. 128.

El artículo 182 Quintus señala cuáles son los bienes que pueden formar parte de la sociedad conyugal; el cual a la letra dice:

“Artículo 182 Quintus.- En la sociedad conyugal son propios de cada cónyuge, salvo pacto en contrario que conste en las capitulaciones matrimoniales:

I. Los bienes y derechos que le pertenezcan al tiempo de celebrarse el matrimonio, y los que posea antes de éste, aunque no fuera dueño de ellos, si los adquiere por prescripción durante el matrimonio;

II. Los bienes que adquiera después de contraído el matrimonio, por herencia, legado, donación o don de la fortuna;

III. Los bienes adquiridos por cualquier título propio que sea anterior al matrimonio, aunque la adjudicación se haya hecho después de la celebración de éste; siempre que todas las erogaciones que se generen para hacerlo efectivo, corran a cargo del dueño de éste;

IV. Los bienes que se adquieran con el producto de la venta o permuta de bienes propios;

V. Objetos de uso personal;

VI. Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio, salvo cuando éstos integren o pertenezcan a un establecimiento o explotación de carácter común. No perderán el carácter de privativos por el hecho de haber sido adquiridos con fondos comunes, pero en este caso el otro cónyuge que los conserve, deberá pagar a otro en la proporción que corresponda; y

VII. Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio, tendrán el carácter de privativo cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero propio del mismo cónyuge. Se exceptúan la vivienda, enseres y menaje familiares.”

De acuerdo con el artículo 182 Sextus, los bienes de la sociedad conyugal deben ser administrados por ambos cónyuges, salvo pacto en contrario que conste en las capitulaciones matrimoniales.

El artículo 183 señala que la sociedad conyugal se establece en las capitulaciones matrimoniales.

Por regla general, las capitulaciones deben constar por escrito, tal y como lo señala la fracción V del artículo 98 del ordenamiento Civil en cita; pero deben constar en escritura pública cuando los cónyuges vayan a transmitirse la propiedad de bienes que requieran tal requisito para que la traslación sea válida, según lo dispuesto por el artículo 185 del multicitado ordenamiento.

Para que la sociedad conyugal, en el caso de bienes inmuebles, derechos reales sobre inmuebles u otros derechos inscribibles, produzca efectos frente a terceros, deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, de acuerdo a lo dispuesto en los siguientes preceptos:

“Artículo 3012. Tratándose de inmuebles, derechos reales sobre los mismos u otros derechos inscribibles o anotables la sociedad conyugal no surtirá efectos contra tercero si no consta inscrita en el Registro Público.

Cualquiera de los cónyuges u otro interesado tienen derecho a pedir la rectificación del asiento respectivo, cuando alguno de esos bienes pertenezcan a la sociedad conyugal y estén inscritos a nombre de uno sólo de aquellos.”

“Artículo 186. En este caso, la alteración que se haga de las capitulaciones deberá también otorgarse en escritura pública, haciendo la respectiva anotación en el Protocolo en que se otorgaron las primitivas capitulaciones, y en la inscripción del Registro Público de la Propiedad. Sin llenar estos requisitos, las alteraciones no producirán efectos contra tercero.”

En las capitulaciones matrimoniales debe señalarse cuáles son los bienes que forman parte de la sociedad conyugal, la administración de la misma y las bases en que se liquidará¹⁴⁷; esto se encuentra regulado en el artículo 189, el cual se transcribe:

“Artículo 189. Las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal, deben contener:

¹⁴⁷ Chávez Asencio Manuel F., *Matrimonio (compromiso jurídico de vida conyugal)*, op. cit., p. 71.

- I. La lista detallada de los bienes inmuebles que cada consorte lleve a la sociedad, con expresión de su valor y de los gravámenes que reporten;
- II. La lista especificada de los bienes muebles que cada consorte introduzca a la sociedad;
- III. Nota pormenorizada de las deudas que tenga cada esposo al celebrar el matrimonio, con expresión de si la sociedad ha de responder de ellas, o únicamente de las que se contraigan durante el matrimonio, ya sea por ambos consortes o por cualquiera de ellos;
- IV. La declaración expresa de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellos, precisando en este último caso cuáles son los bienes que hayan de entrar a la sociedad;
- V. La declaración explícita de si la sociedad conyugal ha de comprender los bienes todos de los consortes, o solamente sus productos. En uno y en otro caso se determinará con toda claridad la parte que en los bienes o en sus productos corresponda a cada cónyuge;
- VI. La declaración de si el producto del trabajo de cada consorte corresponde exclusivamente al que lo ejecutó, o si debe dar participación de ese producto al otro consorte y en qué proporción;
- VII. La declaración acerca de que si ambos cónyuges o sólo uno de ellos administrará la sociedad, expresándose con claridad las facultades que en su caso se concedan;
- VIII. La declaración acerca de si los bienes futuros que adquieran los cónyuges durante el matrimonio, pertenecen exclusivamente al adquirente, o si deben repartirse entre ellos y en que proporción;
- IX. La declaración expresa de que si la comunidad ha de comprender o no los bienes adquiridos por herencia, legado, donación o don de la fortuna; y
- X. Las bases para liquidar la sociedad.”

De acuerdo a lo establecido en los artículo 194 y 194 Bis de la ley sustantiva civil, la administración será a cargo de quien los cónyuges hayan designado, estipulación que podrá ser modificada sin necesidad de expresión de causa, y en caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar lo resolverá; pero en caso de que el cónyuge que tenga dicha administración haya malversado, ocultado, dispuesto o administrado los bienes de la sociedad conyugal con dolo, culpa o negligencia, perderá su derecho a la parte correspondiente de dichos bienes en favor del otro cónyuge. Asimismo, cuando los bienes dejen de formar parte de

dicha sociedad, el cónyuge que haya actuado de la forma anterior le corresponderá pagar al otro la parte correspondiente de dichos bienes, así como los daños y perjuicios ocasionados.

Ningún cónyuge puede vender, rentar y enajenar, los bienes de la sociedad conyugal sin el consentimiento previo del otro cónyuge; con excepción de que se trate de un cónyuge abandonado, previa autorización judicial, siempre que los necesite con motivo de alimentos para sí o para los hijos; ello con fundamento en el artículo 206 bis.

La sociedad conyugal termina por disolución del matrimonio (divorcio o nulidad); sentencia que declare la presunción de muerte y a petición de alguno de los cónyuges; regulado por los artículos 187, 188, 197 y 198 de la Ley Sustantiva Civil.

Si ambos cónyuges procedieron de buena fe, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal se hará conforme a lo dispuesto expresamente en las capitulaciones matrimoniales, y de acuerdo a lo establecido en los siguientes artículos:

“Artículo 203.- Disuelta la sociedad, se procederá a formar inventario, en el cual no se incluirán el lecho, los vestidos ordinarios y los objetos de uso personal o de trabajo de los cónyuges, que serán de éstos o de sus herederos.”

“Artículo 204.- Terminado el inventario, se pagarán los créditos que hubiere contra el fondo social, y el sobrante, si lo hubiere, se dividirá entre los cónyuges en los términos pactados en las capitulaciones matrimoniales, y a falta u omisión de éstas, a lo dispuesto por las disposiciones generales de la sociedad conyugal. En caso de que hubiere pérdidas, el importe de éstas se deducirá del haber de cada cónyuge en proporción a las utilidades que debían corresponderles, y si uno sólo llevó el capital, de éste se deducirá la pérdida total.”

“Artículo 205. Muerto uno de los cónyuges, continuará el que sobreviva en la posesión y administración del fondo social, con intervención del representante de la sucesión mientras no se verifique la partición.”

“Artículo 206.- Todo lo relativo a la formación de inventarios y solemnidades de partición y adjudicación de los bienes, se regirá en lo que corresponda, por lo que disponga este Código y el Código de Procedimientos Civiles; ambos en materia de sucesiones.”

2.- Separación de Bienes

En el régimen de separación de bienes cada uno es dueño del que aparezca a su nombre, bien sea por la factura en caso de bienes inmuebles, o por la escritura pública; también es dueño de los derechos, dinero, joyas, etc., que tuviere. Cada cónyuge puede disponer libremente de sus bienes, pero ambos tienen la obligación de sostener el hogar, darse alimentos, dar alimentos a sus hijos y educarlos, es decir, deben destinar una parte de sus ingresos, intereses o rentas a cumplir su obligación conyugal y de padres, y el resto quedará a disposición de cada uno.¹⁴⁸

El régimen de separación de bienes se encuentra regulado de los artículos 207 a 218 del Código Civil para el Distrito Federal¹⁴⁹

El artículo 107 de la Ley en cita, señala que en virtud de las capitulaciones también existe el régimen de separación de bienes; éste puede comprender los bienes futuros.

Este régimen puede terminar o ser modificado durante el matrimonio, siempre y cuando así lo convengan los cónyuges; en el caso de los menores de edad, es necesario el consentimiento de alguna de la persona que haya dado su consentimiento para la celebración del matrimonio; ello con fundamento en el artículo 209.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 73.

¹⁴⁹ *Código Civil para el Distrito Federal 2009*, op. cit.

Respecto a la forma que debe establecerse en este tipo de régimen, según lo dispuesto por el artículo 210, si se otorga antes de la celebración del matrimonio no es necesario que las capitulaciones consten en escritura pública; pero si se pacta después de celebrarlo, se observarán las formalidades exigidas para la transmisión de los bienes de que se trate.

Las capitulaciones de este régimen deben tener un inventario que contenga los bienes que sean propiedad de cada cónyuge, así como las deudas de cada uno; con fundamento en el artículo 211.

“Cabe hacer notar el contenido del artículo 212, el cual fue reformado en el año 2000 y se le agrego el segundo párrafo, donde se establece que el destino principal del patrimonio de cada cónyuge es cumplir su obligación alimentaria para con el otro y para con los hijos. Además establece la posibilidad, para cualquiera de los cónyuges o los hijos, de recurrir al Juez de lo familiar a efecto de que autorice la venta, gravamen o renta de los bienes del otro cónyuge con el objeto de satisfacer sus necesidades alimentarias.”¹⁵⁰

3.- Régimen Mixto

Tal y como lo señala Chávez Asencio, “éste régimen combina la sociedad conyugal y la separación de bienes. Esto queda a criterio de los contrayentes, y también durante la vida conyugal puede hacerse el cambio para constituir un régimen mixto”.¹⁵¹

A pesar de que el Código no menciona éste tipo de régimen de manera directa, lo reconoce en dos de sus artículos, uno ubicado dentro del capítulo de la sociedad conyugal y el otro en el régimen de separación de bienes.

El primero de estos artículos es el 189 fracciones IV, V, VI y VIII, donde el legislador claramente admite, que en las capitulaciones matrimoniales se pueden

¹⁵⁰ Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., p. 147.

¹⁵¹ Chávez Asencio Manuel F., *Matrimonio (compromiso jurídico de vida conyugal)*, op. cit., p. 74.

excluir algunos bienes del régimen de sociedad conyugal; por lo que me permito transcribir el artículo en mención:

“Artículo 189. Las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal, deben contener:

...IV. La declaración expresa de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellos, precisando en este último caso cuáles son los bienes que hayan de entrar a la sociedad;

V. La declaración explícita de si la sociedad conyugal ha de comprender los bienes todos de los consortes, o solamente sus productos. En uno y en otro caso se determinará con toda claridad la parte que en los bienes o en sus productos corresponda a cada cónyuge;

VI. La declaración de si el producto del trabajo de cada consorte corresponde exclusivamente al que lo ejecutó, o si debe dar participación de ese producto al otro consorte y en qué proporción;...

VIII. La declaración acerca de si los bienes futuros que adquieran los cónyuges durante el matrimonio, pertenecen exclusivamente al adquirente, o si deben repartirse entre ellos y en que proporción;...”

En cuanto al segundo artículo, el 208 establece, que la separación de bienes puede ser absoluta o parcial, admitiendo la posibilidad de que coexistan el régimen de separación conyugal y separación de bienes.

“Artículo 208. La separación de bienes puede ser absoluta o parcial. En el segundo caso, los bienes que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación, serán objeto de la sociedad conyugal que deben constituir los esposos.”

2.1.4.4 Impedimentos para contraer matrimonio

“Los impedimentos son aquellas prohibiciones establecidas en la ley que afectan a determinada persona para contraer un determinado matrimonio. Tienen sustento en hechos o en situaciones jurídicas, preexistentes y anteriores, a que determinadas personas puedan contraer matrimonio”.¹⁵²

¹⁵² Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., p. 110.

En la doctrina, los impedimentos tienen diversas clasificaciones; Mata Pizaña señala los siguientes:¹⁵³

Dirementes e impedientes: los primeros constituyen un obstáculo para celebrar un matrimonio válido, como todos los señalados en el artículo 156 del Código Civil; en cambio, los segundos, afectan la regularidad de la celebración del matrimonio, sin embargo no se afecta su invalidez o nulidad.

Perpetuos y temporales: Esta clasificación atiende a la subsistencia en el tiempo de dichos impedimentos. Por ejemplo; el derivado del parentesco es perpetuo y el derivado de la falta de edad es temporal.

Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal los clasifica en *dispensables o no dispensables*; previendo como dispensables: parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual; la impotencia incurable, siempre y cuando sea conocida y aceptada por el otro contrayente y padecer una enfermedad crónica e incurable que sea contagiosa o hereditaria, siempre y cuando, ambos cónyuges acrediten de manera fehaciente haber obtenido de institución o médico especialista, el conocimiento de los alcances, los efectos y la prevención de la enfermedad que sea motivo del impedimento, y a pesar de ello manifiesten su consentimiento para contraer matrimonio.¹⁵⁴

“Artículo 156.- Son impedimentos para celebrar el matrimonio:

- I. La falta de edad requerida por la Ley;
- II. La falta de consentimiento del que, o los que ejerzan la patria potestad, el tutor o el Juez de lo Familiar en sus respectivos casos;
- III. El parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa;

¹⁵³ Ibidem, p. 110 y 11.

¹⁵⁴ *Código Civil para el Distrito Federal 2009*, op. cit.

- IV. El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;
- V. El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado;
- VI. El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;
- VII. La violencia física o moral para la celebración del matrimonio;
- VIII. La impotencia incurable para la cópula;
- IX. Padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria;
- X. Padecer algunos de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450;
- XI. El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer; y
- XII. El parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado, en los términos señalados por el artículo 410-D.

Son dispensables los impedimentos a que se refieren las fracciones III, VIII y IX. En el caso de la fracción III sólo es dispensable el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

La fracción VIII es dispensable cuando la impotencia a que se refiere, es conocida y aceptada por el otro contrayente.

La fracción IX es dispensable cuando ambos contrayentes acrediten fehacientemente haber obtenido de institución o médico especialista, el conocimiento de los alcances, los efectos y la prevención de la enfermedad que sea motivo del impedimento, y manifiesten su consentimiento para contraer matrimonio.”

2.1.5 Matrimonios Nulos e Ilícitos

La nulidad del matrimonio se encuentra reglamentada en el Capítulo IX del Título V, perteneciente al Libro Primero del Código Civil para el Distrito Federal, de los artículos 235 a 265.¹⁵⁵

“La nulidad es la disolución del vínculo matrimonial por causas anteriores a su celebración o por falta de formalidades en ella.”¹⁵⁶

¹⁵⁵ Idem.

¹⁵⁶ Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., p. 149.

“Artículo 235. Son causas de nulidad de un matrimonio:

- I. El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra;
- II. Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156; siempre que no haya sido dispensado en los casos que así proceda; y
- III. Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103.”

Dentro de las causas de nulidad del matrimonio, puede darse el supuesto que una persona cambie de sexo y haya concluido satisfactoriamente el juicio especial de levantamiento de acta por reasignación para la concordancia sexo-genérica, contraiga matrimonio con otra persona, y ésta no tenga conocimiento de tal circunstancia; por lo que con fundamento en la fracción I del artículo en cita, se da la nulidad del matrimonio, ya que ésta última persona entendió celebrar matrimonio con una persona determinada, siendo que lo contrajo con otra, existiendo el error acerca de la persona con quien se contrae el matrimonio.

Características de la nulidad del matrimonio

La nulidad únicamente debe ser solicitada por la persona a quien la ley expresamente le otorga este derecho de acción, no pudiendo transmitirse por causa de muerte o por acto ínter vivos; esta característica se encuentra establecida en el artículo 251 del ordenamiento legal en cita.

Se presume que el matrimonio es válido hasta que la Sentencia que cause ejecutoria declare lo contrario, según lo establecido por el artículo 253 de la Ley Sustantiva Civil.

“Existe la presunción de que el matrimonio se celebró de buena fe. Si es así producirá efectos hasta que se declare su nulidad, lo cual es una excepción a que los efectos de los actos tanto nulos absolutos como relativos son destruidos retroactivamente, por lo que se puede concluir que en el matrimonio existe una

nulidad especial”;¹⁵⁷ estos supuestos se encuentran señalados en los artículos 253, 257, 2225 y 2226 del Código en comento.

Según lo dispuesto por el artículo 254, no puede celebrarse transacción ni compromiso en árbitros acerca de la acción de nulidad.

Los efectos de la nulidad del matrimonio son:¹⁵⁸

- Entre los cónyuges:
 - Se rompe el vínculo matrimonial;
 - Si se contrajo de buena fe, produce todos sus efectos mientras dure, entre los cónyuges; y en todo momento a favor de los hijos;
 - Si ha habido buena fe sólo de uno de los cónyuges, produce efectos sólo respecto de él y sus hijos;
 - En caso de mala fe respecto de ambos, sólo produce efectos en favor de los hijos; y
 - Al presentar la demanda se tomaran las medidas a que se refiere el artículo 282.

- Para los hijos: en la sentencia se fijará lo relativo a la guardia y custodia, el suministro de los alimentos y la forma de garantizarlos.

- En cuanto a los bienes
 - En separación de bienes cada cónyuge se queda con lo suyo;
 - La sociedad conyugal se liquidará conforme a lo dispuesto en el artículo 189;
 - En cuanto a las donaciones antenuptiales se observará lo dispuesto en el artículo 262.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 150.

¹⁵⁸ Ibidem., p. 151 y 152.

2.2 Divorcio

El divorcio es una figura del derecho familiar que ha existido a lo largo de la historia, que actualmente ha tenido diversas reformas de acuerdo a las necesidades que se presentan en la sociedad y con ello en la familia.

El tema de divorcio será analizado en la presente tesis tomando en cuenta sus antecedentes históricos; asimismo, se estudiará el concepto de dicha figura de diversos puntos de vista; la regulación que establece el Código Civil vigente para el Distrito Federal, así como los requisitos para disolver el vínculo matrimonial y los efectos que genera dicha acción.

2.2.1 Antecedentes

En el Derecho Romano:

Eduardo Pallares señala que desde épocas muy remotas existió el divorcio, pero refiriéndose a él en cuanto al vínculo, podía pedirse sin causa jurídica que lo justificara, ya que el matrimonio no sólo se basaba en la cohabitación sino en el afecto conyugal, entonces, cuando éste último desaparecía era procedente el divorcio; sin embargo, había una excepción a ello, establecido en la ley *Julia Maritandis Ordinibus*, que prohibía a la liberta casada con su patrón divorciarse sin su consentimiento.¹⁵⁹

Fustel de Coulanges señala que en Roma, era bien conocida la “historia de Carvilio Ruga, cuyo divorcio es el primero que aparece mencionado en los anales romanos. Carvulio Ruga (dice Augusto Gelio, hombre de ilustre familia) se divorcio de su mujer porque no podía tener hijos ella; la amaba con ternura, y no tenía sino motivos de alabanza de su conducta, pero sacrificó su amor a la religión, porque había jurado, en la formula del matrimonio, que la tomaba por esposa a fin de tener hijos”¹⁶⁰

¹⁵⁹ Pallares Eduardo, op. cit., p. 11 y 12.

¹⁶⁰ Fustel de Coulanges, op. cit., p. 63.

A finales de la República se concedió a las mujeres la posibilidad de divorciarse del marido.

Ayala Salazar señala, que en la época cristiana el divorcio solo tenía lugar cuando había una *iusta causae*. Vale la pena distinguir cuatro figuras del divorcio que marca el autor en cita:¹⁶¹

- 1.- *Divortium ex iusta causa*: motivado por alguna culpa de la otra parte.
- 2.- *Divortium sine causa*: cuando se produce como un acto unilateral no justificado por la ley.
- 3.- *Divortium communi consensu*: es decir, por el simple acuerdo común.
- 4.- *Divortium bona gratia* o divorcio fundado en una causa no proveniente de culpa del otro cónyuge, como impotencia incurable y cautividad de guerra.

En la época cristiana, únicamente era permitido el divorcio cuando existía una causa justa para obtenerlo, y aquél que infringiera esta norma era castigado, sin que el divorcio fuera nulificado.

Por su parte, “Justiniano estableció como causas legales para que el matrimonio pudiera disolverse, las siguientes:¹⁶²

- 1.- Que la mujer hubiese encubierto maquinaciones contra el Estado.
- 2.- Adulterio probado de la mujer.
- 3.- Atentado contra la vida del marido.
- 4.- Tratos con otros hombres contra la voluntad del marido, o haberse bañado con ellos.
- 5.- Alejamiento de la casa marital sin voluntad del esposo.
- 6.- Asistencia de la mujer a espectáculos públicos sin licencia

¹⁶¹ Ayala Salazar, José Melchor y González Torres, Martha Gabriela, op. cit., p. 49.

¹⁶² Pallares, Eduardo, op. cit., p. 12 y 13.

A su vez, la mujer podía pedir el divorcio en los siguientes casos:

- 1.- Alta traición oculta del marido.
- 2.- Atentado contra la vida de la mujer.
- 3.- Intento de prostituirla.
- 4.- Falsa acusación de adulterio.

5.- Que el marido tuviera su amante en la propia casa conyugal o fuera de ella de un modo ostensible, con persistencia, no obstante las admoniciones de la mujer a sus parientes.”

El propio emperador prohibió el divorcio por mutuo consentimiento, pero “Juliano el apóstata, en el breve espacio que duro su Imperio, abolió las restricciones establecidas por Constantino contra el divorcio, tal como atestigua San Agustín”¹⁶³.

En el Derecho Canónico:

La iglesia católica ha sostenido a lo largo de la historia la indisolubilidad del vínculo conyugal

El Canon 1118 del Código de Derecho Canónico menciona: “el matrimonio válido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte”¹⁶⁴

De acuerdo a la redacción del Canon en mención, es importante señalar que el matrimonio consumado, en el derecho canónico se refiere a que los cónyuges realizaron actos tendientes a generar descendencia.

El Canon 1142, permite la disolución del vínculo matrimonial únicamente cuando éste no haya sido consumado, siempre y cuando exista autorización por

¹⁶³ Catalá Rubio, Santiago (Coord.), op. cit., p. 33.

¹⁶⁴ Pallares Eduardo, op. cit., p. 21.

causa justa del Romano Pontífice, lo que origina el derecho a los consortes de contraer nuevas nupcias ante la iglesia.¹⁶⁵

La iglesia permite la separación de cuerpos cuando haya adulterio por alguno de los cónyuges, en cuyo caso la iglesia recomienda que la parte ofendida no niegue el perdón a la otra, ni interrumpa la vida conyugal. El canon 1155 señala que el cónyuge inocente que admita al otro a la vida conyugal renuncia al derecho de separarse.

Asimismo, dentro del Derecho Canónico, existe algo que se llama “Privilegio Paulino, que consiste en la facultad que tiene el cónyuge que se convirtió al cristianismo, de disolver su matrimonio y contraer otro nuevo, si su consorte se niega a hacerse cristiano o a cohabitar pacíficamente con él.”¹⁶⁶

En México:

En la Ley del Matrimonio Civil de 1859, se estableció en el artículo 4 la indisolubilidad del matrimonio civil, únicamente pudiendo disolverse con la muerte de alguno de los cónyuges. Asimismo, se estableció la separación de cuerpos temporal de los casados por alguna de las causas expresadas en la misma ley, sin la oportunidad de contraer nuevas nupcias.¹⁶⁷

Adame Goddard señala que en la Ley del Registro del Estado Civil del 1º de noviembre de 1865, se proclamaba la indisolubilidad del vínculo matrimonial, permitiéndose el divorcio no vincular, es decir, la mera separación de los cónyuges; sin embargo, si los cónyuges habían adquirido matrimonio conforme a alguna religión que permitiera el divorcio vincular, éste podría verificarse conforme a las reglas de la misma religión.

¹⁶⁵ Ayala Salazar, José Melchor y González Torres, Martha Gabriela, op. cit., p. 77.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 78.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 95.

Respecto al régimen del divorcio en el Código Civil de 1870, se establecía que el matrimonio era indisoluble, pero se permitía la separación o divorcio no vincular sólo cuando el juez lo ordenara, suspendiéndose algunas de las obligaciones civiles generadas por el matrimonio.¹⁶⁸

El Código de 1870 consagraba “siete causas de divorcio: el adulterio de alguno de los cónyuges, la propuesta del marido de prostituir a la mujer, la incitación para cometer algún delito, el intento de corromper a los hijos o de permitir su corrupción, el abandono no justificado del domicilio conyugal por más de dos años, la sevicia o trato cruel de un cónyuge respecto del otro y la acusación falsa hecha por un cónyuge al otro. Además, se introducía como novedad que mereció explicarse en la exposición de motivos, la posibilidad restringida del divorcio por mutuo consentimiento”¹⁶⁹, éste tipo de divorcio debía ser declarado por un juez, después de cumplir un procedimiento.

El Código Civil de 1884, señala en el artículo 226 que el divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio, sino únicamente suspende alguna de las obligaciones civiles. Dicho Código, en el artículo 227 señala cuáles son las causas legítimas del divorcio, en lugar de ser siete, ahora son trece, agregándose las siguientes: que la mujer dé a luz en el matrimonio un hijo concebido antes del matrimonio, de persona distinta de su esposo; la negativa de cualquiera de los cónyuges a dar alimentos al otro que tiene derecho a ellos; los vicios incorregibles de embriaguez o juego; enfermedad crónica, incurable, contagiosa o hereditaria, contraída antes del matrimonio, y que ignora el cónyuge sano; la infracción de las capitulaciones matrimoniales y el abandono del hogar con causa justificada por más de un año.¹⁷⁰

Respecto a los dos decretos divorcistas de Venustiano Carranza expedidos en Veracruz, el primero en diciembre de 1914, el cual modificó la Ley Orgánica de

¹⁶⁸ Adame Goddard, Jorge, *El Matrimonio Civil en México (1859-2000)*, op. cit., p. 12 y 18.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 18.

¹⁷⁰ Pallares, Eduardo, op. cit., p. 24 y 25.

1874; y el segundo en enero de 1915, éste último reformó el Código Civil del Distrito Federal. Dichos decretos establecieron que la palabra divorcio, que antes solo implicaba la separación del lecho y la habitación, “debía entenderse como el vínculo roto dejando a los cónyuges en aptitud de contraer una nueva unión.”¹⁷¹

Por su parte, la Ley de Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917, señala que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer otro; asimismo, nos dice cuáles son las causas del divorcio, siendo un total de once.¹⁷²

El Código Civil de 1928, en su exposición de motivos ya no dice como en la Ley de Relaciones Familiares, que el matrimonio se contrae ordinariamente con la finalidad de que sea perpetuo y que el divorcio es una situación excepcional. Ahora, se hace referencia al divorcio para justificar una forma abreviada del mismo.¹⁷³

En el Código Civil del Distrito Federal del año 2000, se introdujeron nuevas causales del divorcio en el artículo 267.

Dicho Código Civil mencionó que existían tres tipos de divorcio:

1.- Administrativo: “Derivado de lo que es el segundo párrafo del artículo 266, observamos que el divorcio administrativo pues, básicamente tiene una naturaleza de ser voluntario; esto es cada uno de los cónyuges quiere y desea llevar a cabo el trámite de divorcio”.¹⁷⁴

Los requisitos para llevar a cabo este tipo de divorcio es que ambos cónyuges estén de acuerdo con el divorcio; que sean mayores de edad; haya

¹⁷¹ Ayala Salazar, José Melchor y González Torres, Martha Gabriela, op. cit., p. 99.

¹⁷² Pallares, Eduardo, op. cit., p. 28.

¹⁷³ Adame Goddard, Jorge, *El Matrimonio Civil en México (1859-2000)*, op. cit., p. 56.

¹⁷⁴ Avendaño López, Raúl, *El Divorcio (análisis jurídico y práctico)*, México, Sista, 2008, p. 81.

transcurrido cuando menos un año desde la celebración del matrimonio; que no haya hijos, o que existiendo sean mayores de edad; que éstos y los cónyuges no requieran de alimentos; que la cónyuge no este embarazada y que hayan liquidado la sociedad conyugal en caso de que se hayan casado bajo este régimen.¹⁷⁵

Este tipo de divorcio se hace ante el Juez del Registro Civil.

2.- Voluntario: “El divorcio judicial denominado voluntario es procedente cuando sea cual fuere la edad de los cónyuges, y habiendo procreado hijos, están de acuerdo en disolver el vínculo conyugal y para ello celebran un convenio que sometan a la aprobación de un juez de primera instancia, todo en los términos que previenen los artículos 634 al 682 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios y 272 último párrafo, 273 al 276 del C.C.”¹⁷⁶

3.- Necesario: “El divorcio contencioso Necesario, es la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretada por autoridad competente basándose en causa expresamente señalada en la Ley”,¹⁷⁷ es decir, debía estar expresamente fundado en alguna de las causales de divorcio señaladas en el artículo 267 del Código sustantivo civil.

El 03 de octubre de 2008, se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal un decreto por el cual se reformaba y derogaba el Código Civil para el Distrito Federal, reformando los artículos 266, 267, 271, 277, 280, 282, 283, 283 bis, 287, 288; y se derogaban los artículos 273, 275, 276, 278, 281, 284, 286 y 289 bis;¹⁷⁸ todos en materia de divorcio, lo cual mas adelante se detallará.

¹⁷⁵ *Código Civil para el Distrito Federal 2009*, op. cit.

¹⁷⁶ Pallares, Eduardo, op. cit., p. 37.

¹⁷⁷ Avendaño López, Raúl, op. cit., p. 87.

¹⁷⁸ “Gaceta Oficial del Distrito Federal”, *Boletín Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal del 06 de Octubre de 2008*, número 56, 03 de octubre de 2008.

2.2.2 Concepto

“Etimológicamente, divorcio viene del latín *divortium*, derivado de *divertere*, que significa irse o separarse, procedente a su vez de *vertere*, que significa girar.”¹⁷⁹

Salas Alfaro quien a su vez cita a Galindo Garfias, define etimológicamente el vocablo divorcio, que viene de “la voz latina *divortium*, derivada de *divertere*; irse cada uno por su lado. Evoca la idea de separación de algo que había estado unido”¹⁸⁰.

Ruiz Serramalera señala, que “por divorcio se entiende la disolución de un matrimonio válidamente contraído, cuando concurre algún justo motivo de los establecidos legalmente, y así se declara por resolución judicial.”¹⁸¹

Eduardo Pallares conceptualiza al divorcio como “un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato del matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros.”¹⁸²

La palabra Divorcio en sentido jurídico, según Rafael De Pina significa: “extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto, y por una causa determinada de modo expreso.”¹⁸³

¹⁷⁹ *Diccionario Anaya de la Lengua*, op. cit., p. 378.

¹⁸⁰ Salas Alfaro, Ángel, op. cit. p. 17.

¹⁸¹ Ruíz Serramalera, Ricardo, op. cit., p. 149.

¹⁸² Pallares, Eduardo, op. cit., p. 36.

¹⁸³ De Pina Vara, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, 21ª ed., México, Porrúa, 2000, Vol. I, p. 340.

Salas Alfaro define al divorcio como “una ruptura sentimental, emocional, física y legal, de personas casadas, fundada en causa real o irreal, o jurídica, que produce diversas consecuencias para cónyuges, hijos y terceros.”¹⁸⁴

De acuerdo a las reformas del 3 de octubre de 2008, concretamente en el artículo 266; el divorcio es la disolución del vínculo matrimonial, que deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, puede ser solicitado por uno o ambos cónyuges, manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde su celebración y una vez cumplidos los requisitos que marca la Ley.

2.2.3 Requisitos

“La reforma a los artículos 266 y 267 del Código Civil, que aprobó la Asamblea Legislativa durante el período extraordinario de agosto pasado, eliminó las 21 causales de divorcio, entre las que figuraba el adulterio, amenazas, el alcoholismo e incluso el de violencia familiar, a efecto de que el trámite proceda sólo con la manifestación de uno de los cónyuges y establece un procedimiento que se utilizará tanto si hay acuerdo entre ambos como cuando existan desavenencias.”¹⁸⁵

Con las reformas del 03 de octubre de 2008 al Código Civil del Distrito Federal, se eliminó el divorcio necesario, y con ello las causales del divorcio; dejando únicamente el divorcio administrativo y consagrándose el divorcio por medio de una solicitud sin necesidad de que exista alguna causal, únicamente se requiere manifestar el deseo de no querer continuar con el matrimonio, independientemente de la causa que exista.

¹⁸⁴ Salas Alfaro, Ángel, op. cit., p. 20.

¹⁸⁵ Bolaños Sánchez, Ángel, *La Jornada*, 03 de octubre de 2008.

El juicio de divorcio podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges, manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, requiriéndose lo siguiente (artículos 266 al 291 del Código en cita):¹⁸⁶

- Que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo.
- Solicitarlo ante el juez de lo Familiar manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio
- Acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, la cual deberá reunir los requisitos que marca el artículo 267, siendo los siguientes:

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.”

¹⁸⁶ *Código Civil para el Distrito Federal 2009*, op. cit.

2.2.4 Procedimiento

Este se encuentra consagrado de los artículos 266 al 291 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.¹⁸⁷

“Artículo 282: Desde que se presente la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictaran 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. De oficio:

I.- En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las documentales exhibidas en los convenios propuestos, tomará las medidas que considere adecuadas para salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, incluyendo las de violencia familiar, donde tendrá la más amplia libertad para dictar las medidas que protejan a las víctimas;

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

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

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

B. Una vez contestada la solicitud:

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

¹⁸⁷ Idem.

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.

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

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

V.- Las demás que considere necesarias.”

En la Sentencia de Divorcio se fijaran las cuestiones relativas a los hijos menores de edad, al respecto, el artículo 283 de la Ley en cita, menciona lo siguiente:

“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.- Tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de este Código, el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes y tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos.

V.- 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 y Ley de Acceso de las Mujeres a una vida libre de Violencia para el Distrito Federal. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

VI.- 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;

VII.- En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar, en la sentencia de divorcio, habrá de resolver sobre la procedencia de la compensación que prevé el artículo 267 fracción VI, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso.

VIII.- 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.”

Si el convenio a que se refiere el artículo 267 no contraviene ninguna disposición legal, estando los cónyuges de acuerdo con dicho convenio sin que exista ninguna controversia al respecto, el Juez lo deberá aprobar y decretará el divorcio mediante sentencia; pero en caso de que el convenio contravenga alguna disposición legal, el juez también decretará el divorcio mediante sentencia, dejando expedito el derecho de ambos cónyuges para que lo hagan valer mediante incidente, únicamente en lo que concierne al convenio; esto se encuentra regulado en el artículo 287 de la Ley en cita.

Una vez decretado el divorcio, el Juez deberá resolver sobre el “pago de alimentos a favor del cónyuge que, teniendo la necesidad de recibirlos, durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar, al cuidado de los hijos, esté imposibilitado para trabajar o carezca de bienes; tomando en cuenta las siguientes circunstancias:

- I.- La edad y el estado de salud de los cónyuges;
- II.- Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo;
- III.- Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia;
- IV.- Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge;
- V.- Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades; y
- VI.- Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.

En la resolución se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. El derecho a los alimentos se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato o haya transcurrido un término igual a la duración del matrimonio.”¹⁸⁸

Decretado el divorcio, los cónyuges recuperan su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio, ello con fundamento en el artículo 289 de la Ley Sustantiva Civil.

Cuando cause ejecutoria la sentencia de divorcio, el Juez deberá remitir copia al Juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, a fin de que levante el acta de divorcio y haga la anotación correspondiente en la del matrimonio disuelto; con fundamento en el artículo 291 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

¹⁸⁸ Idem.

2.3 Concubinato

Actualmente al hablar de concubinato, nos referimos a una unión de un hombre y una mujer, que no han celebrado matrimonio y que no tienen impedimentos legales para contraerlo, pero que viven en común, en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años, sin embargo, no es necesario el transcurso de este período, si reunidos los requisitos anteriores tienen un hijo en común.

2.3.1 Antecedentes

En el Derecho Romano:

Antes, el término concubinato era utilizado para uniones pasajeras, pero desde Augusto toma otra significación, ya no es ninguna deshonra vivir en concubinato, siempre que se trate de una unión monogámica y estable.¹⁸⁹

En Roma, el concubinato era calificado como la unión del hombre y la mujer libres, que no están casados, viviendo juntos como si lo estuvieran.¹⁹⁰

Magallón Ibarra anota que el concubinato no estaba penado por la ley romana; era una unión que no tenía el rango del matrimonio y que es inferior a éste.

Continua señalando, que el concubinato tiene dos fuentes: refiriéndose a la primera, “cuando la hija de un senador se casaba con la hija^{sic} de un liberto, la consecuencia no era un *matrimonio justo* sino un concubinato, una unión estable y monogámica, nada indecorosa, socialmente aceptada sin producir efectos; y la segunda, consistía en que a pesar de las ventajas legales que brindaba el *matrimonio justo*, algunas veces los interesados preferían la forma de convivencia maridable sin consecuencias jurídicas.”¹⁹¹

¹⁸⁹ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil, Derecho de Familia*, México, Porrúa, 1988, t. III, p. 340.

¹⁹⁰ Güitron Fuentevilla, Julián, *¿Qué es el Derecho Familiar?*, México, Promociones Jurídicas y Culturales, S. C., 1987, p. 81.

¹⁹¹ Magallón Ibarra, Jorge Mario, op. cit., p. 339.

En el concubinato, “a la mujer no se le concedía el grado de *uxor*, sino de concubina, motivo por el cual no compartía el rango, posición social y honores de su concubinario. Asimismo, los hijos habidos de concubinato eran denominados *liberi naturales*, susceptibles de ser legitimados con el matrimonio posterior de sus padres y con limitados derechos a la herencia; estos hijos nacían *sui iuris* y, por ende, no quedaban sometidos a la patria potestad del concubinario, eran cognados de la madre y de los parientes maternos.”¹⁹²

Galván Rivera señala, que la *Lex iulia de Adulteriis* tipificaba y sancionaba el *stuprum*, que era el comercio carnal ilícito con toda mujer joven o viuda, fuera de la *iustae nuptiae*; no obstante, en las leyes caducarias de Augusto, el concubinato no era castigado, recibía un principio de aceptación legal y respeto a su dignidad social, como una unión estable, monogámica, decorosa y moral.

El autor en mención, indica que el *concubinatus* era conocido por el emperador Justiniano, como *inaequale coniugium*, unión bio-social de categoría inferior al matrimonio, teniendo notables semejanzas con éste, pues, solo era permitido entre hombre y mujer que habían llegado a la pubertad, siempre que no fueran parientes, en los grados que impedían la celebración del matrimonio; sólo se podía tener una concubina o un concubinario exigiéndose que ambos estuvieran libres de matrimonio.¹⁹³

“Adicional a lo ya expuesto se debe decir que, a partir de la legislación Justiniana, se concedió vocación hereditaria a la concubina, en cuanto a la sucesión *ab intestato* de su concubinario. El emperador Justiniano otorgó igual derecho hereditario a los hijos habidos en concubinato, a más de atribuirles la facultad de exigir a sus padres el pago de alimentos, así como la posibilidad de ser legitimados por el posterior matrimonio de la pareja concubinaría”.¹⁹⁴

¹⁹² Galván Rivera, Flavio, *El Concubinato en el vigente Derecho Mexicano*, México, Porrúa, 2003, p. 13.

¹⁹³ Ibidem, p. 13 y 14.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 14

Constantino instauró sanciones en contra del concubinato, sin perjuicio de la protección de los hijos nacidos por dicha unión, a los cuales, como ya se mencionó, se les reconocía participación en la herencia del padre.¹⁹⁵

En el Derecho Canónico

En el Derecho Canónico, el concubinato fue tratado con rigor, llegando al grado de establecer la incapacidad de los concubinos de hacerse liberalidades entre sí y dejar los bienes a los hijos nacidos de dicha unión. El Código de Derecho Canónico, consagró cánones dedicados a definir los delitos y las penas (tomando en cuenta a las personas que los hayan cometido, ya sean laicos o clérigos), clasificando al concubinato como delito contra las buenas costumbres, pero para que la conducta sea considerada como delictuosa, se requería que fuera pública y como consecuencia, sea fuente de escándalo. Dicho Código, prescribe en el canon 1395 la pena de suspensión para el clérigo concubinario, y en caso de que éste persista con la misma conducta después de la amonestación, puede llegar a ser expulsado del estado clerical.¹⁹⁶

“San Agustín declaró procedente el bautismo de la concubina, siempre y cuando se comprometiera a no abandonar a su concubinario y los cánones de San Hipólito negaron el matrimonio a quien lo solicitara para abandonar a su concubina, a menos que ésta lo hubiera engañado”¹⁹⁷

En México

“Los Códigos Civiles para el Distrito y Territorios de Baja California de 1870 y 1884, no reglamentaron el concubinato, ni sus efectos respecto a los hijos y los bienes.

¹⁹⁵ De Pina Vara, Rafael, op. cit., p. 338.

¹⁹⁶ Magallón Ibarra, Jorge Mario, op. cit., p. 343.

¹⁹⁷ Galván Rivera, Flavio, op. cit., p. 17.

La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, tampoco legisló sobre el concubinato y sus efectos”¹⁹⁸

El Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, en materia común y para toda la República en materia Federal expedido en 1928, trascendió en cuatro temas fundamentales: la presunción de paternidad de los hijos de la concubina; la herencia legítima a favor de los hijos de la concubina, en relación a la sucesión *mortis causa* de su concubinario; la herencia legítima en beneficio de la concubina, y el derecho de alimentos, *post mortem*, a favor de la concubina. En la exposición de motivos de tal Código, se estableció a favor de los hijos nacidos de concubinato la presunción de ser hijos naturales del concubinario y de la concubina.¹⁹⁹

De 1932 al 31 de mayo del 2000, el concubinato en México, ha tenido diversas reformas, dándole efectos sucesorios sólo para la concubina. Posteriormente, en 1983, también se estableció para el concubino; se le denominó matrimonio de hecho, equiparándolo incluso a esta unión, con graves consecuencias, al haber establecido que el supuesto para heredar en sucesión legítima, también daba derechos alimentarios y otras prestaciones.²⁰⁰

En el Código Civil para el Distrito Federal del año 2000, se agregó el capítulo XI, denominado “Del Concubinato”, regulando los alcances y efectos en cuatro artículos, los cuales más adelante se detallarán.

Cabe recordar, que el 16 de noviembre de 2006 fue publicada en el Diario Oficial del Distrito Federal la Ley de Sociedad de Convivencia, entrando en vigor el día 17 de marzo de 2007. Esta Ley, básicamente regula la asociación y las relaciones derivadas de las personas físicas de diferente o del mismo sexo,

¹⁹⁸ Güitron Fuentevilla, Julián, *¿Qué es el Derecho Familiar?*, op. cit., p. 81.

¹⁹⁹ Galván Rivera, Flavio, op. cit., p. 21.

²⁰⁰ Güitron Fuentevilla, Julián, *Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000*, México, Porrúa, 2003, p. 171.

mayores de edad y con capacidad jurídica plena, que establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, denominada como “sociedad de convivencia”.²⁰¹

El objetivo principal de la Ley es proteger las uniones de personas del mismo sexo, formadas con la finalidad de crear un hogar de manera permanente, produciendo efectos entre las partes y frente a terceros. Se menciona que los socios tienen la obligación de darse alimentos durante la sociedad o al término de ésta; también tienen derechos sucesorios a heredar en la sucesión legítima, sin embargo, dicha Ley no dispone la forma de realizar o ejercitar dichas acciones, señalando en los artículos 5, 13 y 14, que se deben de aplicar las disposiciones del concubinato. Pero en el Código Civil para el Distrito Federal, el artículo 291-bis señala que los concubinos tienen derechos alimentarios y sucesorios siempre que “no existan impedimentos legales para contraer matrimonio”, y como entre personas del mismo sexo no se puede contraer matrimonio, en primer lugar, los socios de una sociedad de convivencia no tendrían derechos alimentarios ni sucesorios, por entrar en contradicción dicha Ley con la Ley Sustantiva Civil.

No obstante lo anterior, dicha ley dice que son aplicables las disposiciones del concubinato “en lo que fueren aplicables”, pero como una característica fundamental del concubinato es vivir en “común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones” o “reunidos los demás requisitos tengan un hijo en común”; la aplicación del concubinato a la Ley de Sociedad de Convivencia resulta un tanto errónea y equívoca; ya que tal y como lo señala Adame Goddard, de aplicarse dicha Ley al concubinato, “los socios de una sociedad de este tipo tendrían un derecho a los alimentos más expedito que los que integran un concubinato, ya que lo tendrían al momento de la constitución de

²⁰¹“Decreto de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal”, Gaceta Oficial del Distrito Federal, http://www.consejeria.df.gob.mx/gaceta/pdf/noviembre06_16_136.pdf

la sociedad, y no, como los concubinarios, hasta que hayan permanecido unidos durante dos años (artículo 291-bis).”²⁰²

El 12 de enero de 2007 el Congreso local del estado de Coahuila, incorporó al Código Civil de dicha entidad la figura del “pacto civil de solidaridad”, mediante el cual se garantiza la unión de aquéllas parejas de igual o distinto sexo, beneficios jurídicos como alimentos, administración de bienes, “pensiones, disposiciones testamentarias especiales o beneficios o provechos por prestaciones sociales u otros análogos” que contemplen las leyes; convirtiéndose dicha entidad, después del Distrito Federal, en la segunda entidad en legislar este tipo de uniones.²⁰³

2.3.2 Concepto

Magallón Ibarra señala, que el concubinato consiste en “una convivencia sexual entre hombre y mujer, con aspectos de permanencia y todas las características que se dan en la unión matrimonial; pero en la que está ausente el *honor matrimonii*, por lo que la mujer no tiene el rango de esposa y de ahí que se le califique como una unión de orden inferior”.²⁰⁴

El Diccionario Anaya de la Lengua define al concubinato como “la relación de un hombre y una mujer que viven juntos y mantienen relaciones sexuales sin estar casados.”²⁰⁵

De Pina Vara considera al concubinato como “la unión de un hombre y una mujer, sin formalización legal para cumplir los fines atribuidos al

²⁰² Adame Goddard, Jorge, “Análisis y Juicio de la Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal”, *Revista Jurídica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), Nueva Serie, Año XI, número 120, Septiembre-Diciembre 2007, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/120/el/el10.htm>

²⁰³ “Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza”, <http://sgob.sfpcoahuila.gob.mx/admin/uploads/Documentos/modulo24/C%C3%B3digoCivilparaelEstadodeCoahuiladeZaragoza1.pdf>

²⁰⁴ Magallón Ibarra, Jorge Mario, op. cit., p. 338.

²⁰⁵ *Diccionario Anaya de la Lengua*, op. cit., p. 265.

matrimonio.”Asimismo, lo concibe como una situación de hecho susceptible de ser probada por cualquier medio.²⁰⁶

El Código Civil del Estado de Baja California Sur ofrece una interesante definición legal: “El concubinato es la unión de un solo hombre y una sola mujer, libres de impedimentos de parentesco y ligamen matrimonial, con el propósito tácito de integrar una familia a través de la cohabitación doméstica y sexual, el respeto y la protección recíprocos, así como la eventual perpetuación de la especie.”²⁰⁷

El Código Civil del estado de Puebla, en su artículo 297 consagra: “el concubinato es la unión de hecho entre un solo hombre y una sola mujer, que estando en aptitud de contraer matrimonio entre sí, no lo han celebrado en los términos que la Ley señala y hacen vida en común de manera notoria y permanente, situación que sólo podrá demostrarse si han procreado hijos o han vivido públicamente como marido y mujer durante más de dos años continuos.”²⁰⁸

Para Galván Rivera el concubinato es el “acto jurídico unilateral, plurisubjetivo, de Derecho Familiar, por el cual un solo hombre y una sola mujer, libres de matrimonio, sin impedimento o dirimente no dispensable y con plena capacidad jurídica para celebrarlo entre sí, deciden hacer vida en común, de manera seria, no interrumpida, estable y permanente, a fin de constituir una nueva familia o grupo social primario, sin la necesidad de satisfacer determinadas formalidades, ni requisito alguno de inscripción en el Registro Civil.”²⁰⁹

El Código Civil vigente para el Distrito Federal no nos proporciona una definición del concubinato, sin embargo nos dice qué se requiere para que se

²⁰⁶ De Pina Vara, Rafael, op. cit., p. 336.

²⁰⁷ “Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur,” <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/>

²⁰⁸ “Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla”, <http://www.congresopuebla.gob.mx/web/prensa/tmp/ccivil.pdf>

²⁰⁹ Galván Rivera, Flavio, op. cit., p. 121 y 122.

conforme dicha figura; en razón de ello y según lo estipulado por diversos autores, considero que desde el aspecto jurídico, el concubinato es la unión de un hombre y una mujer, que no han celebrado matrimonio y que no tienen impedimentos legales para contraerlo, pero que viven en común, en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años, sin embargo, no es necesario el transcurso de este período, si reunidos los requisitos anteriores tienen un hijo en común.

2.3.3 Naturaleza Jurídica

Come se ha venido diciendo, la naturaleza jurídica es un tema de múltiples e inacabadas opiniones y discusiones entre los doctrinarios del derecho, sin embargo, a continuación mencionaré las más destacadas en la doctrina.

La naturaleza jurídica del concubinato, puede ser valorada como:²¹⁰

- Hecho Social o Ajurídico: esta corriente considera, que la vida de una pareja unida en concubinato es un simple hecho social, de carácter ajurídico o metajurídico extraño al Derecho, no regulado por ninguna norma jurídica, sino única y exclusivamente por reglas del trato social o por las normas de carácter moral.
- Hecho Jurídico de las personas, voluntario y lícito: Se refiere al concubinato como hecho jurídico en sentido estricto, cuyo origen es la conducta humana voluntaria y lícita, a la cual los ordenamientos jurídicos vigentes otorgan determinados y excepcionales efectos de Derecho.
- Estado Civil: Es la situación jurídica permanente que guarda una persona respecto de su familia, es uno de los atributos de la personalidad; sin embargo, no debe ser considerado como la naturaleza jurídica del

²¹⁰ Ibidem, p. 132-136.

concubinato, por entrañar cuestiones más complejas que un simple estado civil.

- **Institución Jurídica:** según Galván Rivera, la institución jurídica es una idea de obra que se realiza, organiza y dura jurídicamente, en un medio social, y el concubinato indiscutiblemente es una idea de obra que se realiza, que tiene existencia, estabilidad y permanencia, social y jurídica, en el tiempo y en el espacio, caracterizado por tener órganos de poder o subsistemas de organización.
- **Acto Jurídico de Derecho Familiar:** es toda manifestación o exteriorización de la voluntad, con la finalidad de generar consecuencias de derecho, sancionado por una norma jurídica; siendo sus consecuencias, la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos y deberes.

Una vez estudiada cada una de las corrientes acerca de la Naturaleza Jurídica del Concubinato, no cabe duda que se trata de un acto jurídico, porque dicha figura crea, transmite, modifica y extingue derechos y obligaciones.

2.3.4 Efectos del Concubinato

Los efectos y alcances de esta figura se encuentran regulados de los artículos 291 Bis al 291 Quintus, 302, 391 y 1635; siendo los siguientes:²¹¹

- Derechos y obligaciones recíprocos para la concubina y el concubinario.
- Rigen todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.
- Genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en el Código Civil o en otras leyes.

²¹¹ *Código Civil para el Distrito Federal 2009, op. cit.*

- La concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, al cesar la convivencia, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, viva en concubinato o contraiga matrimonio. Este derecho podrá ejercitarse solo durante el año siguiente a la cesación del concubinato.
- Los concubinos pueden adoptar cuando ambos estén conformes en considerar al adoptado como hijo.
- La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que reúnan los requisitos que marcan los artículos 291 Bis al 291 Quintus.

2.4 Adopción

La adopción es una figura del Derecho Familiar, por medio del cual se crea un vínculo de parentesco civil, teniendo tanto el adoptante como el adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos.

Esta figura, al igual que las anteriores, será estudiada tomando en cuenta sus antecedentes históricos, los conceptos que le atribuyen diversos doctrinarios de la materia, los requisitos para adoptar, los tipos de adopción, sus efectos, y con ello la regulación que establece el Código Sustantivo Civil.

2.4.1 Antecedentes

“Morir sin descendencia significaba ausencia de ritos fúnebres y el descuido de los dioses familiares, motivos suficientes para merecer el desamparo en el más allá, la extinción del culto familiar y de la familia misma. La adopción se convirtió en la varita mágica que solucionaba la carencia de descendientes, su finalidad no era dar consuelo a las personas sin hijos u obtener una satisfacción moral sino cumplir con deberes religiosos”²¹².

²¹² Brena Sesma, Ingrid, *Las adopciones en México y algo más*, 1ª ed., México, UNAM, 2005, p. 5.

En el Derecho Romano:

“Los Romanos sistematizaron la institución. Desde la época primitiva hasta la Justineana se regularon las dos formas clásicas de la adopción, la *adoptio* y la *adrogatio*.”²¹³

En la adrogación, el adoptado era *sui iuris* y tanto el como su familia quedaban sujetos a la patria potestad del adoptante; en cambio, en la adopción, el adoptado era *alieni iuris*, incorporándose sólo este a la familia del adoptante.²¹⁴

“El que adoptaba un hijo venía obligado primordialmente a iniciarle en su culto, introducirle en su religión doméstica, hacerle llegar a sus penates. Por eso la adopción daba lugar a una ceremonia sagrada muy semejante a la que motivaba el nacimiento de un hijo, y quedando admitido en el hogar el recién venido, y asociado a la religión, los dioses, objetos sagrados, ritos, oraciones, todo le era desde entonces común con su padre adoptivo. Decíase de él *in sacra teansiit*, ha pasado al culto de su nueva familia”.²¹⁵

Algunos rasgos característicos de la adopción en Roma, fueron los siguientes:²¹⁶

- El adoptante debía tener mayor edad que el adoptado. En el caso de la adrogación la edad era más severa, debiendo el adrogante haber cumplido sesenta años de edad.
- Solo podían adoptar las personas *sui iuris*, es decir, el adoptante debía ser capaz de ejercer la patria potestad.
- Era necesario el consentimiento del adoptado. En la adrogación debía ser expreso, en cambio, en la adopción bastaba con que no hubiera manifestación en contrario.

²¹³ Idem.

²¹⁴ Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., p. 322.

²¹⁵ Fustel de Coulanges, op. cit., p. 65.

²¹⁶ Chávez Asencio, Manuel F., *La Familia en el Derecho: Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, 5ª edición, México, Porrúa, 2004, p. 195.

- Solo podían adoptar los que eran capaces de engendrar hijos, no así los castrados e impúberes. A los impotentes no debía impedírseles para adoptar.
- La adopción se practicaba gracias al principio de la *imitatio naturae*(imitación de la naturaleza)

Mata Pizaña afirma, que “conforme el imperio se fue cristianizando, la adopción y la adrogación fueron cayendo en desuso e inclusive, con el tiempo, eran mal vistas. Ambas formas de adopción básicamente tenían como finalidad la constitución de la patria potestad y con ello el derecho de agnación y una relación recíproca sucesoria.

En el Postclásico, en Oriente, Justiniano modificó esta figura a fin de que sólo sirviera para considerar al adoptado como hijo carnal del adoptante; aunque se establecieron dos tipos de adopción; la plena y la minus plena. En la primera, el adoptado ingresaba totalmente a la familia del adoptante, y en la segunda, sólo adquiría el derecho de heredar al adoptante.

En la edad media cayeron en desuso estas instituciones hasta bien avanzada la Edad Moderna.”²¹⁷

En el Código de Napoleón:

En el Código de Napoleón se reguló la adopción, estableciendo que sólo podían ser adoptados los menores de edad, dejando subsistente su parentesco con su familia original.²¹⁸

“Las disposiciones del Código de Napoleón hicieron que la institución no se arraigara en las costumbres, y se observó un número reducido de adopciones en Europa. No tuvo mucha trascendencia. La imposibilidad de adoptar menores de

²¹⁷ Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., p. 323.

²¹⁸ Idem.

edad, hizo que fuera una institución poco aceptable, al no cumplir finalidades en beneficio de los menores. Tuvo que venir como un factor dramático la primera guerra mundial, para que se reflexionara sobre el problema debido al enorme número de huérfanos.²¹⁹

Hurtado Oliver menciona, que en dicho Código se establecía que la persona de cualquier sexo, de 50 o más años de edad podía adoptar, siempre y cuando, en el momento de la adopción no tuviera descendencia legítima ni legitimada, debiendo ser 15 años mayor que el adoptado.

La adopción solo era válida si el adoptante se hizo cargo del adoptado por lo menos durante seis años de su minoría de edad, con excepción de que el adoptado le hubiera salvado la vida en combate, naufragio o incendio. En ningún caso la adopción puede tener lugar antes de que el adoptado adquiera la mayoría de edad.²²⁰

Así, dicho autor concluye, que el Código Civil de Francia “reconoció tres clases de adopción: la ordinaria, conforme al modelo romano y dos especiales, producto de su creación: la remuneratoria establecida en el artículo 366 como medio de recompensar a quien hubiese expuesto su vida por salvar la del adoptante en casos de combate, naufragio, incendio o similar, y la testamentaria para que quien hubiese asumido la tutela de un menor con intención de adoptarlo, y por causa de muerte no lo hubiese hecho en vida puede testar en el sentido de que la adopción deseada se concrete conforme a sus instrucciones.”

Por ultimo, señala que en cuanto a la naturaleza jurídica de la adopción éste era de un contrato solemne, razón por la cual el adoptado debía esperar a tener plena capacidad jurídica para suscribirlo.²²¹

²¹⁹ Chávez Asencio, Manuel F., *La Familia en el Derecho: Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, op. cit., p. 199.

²²⁰ Hurtado Oliver, Xavier, *La Adopción y sus Problemas*, México, Porrúa, 2006, p. 44.

²²¹ *Ibidem*, p. 51.

En México:

La institución de la adopción fue reconocida el 27 de enero de 1857 en la Ley Orgánica del Registro del Estado Civil, enumerándose en su artículo 12 los actos del estado civil, siendo los siguientes: “I. El nacimiento; II. El matrimonio; III. La adopción y la arrogación...”²²²

Chávez Asencio asevera, que también se hace referencia a la figura de la adopción, aunque en forma negativa, en el decreto N° 4967 del 10 de agosto de 1857 que promulga la Ley de Sucesiones por Testamento y *ab intestado*, en la cual se expresaba que quedaban abolidos los derechos que se concedían a los hijos adoptivos y arrogados el derecho de heredar.

La adopción era conocida y practicada en el México independiente del siglo XIX, conforme a las leyes vigentes españolas, como son: las Siete Partidas, el Fuero Real, los Ordenamientos de Alcalá, Ordenamiento Real, las Leyes del Foro, la Nueva y la Novísima Recopilación y, en especial la Recopilación de Indios.

En nuestro país, la adopción no fue regulada en los Códigos Civiles de 1870 ni de 1884.²²³

“En la Ley de Relaciones Familiares y en el Código Civil de 1928 se reguló la adopción, estableciéndose en este último ordenamiento que sus efectos se limitaban entre adoptante y adoptado, y que éste último conservaba sus vínculos de parentesco con su familia consanguínea. Asimismo, dicha adopción podía terminar por revocación del adoptante, mutuo consentimiento entre adoptante y adoptado y por la impugnación de éste último.”²²⁴

Respecto a la Ley de Relaciones Familiares, en el artículo 220 se consigna que la adopción es “el acto legal por el cual una persona mayor de edad, acepta a

²²² Chávez Asencio, Manuel F., *La Familia en el Derecho: Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, op. cit., p. 210.

²²³ Ibidem, p. 210 y 211.

²²⁴ Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., p. 324.

un menor como hijo, adquiriendo respecto de él todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta, respecto de la persona de un hijo natural.”²²⁵

El Código Civil de 1928 fue reformado el 28 de mayo de 1998, incorporándose la figura de la adopción plena; se denominó como adopción simple a aquella figura en la que se limitaban los efectos entre adoptante y adoptado. Posteriormente, con las reformas del 2000, prácticamente se eliminó la adopción simple, quedando un solo caso, que es el comprendido en el artículo 410D,²²⁶ que más adelante se detallará; existiendo desde ese entonces solo la adopción plena, quedando como excepción dicho artículo.

2.4.2 Concepto

“La palabra adopción viene del latín *adoptio*, y adoptar, de *adoptare*, de *ad* y *optare*, desear (acción de adoptar o prohijar). Es recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no es naturalmente.”²²⁷

El Diccionario Anaya de la Lengua puntualiza, que “la adopción es la acción legal por la que una persona toma como hijo propio a uno que ha nacido de otros padres”²²⁸

Mata Pizaña precisa, que la adopción “es el acto jurídico plurilateral, mixto y complejo de Derecho Familiar, por virtud del cual, contando con la aprobación judicial correspondiente, se crea un vínculo de filiación entre el adoptante y el adoptado así como por regla general un parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y entre el adoptante y los descendientes del adoptado.”

²²⁵ Magallón Ibarra, Jorge Mario, op. cit., p. 504.

²²⁶ Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., p. 324.

²²⁷ Chávez Asencio, Manuel F., *La Familia en el Derecho: Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, op. cit., p. 191.

²²⁸ *Diccionario Anaya de la Lengua*, op. cit., p. 23.

El autor en cita, afirma que es un acto plurilateral porque no solo se requiere el consentimiento del adoptante, sino también el de las personas señaladas en el artículo 397; mixto, porque se necesita que el juez apruebe la adopción; complejo, porque el procedimiento se realiza en varias etapas; y de Derecho Familiar, porque se encuentra regulado en el primer libro del Código Civil y porque es de índole familiar.²²⁹

Chávez Asencio concibe a la adopción, como “aquella institución por virtud de la cual se establecen entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima.”²³⁰

Rafael De Pina, quien cita a Castan, considera a la adopción como “un acto jurídico que crea, entre el adoptante y el adoptado, un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas (aunque no idénticas) a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas”.²³¹

Por su parte, Ferrer Francisco opina que la palabra adopción puede emplearse en tres sentidos:²³²

- 1.- “Adopción es el acto jurídico que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil del que surgen relaciones similares a las que se originan con la paternidad y filiación biológica;
- 2.- Adopción como estado de filiación adoptiva;
- 3.- Adopción como proceso es el conjunto de actos procesales que tienen como fin el dictado de una sentencia de adopción”.

²²⁹ Mata Pizaña, Felipe De La, cp. cit., p. 321 y 322.

²³⁰ Chávez Asencio, Manuel F., *La Familia en el Derecho: Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, Op. Cit., p. 191.

²³¹ De Pina Vara, Rafael, op. cit., p. 315.

²³² Ferrer, Francisco A. M. et al., *Código Civil comentado: Derecho de Familia*, Argentina, Rubinzal-Culzoni editores, 2004, t. III, p. 111.

Tomando en cuenta todas y cada una de las definiciones de los diversos doctrinarios en la materia, así como lo dispuesto por la Ley Sustantiva Civil; concluyo que la adopción debe ser entendida como aquél acto jurídico mixto, por medio del cual se crea un vínculo de parentesco civil, teniendo el adoptante y el adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos.

2.4.3 Naturaleza Jurídica

Las tratadistas divergen en cuanto a la concepción de la naturaleza jurídica de la adopción; entre las posturas que más destacan son las siguientes:

Contrato: Para Planiol, Colin y Capitan esta figura es contrato solemne sometido a la aprobación judicial.²³³

Con el paso del tiempo, las concepciones fundadas en el contrato no perduraron.

Institución: Desde esta perspectiva, Chávez Asencio señala, que “la adopción es una institución jurídica solemne y de orden público, por la que se crean entre dos personas que pueden ser extrañas la una de la otra, vínculos semejantes a aquéllos que existen entre padre o madre unidos en legítimo matrimonio y sus hijos. Se trata de una institución solemne y de orden público, por cuanto que al crear y modificar relaciones de parentesco toca intereses del estado y compromete el orden público”.²³⁴

Acto del poder estatal: Se dice que el acto jurídico que da lugar a la adopción, es un acto del poder estatal, porque el vínculo jurídico entre adoptante y adoptado es resultado de la aprobación judicial.²³⁵

²³³ Brena Sesma, Ingrid, op. cit., p. 26.

²³⁴ Chávez Asencio, Manuel F., *La Familia en el Derecho: Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, op. cit., p. 221.

²³⁵ *Ibidem*, p. 222.

En mi opinión, la adopción no puede ser un acto del poder estatal, ya que no solo se requiere la aprobación por parte de un Juez Familiar, sino que también intervienen varias voluntades, como es el consentimiento del adoptante, los representantes del adoptado, entre otros.

Acto Mixto: Es un acto mixto, en razón de que intervienen varias personas, como son el adoptante, adoptado si es mayor de 12 años y todas las personas que señala el artículo 397 del Código Civil.²³⁶

En lo particular, considero que la naturaleza jurídica de la adopción, es la de un acto jurídico mixto.

2.4.4 Requisitos

Los requisitos para adoptar se pueden dividir en dos, los primeros se refieren al adoptante y los segundos al adoptado, dichos requisitos se encuentran establecidos en los artículos 390, 391, 393 y 397 del Código Civil para el Distrito Federal, y son los siguientes:²³⁷

Requisitos del Adoptante:

- Ser personas físicas: “Sólo pueden adoptar personas físicas, no sólo por así expresarlo nuestro Código, sino porque de acuerdo con la naturaleza de la institución, sólo las personas físicas son las que constituyen una familia, en relación a la cual puede generarse el parentesco”.²³⁸
- Tener más de veinticinco años por regla general, y por excepción en los casos en que los adoptantes sean cónyuges es necesario que al menos uno cumpla con el requisito de la edad.
- En el caso de los cónyuges o concubinos, se requiere que los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo

²³⁶ Idem.

²³⁷ *Código Civil para el Distrito Federal 2009*, op. cit.

²³⁸ Chávez Asencio, Manuel F., *La Familia en el Derecho: Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, op. cit., p. 228.

- Estar libre de matrimonio o concubinato, salvo que ambos cónyuges o concubinos adopten.
- Que el adoptante sea 17 años mayor que el adoptado.
- Que el adoptante este en pleno ejercicio de sus derechos
- Si el adoptante es el tutor del menor, deben estar aprobadas las cuentas de la tutela.
- Que el adoptante acredite tener los medios bastantes para proveer a la subsistencia, la educación y el cuidado de la persona que trate de adoptar, como de hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar.
- Que el adoptante pruebe ser una persona apta y adecuada para adoptar.
- Que el adoptante garantice que la adopción es benéfica para el adoptado, atendiendo el interés superior de éste.

Requisitos del Adoptado:

- Que sea un menor de edad o un mayor de edad incapacitado
- Que sea diecisiete años menor que el adoptante.

El artículo 397 de la Ley Sustantiva Civil, señala que también se requiere el consentimiento de las siguientes personas:

- De quien ejerza la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar;
- Del tutor del que se pretende adoptar;
- Cuando el adoptado no tenga padres conocidos ni tutor, se requiere el consentimiento del Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado.
- Del menor, en caso de que tenga más de doce años.

2.4.5 Tipos de Adopción

Antes de las reformas al Código Civil del año 2000, existían dos tipos de adopción: la simple y la plena; actualmente con dichas reformas solo quedaron dos tipos de adopción, que es la plena y la Internacional; sin embargo, existe un

solo caso de adopción simple, que es el contemplado en el artículo 410D de la citada legislación.²³⁹

Mata Pizaña, tomando en cuenta la legislación del Código Civil, clasifica a la adopción de dos formas:²⁴⁰

Por las personas que la realizan:

- Adopción hecha por mexicanos.
- Adopción Internacional: Se encuentra regulada por los artículos 410 E y 410F, los cuales establecen lo siguiente:²⁴¹

“Artículo 410-E. La adopción internacional es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional. Esta adopción se regirá por los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano bajo el principio de bilateralidad y, en lo conducente, por las disposiciones de este Código.

La adopción por extranjeros es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia permanente en el territorio nacional. Esta adopción se regirá por lo dispuesto en el presente Código.”

“Artículo 410 F. En igualdad de circunstancias se dará preferencia en la adopción a mexicanos sobre extranjeros.”

González Martín señala, que la figura y el procedimiento de la adopción internacional es un elenco de disposiciones que controlan, en exceso, el manejo de la adopción internacional.²⁴²

La adopción Internacional siempre será plena; es decir, el parentesco del adoptado es amplio con todos los familiares del adoptante, es un parentesco

²³⁹ Idem.

²⁴⁰ Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., p. 328 y 329.

²⁴¹ *Código Civil para el Distrito Federal 2009*, op. cit.

²⁴² González Martín, Nuria, *Adopción Internacional: la práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 41.

semejante al consanguíneo; en cuanto a la patria potestad, esta será ejercida por el o los adoptantes.²⁴³

Por sus efectos:

- Plena: “El adoptado bajo la forma de adopción plena se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo y debe llevar los apellidos del adoptante o adoptantes.”²⁴⁴
- Simple: “Este tipo de adopción se caracteriza porque el adoptado no deja de formar parte de su familia de origen, en la cual conserva todos sus derechos y no adquiere parentesco alguno con los parientes de quien lo adopta. La única relación jurídica que existe es entre el adoptante y el adoptado.”²⁴⁵

2.4.6 Efectos de la adopción

Los efectos de la adopción plena, se encuentran consagrados en los artículos 395, 396, 410A y 410 C del Código en comento, y son los siguientes.²⁴⁶

- El adoptante tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que el padre tiene sobre la persona y bienes del hijo consanguíneo.
- El adoptado tendrá respecto de la persona que lo adopte los mismos derechos y obligaciones que tienen los hijos con sus padres.
- El adoptante dará su nombre y apellidos al adoptado, salvo que no lo estime conveniente.
- El adoptado se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos del matrimonio.

²⁴³ Chávez Asencio, Manuel F., *La Familia en el Derecho: Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, op. cit., p. 246.

²⁴⁴ De Pina Vara, Rafael, op. cit., p. 373.

²⁴⁵ Brena Sesma, Ingrid, op. cit., p. 30.

²⁴⁶ *Código Civil para el Distrito Federal 2009*, op. cit.

- La adopción extingue la filiación anterior del adoptado, excepto en los impedimentos del matrimonio.
- El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones que tendría un hijo consanguíneo
- Otorga el derecho a heredar mediante sucesión legítima, como si fuera hijo consanguíneo
- Crea una obligación alimentaria entre adoptante y adoptado, así como de éste último y la familia de aquél, y entre el adoptante y los descendientes del adoptado.
- Es irrevocable
- Se expide el acta correspondiente, con las mismas características y efectos que el acta de nacimiento.
- El Registro Civil no proporcionará información sobre los antecedentes de la familia de origen del adoptado, excepto en caso de impedimentos para contraer matrimonio y cuando el adoptado desee conocer sus antecedentes familiares, siempre y cuando sea mayor de edad, si fuere menor de edad se requerirá el consentimiento de los adoptantes; en ambos casos se requiere autorización judicial para proporcionar información.

En cuanto al efecto de la adopción simple, éste se encuentra consagrado en el artículo 410 D, consiste en crear un parentesco civil que se limite únicamente entre adoptante y adoptado, para el caso de las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz que se adopte.²⁴⁷

2.5 Filiación

Es un hecho claramente indiscutible, que toda persona es hijo de aquéllos de quien procede la generación y que a cada uno, por imposición biológica y de manera natural le corresponde tener ciertos padres. Y es en razón de ello, que la Ley regula dichos actos, reconociendo la filiación y fijando el contenido de la relación jurídica correspondiente.

²⁴⁷ Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., p. 333.

“La filiación es una de las figuras jurídicas que forman parte del derecho de familia, que como el matrimonio, tiene la característica de ser un hecho natural regulado por el ordenamiento jurídico, inspirado fundamentalmente en la protección del interés del hijo y la hija.”²⁴⁸

Es indudable que la filiación es un lazo sanguíneo, sin embargo, para el derecho familiar, dicha institución significa más que una relación biológica, se trata de una relación de índole jurídica.

En México, la filiación no solo es una situación restrictiva de los hijos de los cónyuges, sino también abarca a los hijos cuyos padres no están unidos en matrimonio,²⁴⁹ tal y como se detallará más adelante.

En este apartado abordaré la figura de la filiación desde sus antecedentes históricos, su concepto y la regulación que establece el Código Civil del Distrito Federal para dicha figura.

Asimismo, se analizará de manera breve y concisa las pruebas de filiación que son reconocidas por nuestra legislación.

2.5.1 Antecedentes

En el Derecho Romano:

Se consideraron naturales a los hijos nacidos en concubinato. Éstos seguían la condición de la madre, su legitimación adoptó tres formas:²⁵⁰

- *Per subsequens matrimonium.* Tenía lugar cuando se tomaba por mujer a una concubina.
- *Per oblationem curiae.* Autorizó a los padres que no tuvieran hijos legítimos para donar o dejar testamento a los hijos naturales, si eran varones.

²⁴⁸ Guzmán Ávalos, Aníbal. *La Filiación en los Albores del Siglo XXI*, México, Porrúa, 2005, p. 1.

²⁴⁹ Ibidem, p. 3.

²⁵⁰ Ayala Salazar, José Melchor y González Torres, Martha Gabriela, op. cit., p. 51.

- *Per rescriptum principis*. Fue creada por Justiniano, se concedía cuando no existieran hijos legítimos y fuera imposible el matrimonio con la concubina.

Los hijos espurios eran los concebidos fuera de matrimonio por alguno de los cónyuges; los incestuosos eran los hijos de progenitores que no podían casarse por algún impedimento, ya sea por consanguinidad o afinidad; los hijos considerados como sacrilegio eran aquéllos cuyo progenitor estuviera vinculado al sacerdocio o algún voto de castidad y los llamados mánceres, eran los hijos de las prostitutas.²⁵¹

Edad Media

Los hijos eran clasificados en legítimos e ilegítimos; los primeros eran los que nacían del matrimonio, eran considerados más nobles, podían recibir dignidad, órdenes sagradas u otras honras seculares, lograban heredar de padres, abuelos y demás parientes; en cambio, los ilegítimos eran los que no provenían de un matrimonio, los que nacían con barraganas, los nacidos del adulterio, etc., éstos no podían heredar, sus padres y parientes no estaban obligados a darles alimentos, pero tampoco era prohibido darles; sin embargo, la madre adúltera o incestuosa estaba obligada a proporcionarle alimentos de acuerdo al principio *mater semper*.²⁵²

Derecho Canónico

Se consideró como hijos legítimos los concebidos de un matrimonio válido, se presumen como legítimos los nacidos por lo menos 180 días después de celebrado el matrimonio y/o dentro de los 300 días a partir de la disolución de la vida conyugal. A través del matrimonio válido de los padres, los ilegítimos quedan legitimados y se equiparan en todo a los legítimos para efectos canónicos, con excepción de que en el derecho civil se disponga otra cosa.²⁵³

²⁵¹ Ibidem, p. 44.

²⁵² Ibidem, p. 66 y 67.

²⁵³ Guzmán Ávalos, Aníbal. op. cit., p. 11.

En México

En los Códigos de 1870 y 1884 es en donde existe una clara referencia de la filiación y sus efectos. El Código Civil de 1870, clasificó a los hijos en legítimos (filiación derivada del matrimonio) y en hijos fuera del matrimonio, y a éstos últimos los subdividió en naturales y en espurios.²⁵⁴

Respecto al Código de 1870, Adame Goddard especifica, que “los hijos concebidos fuera de matrimonio de padres que podían haberse casado son llamados hijos naturales (artículo 355), los cuales pueden ser legitimados por subsecuente matrimonio; los hijos legitimados tienen los mismos derechos que los hijos legítimos. A parte de la categoría de hijos legítimos o legitimados, el Código menciona otras dos que dependen de la consideración de que el matrimonio es, como lo afirma la Epístola de Melchor Ocampo, “el único medio moral de fundar la familia”; y los hijos concebidos por personas que no podían casarse por haber algún impedimento entre ellas, como los habidos de relaciones adúlteras o incestuosas, eran llamados hijos espurios, los cuales tenían menos derechos que los hijos naturales (artículo 384)”.²⁵⁵

En el Código de 1884 se mantiene la división hecha en el Código anterior; en el capítulo relativo a las actas de nacimiento también se hace referencia a los hijos adulterinos y a los incestuosos, asimismo, se conserva la diferencia entre hijos naturales y espurios, contemplando en el capítulo relativo a las actas de reconocimiento, la posibilidad de la designación de los hijos espurios se haga en las actas de nacimiento, aquéllos cuyo padre o madre hayan hecho constar su nombre en la forma debida. En cuanto a los derechos sucesorios, en el Código de 1884, se subraya la diferencia en perjuicio de los hijos naturales y espurios.²⁵⁶

²⁵⁴ Adame Goddard, Jorge, *El Matrimonio Civil en México (1859-2000)*, op. cit., p. 19 y 20.

²⁵⁵ Idem.

²⁵⁶ Chávez Asencio, Manuel F., *La Familia en el Derecho: Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, op. cit., p. 139.

En cambio, la Ley sobre Relaciones Familiares, conservaba la distinción entre hijos legítimos, nacidos de matrimonio y los hijos naturales, nacidos fuera de matrimonio, pero eliminó la categoría de hijos espurios; señalaba que los hijos naturales sólo tenían derecho a llevar el apellido del progenitor que los había reconocido.²⁵⁷

Por su parte, el Código de 1928 proclama la igualdad jurídica de los hijos, independientemente de su nacimiento dentro o fuera del matrimonio, existe el derecho de reclamar alimentos y derechos en la sucesión hereditaria. Asimismo, éste Código permite la investigación de la paternidad de los hijos fuera de matrimonio, lo cual, en la Ley de Relaciones Familiares estaba prohibido y sólo se permitía en aquéllos casos en que el hijo tuviera la posesión de estado de hijo natural o en los casos de raptó o violación. Dicho Código también permite la investigación de la paternidad, cuando el hijo fue concebido mientras la madre y el supuesto padre habitaban bajo el mismo techo, o simplemente cuando el hijo tenga un principio de prueba, es decir, en cualquier caso.²⁵⁸

El Código actual evita hacer referencia a los hijos de matrimonio o fuera de matrimonio, buscando la igualdad de los hijos independientemente de su origen. Se omite lo relativo a los hijos adulterinos e incestuosos; sin embargo, el artículo 374 del Código Civil señala, que el hijo de una mujer casada, no podrá ser reconocido por hombre distinto al marido, sino cuando este lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo.

A pesar de que nuestro Código evita hacer la diferencia entre los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, en su lugar, hace referencia a los hijos de los cónyuges y a la filiación por reconocimiento.

²⁵⁷ Ayala Salazar, José Melchor y González Torres, Martha Gabriela, op. cit., p. 103.

²⁵⁸ Adame Goddard, Jorge, *El Matrimonio Civil en México (1859-2000)*, op. cit., p. 57 y 58.

2.5.2 Concepto

Etimológicamente, “la palabra filiación, viene de la acepción latina *filiu filii*, lo que significa hijo”.²⁵⁹

Tradicionalmente se han empleado dos acepciones de la filiación.²⁶⁰

1.- Filiación en sentido amplio: Se refiere al parentesco en línea recta ascendente y descendente de una persona, es decir, la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes.

2.- Filiación en sentido estricto: Es el vínculo que existe entre los progenitores y el hijo o hija, es decir, la calidad que una persona tiene de hijo o hija respecto de otra.

Guzmán Ávalos concibe a la filiación, como “la relación existente entre dos personas; una de las cuales generalmente desciende sobre la otra; es una relación que existe entre padre, madre e hijos, y se establece por los lazos de sangre o voluntad declarada, entre el hijo o hija y la madre y entre el hijo o hija y el padre, considerándose como la fuente principal de la familia”.²⁶¹

El Diccionario Anaya de la Lengua, define a la filiación de la siguiente manera:²⁶²

- “Condición de ser hijo de unos padres determinados.”
- “Conjunto de datos personales de una persona.”

El Código Civil para el Distrito Federal, en el artículo 338, define a la filiación como:²⁶³

²⁵⁹ Guzmán Ávalos, Aníbal. op. cit., pág. 1.

²⁶⁰ Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., pág. 229.

²⁶¹ Guzmán Ávalos, Aníbal. op. cit., pág. 2.

²⁶² *Diccionario Anaya de la Lengua*, op. cit., p. 489.

²⁶³ *Código Civil para el Distrito Federal 2009*, op. cit.

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

2.5.3 Formas o clases de Filiación

En nuestro sistema jurídico, a pesar de no existir una distinción tajante con el fin de no discriminar a los hijos nacidos fuera o dentro del matrimonio, tal y como se hizo un par de siglos antes; se establecen diversas reglas aplicables, según se trate de hijos de cónyuges o filiación por reconocimiento o por sentencia, ello con el fin de probar cada una de las formas de filiación que existen.

Existen diversas clasificaciones entre los doctrinarios, por ejemplo, Mata Pizaña la clasifica de la siguiente manera:²⁶⁴

1.- Filiación matrimonial: son aquéllos concebidos en matrimonio de los padres, dentro de los plazos determinados por la ley, es decir, el hijo nacido dentro de la unión legítima conyugal de marido y mujer.

El Código Civil para el Distrito Federal, señala lo siguiente:

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

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

2.- Filiación legitimada: Esta no se encuentra dentro del Código Civil para el Distrito Federal, por ello únicamente cabe decir, que es aquélla en donde el recién nacido no se encuentra dentro de los plazos que establece la ley para considerarlo

²⁶⁴ Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., p. 230.

como hijo del matrimonio; sin embargo, por un acto jurídico posterior, se le asigna tal carácter.

3.- Filiación extramatrimonial: El nacimiento se efectúa fuera de los plazos que señala la ley, y por ende, se reputa como hijo nacido fuera del matrimonio.

Por su parte, Chávez Asencio la clasifica de la siguiente manera.²⁶⁵

1. - Filiación Conyugal: “La filiación de hijos de matrimonio se funda en la existencia del matrimonio de los padres, y se hace referencia, como se ha dicho, a la concepción y al nacimiento para atribuirle a los cónyuges, no sólo los hijos habidos durante la vida del matrimonio, sino los que se hubiesen concebido antes de la celebración del mismo, o que nacieren después de haberse disuelto por muerte, nulidad o divorcio”.²⁶⁶

Chávez Asencio, tomando en cuenta que la concepción se cuenta a partir del nacimiento, a su vez subdivide éste tipo de filiación de la siguiente forma: nacidos dentro del matrimonio; los nacidos dentro del matrimonio por ministerio de ley y conflicto en caso de segundo matrimonio, de lo cual a continuación entraré en detalle para un mejor entendimiento.

Nacidos dentro del matrimonio: Son los que nacieron dentro del matrimonio, esta clasificación a su vez se subdivide de la siguiente manera:

- Durante el matrimonio: Son los hijos concebidos y nacidos dentro del matrimonio. También los habidos de matrimonio nulo independientemente de la buena o mala fe de los contrayentes, tal y como lo señala el artículo 344 del Código Civil.

²⁶⁵ Chávez Asencio, Manuel F., *La Familia en el Derecho: Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, op. cit., p. 83 a 145.

²⁶⁶ Ibidem, p. 84

- Después de los 300 días de la celebración: se refiere a aquéllos hijos concebidos antes de la celebración del matrimonio, es decir, la pareja lo concibió como solteros; en este caso no son hijos de los cónyuges aunque nazca dentro del matrimonio.

Sin embargo, para que se cumpla la presunción marcada en el numeral 324, es necesario que los hijos hayan sido concebidos dentro de los primeros 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento.

- Dentro de los 300 días siguientes a la disolución: este supuesto se encuentra contemplado en la fracción II del artículo 324.

De los cónyuges por ministerio de Ley: Este a su vez se subdivide de la siguiente manera:

- Dentro de los 300 días de la celebración del matrimonio: este supuesto se refiere a la concepción de los hijos antes de la celebración del matrimonio; siempre y cuando dicha concepción haya sido dentro de los primeros 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento.

Este supuesto se refiere a los hijos concebidos por la pareja antes de la celebración del matrimonio y nacidos dentro de los 300 días de la celebración del matrimonio.

- Después de 300 días siguientes a la separación: La fracción II del artículo 324 es muy clara, por lo que deberá estarse a la transcripción que se hizo de dicho artículo.

Conflicto en caso de segundo matrimonio: Este supuesto se da en la fracción II del artículo 324, en donde se contempla: “siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la cónyuge.”

El conflicto se da si no se respeta el plazo de la presunción, y la cónyuge o ex cónyuge contrae matrimonio dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio; en éste caso para determinar la paternidad se debe acudir a las pruebas científicas.

2.- Filiación por reconocimiento de los progenitores o por sentencia: Este tipo de filiación se encuentra regulado en el “Capítulo IV Del Reconocimiento de los hijos”. Tiene su fundamento en el siguiente artículo del Código Civil:

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

Esta filiación a su vez se divide en:

Hijos no reconocidos: Se refiere a aquéllos hijos que se encuentran desprotegidos al no haber referencia acerca del padre o la madre que los procreo; no existe ningún dato ni prueba de los progenitores; en este caso la relación jurídica paterno filial no podrá establecerse.

Filiación aceptada de hecho: Son aquéllos hijos nacidos fuera del matrimonio y no reconocidos, pero en este caso si hay elementos para probar la filiación con alguno de los progenitores que no haya reconocido al hijo, que en la mayoría de los casos es el padre. Las situaciones de los hijos no reconocidos pueden ser dos, cuando ninguno de los progenitores lo reconozca o sólo cuando uno se ha negado al reconocimiento.

Al respecto, son aplicables los artículos 60, 369, 380 y 381 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.²⁶⁷

“Artículo 60.- El padre y la madre están obligados a reconocer a sus hijos.

²⁶⁷ Código Civil para el Distrito Federal 2009, op. cit.

Cuando no estén casados, el reconocimiento se hará concurriendo los dos personalmente o a través de sus representantes, ante el Registro Civil.

La investigación tanto de la maternidad como de la paternidad, podrá hacerse ante los tribunales de acuerdo a las disposiciones relativas a este Código.

Además de los nombres de los padres, se hará constar en el acta de nacimiento su nacionalidad y domicilio.”

“Artículo 369.- El reconocimiento de un hijo deberá hacerse por alguno de los modos siguientes;

I. En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil;

II. Por acta especial ante el mismo juez;

III. Por escritura Pública;

IV. Por testamento;

V. Por confesión judicial directa y expresa.

El reconocimiento practicado de manera diferente a las enumeradas no producirá ningún efecto; pero podrá ser utilizado como indicio en un juicio de investigación de paternidad o maternidad.”

“Artículo 380.- Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan a un hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su guarda y custodia; y si no lo hicieren, el Juez de lo Familiar, oyendo al padre, madre, al menor y al Ministerio Público, resolverá lo más conveniente atendiendo siempre el interés superior del menor.”

“Artículo 381.- Si el reconocimiento se efectúa sucesivamente por el padre o la madre que no viven juntos, ejercerá la guarda y custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que ambos convinieran otra cosa entre ellos, y siempre que el Juez de lo Familiar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los progenitores, del menor y del Ministerio Público.”

El incumplimiento de la obligación de reconocer a un hijo que la ley impone a los progenitores, se encuentra regulado en el artículo 385, facultando a los hijos para investigar la paternidad o maternidad, con excepción de que dicha investigación tenga por objeto atribuir al hijo a una mujer casada.²⁶⁸

²⁶⁸ Idem.

Dentro de la filiación aceptada de hecho, entra lo preceptuado para el concubinato y es congruente aplicar lo establecido a la filiación conyugal.

“Artículo 383. Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I. Los nacidos dentro del concubinato; y

II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.”²⁶⁹

Filiación por reconocimiento voluntario o por sentencia: esta situación se da cuando el hijo es reconocido voluntariamente por alguno o ambos de sus progenitores; o cuando se hubiere seguido el juicio de investigación de la paternidad o maternidad y por sentencia se declare la misma.

En estos dos supuestos, la relación paterno filial esta comprobada, existe y es reconocida jurídicamente, en cuyo caso se producen deberes, derechos y obligaciones entre los sujetos de esta relación, con efectos legales.

2.5.4 Efectos

"Toda vez que la filiación es una fuente del parentesco, evidentemente las consecuencias que se actualicen de ella son semejantes. Por lo mismo los derechos de alimentos, de sucesión legítima y del nombre, así como la obligación de la tutela legítima y las prohibiciones al matrimonio serán siempre efectos derivados de la misma. Aunque, sin duda, el efecto fundamental de la filiación será actualizar los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad.”²⁷⁰

Todos los hijos, independientemente de su origen, siempre que su filiación este establecida, tienen los mismos efectos; siendo los siguientes:

a) Apellido: “Este efecto consiste en la inclusión de los apellidos paterno y materno en el nombre del hijo, que se deriva de la obligación que tienen los

²⁶⁹ Idem.

²⁷⁰ Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., p. 232.

padres, respecto a los hijos de conceder su apellido para integrar el patronímico de sus descendientes.²⁷¹

Este se encuentra regulado por los artículos 55, 59 y 389 de la Ley en estudio, que a la letra dicen:²⁷²

“Artículo 55. Tienen obligación de declarar el nacimiento ante el Juez del Registro Civil de su elección, el padre y la madre o cualquiera de ellos; a falta de éstos, los ascendientes en línea recta, colaterales iguales en segundo grado y colaterales desiguales ascendentes en tercer grado dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurrió aquél.

En caso de registro extemporáneo de nacimiento, deberá estarse a lo que disponga el Reglamento del Registro Civil.

Para el registro de nacimiento a domicilio deberá estarse a lo dispuesto en el Reglamento del Registro Civil.”

“Artículo 59.- En todas las actas de nacimiento se deberá asentar los nombres, domicilio y nacionalidad de los padres, los nombres y domicilios de los abuelos y los de las personas que hubieren hecho la presentación.”

“Artículo 389. El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos tiene derecho:

I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;...

IV. Los demás que se deriven de la filiación.”

b) Alimentos: Los hijos tienen derecho a recibir alimentos de sus ascendientes, como los padres tienen también ese mismo derecho por parte de sus hijos o sus descendientes. Es una obligación que la ley impone hasta el cuarto grado en parentesco por consanguinidad. Regulado por los artículos 303, 304 y 389.²⁷³

²⁷¹ Chávez Asencio, Manuel F., *La Familia en el Derecho: Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, op. cit., p. 96.

²⁷² *Código Civil para el Distrito Federal 2009*, op. cit.

²⁷³ Idem.

“Artículo 303. Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado.”

“Artículo 304. Los hijos están obligados a dar alimentos a los padres. A falta o por imposibilidad de los hijos, lo están los descendientes más próximos en grado.”

“Artículo 389. El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos tiene derecho: ...

II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;...”

c) Patria Potestad: Al existir la relación jurídica paterno-filial, surgen automáticamente todos los deberes, derechos y obligaciones de la patria potestad, que ejercen los progenitores sobre los hijos menores. Tal y como lo dispone el artículo 414 del ordenamiento en cita:

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

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.”²⁷⁴

d) Derechos sucesorios: “Uno de los efectos de la filiación es el derecho que tienen los hijos a heredar y los alimentos que fija la ley para el caso de que mueran los padres y viceversa”²⁷⁵, regulado por lo dispuesto en el artículo 389 fracción III:

“Artículo 389. El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos tiene derecho: ...

III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la Ley;...”

²⁷⁴ Idem.

²⁷⁵ Guzmán Ávalos, Aníbal. op. cit., p. 25.

e) “Relaciones personales y jurídicas: La relación interpersonal y jurídica es consecuencia de la convivencia dentro de la casa familiar, en la que deben permanecer los hijos mientras estuviesen sujetos a la patria potestad, lo que es necesario para poder responder y poder ejercer los deberes y derechos inherentes a la patria potestad, para lo cual deberá haber el respeto usual entre las personas que integran la relación, independientemente de las diferencias de edades, debiendo los padres observar una conducta que sirva a los hijos de buen ejemplo.”²⁷⁶

Se puede robustecer lo anterior, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 421 y 423 del Código Civil.²⁷⁷

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

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

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

f) “Tutela Legítima: Corresponde a aquéllas personas que por su próximo parentesco deben responder al nombramiento y ejercer la tutela. Los hijos que sean mayores de edad son tutores legítimos de su padre o madre solteros.”²⁷⁸

g) Prohibiciones: Estas son diversas, consiste en los impedimentos para contraer matrimonio entre los parientes que señala la ley y que en el capítulo de matrimonio quedo ampliamente detallado; la incapacidad del médico para heredar

²⁷⁶ Chávez Asencio, Manuel F., *La Familia en el Derecho: Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, op. cit., p. 97 y 98.

²⁷⁷ *Código Civil para el Distrito Federal 2009*, op. cit.

²⁷⁸ Chávez Asencio, Manuel F., *La Familia en el Derecho: Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, op. cit., p. 98.

cuando atendió al autor del testamento en su última enfermedad, así como los parientes de dicho médico; también son incapaces para heredar el notario y los testigos que intervinieron en el testamento, sus cónyuges, ascendientes, descendientes o hermanos; y la prohibición de figurar como testigos en el testamento a los ascendientes, descendientes y hermanos de los herederos o legatarios; entre otros.

h) Desconocimiento de los efectos: Chávez Asencio señala que los efectos constituyen deberes y obligaciones y si existiera algún desconocimiento o incumplimiento, el afectado puede hacer valer su cumplimiento como un derecho correlativo.

Asimismo, dicho autor manifiesta, que “si hubiera el caso del desconocimiento del derecho al apellido, el hijo de matrimonio o reconocido, podrá reivindicar el apellido que le es negado. También podrá exigir el hijo el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la patria potestad, mediante la acción conducente ante los tribunales familiares”.²⁷⁹

2.5.5 Pruebas de filiación de los hijos

Respecto a las pruebas de filiación de los hijos, estas se encuentran reglamentadas de los artículos 340 a 353 Quáter del Código Sustantivo de la materia.²⁸⁰

Guzmán Avalos las clasifica de la siguiente manera:²⁸¹

1.- Prueba de maternidad: La maternidad es un hecho biológico, y por ende, siempre va a ser más fácil comprobarla, pudiendo hacerse de la siguiente manera:

²⁷⁹ Ibidem, p. 98 y 99.

²⁸⁰ *Código Civil para el Distrito Federal 2009*, op. cit.

²⁸¹ Guzmán Ávalos, Aníbal. op. cit., p. 57 a 79.

- El parto: El alumbramiento es un hecho de prueba directa, gracias al largo tiempo que le precede, porque es difícil de disimular, por existir participación de otras personas y porque deja huellas en la mujer. Por ejemplo, el registro del nacimiento es una prueba del parto.
- Identidad del hijo: “Se puede probar por varios medios, como lo es el acta de nacimiento, que es la prueba típica e idónea, porque recoge datos que individualizan”.²⁸²

En la práctica, ante autoridades administrativas y judiciales es suficiente la exhibición del acta de nacimiento, para probar, en el caso de la madre, el parto y la identidad del sujeto que la presenta, y como consecuencia de ello, la presunta paternidad del padre.

2.- Prueba de Paternidad: Esta se prueba de acuerdo a las declaraciones o comportamientos del presunto padre; así como las pruebas que permitan los avances científicos. Los medios de prueba de la paternidad son los siguientes:

- Acta de nacimiento: A falta de esta, se probará de la forma siguiente:
- Posesión de estado: Guzman Ávalos señala que la posesión de estado de hijo “es un estado de hecho, que carece de legitimidad, pero que por actos directos de los presuntos padre, madre o familia de éstos, tales como el trato, fama y nombre demostrativos de una filiación, se acredita la relación entre el ascendiente y el descendiente.”²⁸³

²⁸² Ibidem, p. 57.

²⁸³ Ibidem, p. 64.

“La posesión de estado de hijo se aplica tanto a los hijos habidos de matrimonio como los habidos fuera de matrimonio.” Los elementos de dicha posesión son:²⁸⁴

*Nombre: se refiere al hijo que usa constantemente el apellido del presunto padre o madre con el consentimiento de los mismos, pero carece del acta de nacimiento.

**Trato: La persona es considerada como hijo, el presunto padre o madre le proporcionan subsistencia, establecimiento y educación.

***Fama: La persona es reconocida constantemente como hijo en la familia del padre y de la madre, así como en el círculo social al cual pertenece, es decir, el hijo goza de tal calidad públicamente.

****Edad: Se refiere a que los padres deben tener la edad necesaria señalada por la ley para contraer matrimonio.

Para probar la posesión de estado no es necesario que se reúnan todos sus elementos.²⁸⁵

La posesión de estado prueba la filiación del hijo, ya que sustituye el acta de nacimiento; sin embargo, para que posea valor pleno, no debe existir un acta de nacimiento que la contraríe. Por lo que se concluye, que en la posesión de estado, la ley únicamente le reconoce un papel subsidiario en relación con el acta de nacimiento.

- Otros medios de prueba: la Ley dice que cuando se pretenda probar la filiación de los hijos y no exista un acta de nacimiento, ni posesión de estado, se podrá probar con todos los medios de prueba que la Ley autoriza; estos medios de prueba pueden ser documentales, testimoniales, periciales, presuncionales, etc. Asimismo, la Ley señala que la testimonial

²⁸⁴ Chávez Asencio, Manuel F., *La Familia en el Derecho: Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, op. cit., p. 89 y 90.

²⁸⁵ Guzmán Ávalos, Aníbal. op. cit., p. 66.

no será admisible sino hubiera un principio de prueba por escrito, indicios o presunciones resultantes de hechos que se consideren bastante graves para determinar su admisión. Dentro de las pruebas periciales se deben incluir las pruebas genéticas y biológicas que determinen la paternidad y maternidad de un hijo.²⁸⁶

2.6 Violencia Familiar

Entre los factores más importantes que generan la violencia familiar, se encuentran: la crisis en familia, el divorcio, la unión libre (fuera de matrimonio), el aborto, la pérdida de funciones en la familia, la falta de comunicación, la paternidad irresponsable, la pérdida de valores, la falta de autoridad, la autoridad masculina, el control de toma de decisiones y restricciones de uno de los miembros del grupo familiar, el uso de la violencia física o moral para resolver los conflictos que se presentan, los desequilibrios psíquicos, las frustraciones personales y/o profesionales, entre otros.²⁸⁷

La violencia en cualquiera de sus manifestaciones es un acto inadmisibles, pero cuando se ejecuta contra el o los miembros de un núcleo familiar por otro que forma parte del mismo, independientemente de que se realice dentro o fuera del domicilio familiar; se convierte en un acto que debe ser perseguido por las autoridades correspondientes, ya que se trata de un problema grave y que desafortunadamente se encuentra en expansión.

Respecto a este tema, al igual que en las demás figuras del derecho familiar que he analizado en puntos anteriores, estimo que resulta de vital importancia conocer, aún brevemente, los acontecimientos más importantes que se han dado en el ámbito legislativo en México.

²⁸⁶ Ibidem, p. 74.

²⁸⁷ Chávez Asencio, Manuel F., *La Violencia Familiar en la legislación mexicana*, 3ª edición, México, Porrúa, 2003, p. 7 y 8.

De igual forma, analizare de manera breve (por no ser el objetivo principal de la presente investigación) la regulación de la violencia familiar en el Código Civil vigente para el Distrito Federal, las diversas vertientes de su concepto y los efectos que genera dicha conducta.

2.6.1 Antecedentes

En el año de 1904 se creo en México el primer organismo denominado “Sociedad Protectora de la Mujer”, en la cual se buscaba la igualdad de los derechos de las mujeres, surgiendo a partir de ese momento, revistas y periódicos como “La Emancipación de la Mujer por medio del estudio” y las “Violetas de Anáhuac”; sin embargo, fue hasta 1916, cuando se llevo a cabo el primer Congreso Feminista en México, celebrado en Yucatán.²⁸⁸

En 1975, durante el llamado “Año Internacional de la Mujer”, se celebró en México la primera conferencia mundial de la mujer, a partir de la cual se llevaron a cabo diversas reformas legislativas, en especial, al artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y a diversos preceptos del Código Civil del Distrito Federal, con el fin de establecer jurídica y legalmente, la igualdad plena del hombre y la mujer.²⁸⁹

El 9 de julio de 1996, se expidió la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar para el Distrito Federal (LAPVI), teniendo como finalidad establecer las bases y procedimientos de asistencia para la prevención de la violencia familiar en el Distrito Federal.²⁹⁰

Algunas nociones de la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar para el Distrito Federal, fueron incorporadas al Código Civil del Distrito Federal el 2 de julio de 1998; siendo hasta el año 2000 cuando se agregó al Título

²⁸⁸ Tenorio Godínez, Lázaro, *La Violencia Familiar en la Legislación Civil Mexicana: teoría y aplicación jurisdiccional*, México, Porrúa, 2007, p. 4 y 5.

²⁸⁹ Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., p. 357.

²⁹⁰“Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar para el Distrito Federal”, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/DISTRITO%20FEDERAL/Leyes/DFLEY06.pdf>

Sexto del Libro Primero, un Tercer Capítulo destinado exclusivamente a la Violencia Familiar, regulándose en tan sólo cuatro artículos.

Mata Pizaña señala, que “a pesar de las numerosas vaguedades e imprecisiones técnicas que se manifiestan respecto del tema en las reformas del 2000 (que deberían ser nuevamente analizadas para dotarlas de verdadera efectividad práctica) es loable que las instancias de gobierno impulsen el rechazo a la violencia como un mal social.”²⁹¹

2.6.2 Concepto

Etimológicamente, la palabra violencia, proviene del latín *violentia*, esto es, cualidad de violento; acción y efecto de violentar o violentarse; acción violenta o contra el natural modo de proceder, o bien, acción de violar a una mujer. A su vez la palabra violento, proviene del latín *violentus*, que implica estar fuera de su natural estado, situación o modo; obrar con ímpetu y fuerza extraordinarias; que se hace contra el gusto de uno mismo, por ciertos respetos y consideraciones; se ejecuta contra el modo regular o fuerza de razón y justicia; se dice de la situación embarazosa en que se halla alguien, movimiento, muerte.²⁹²

Tanto en la doctrina, como en las diversas legislaciones de México y el mundo, es común que la violencia presentada en las personas unidas por un vínculo familiar, sea identificada de manera indistinta, calificada como violencia de género (España), doméstica, intrafamiliar o familiar; en nuestra Ley Sustantiva Civil es designada como Violencia Familiar.

El 2 de Julio de Julio de 1998 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal un Decreto, en el que se reformaban y adicionaban diversos artículos de la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar para el Distrito Federal, por el cual se estableció que en todos aquellos artículos, en los que se

²⁹¹ Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., p. 357.

²⁹² Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª edición, España, Espasa Calpe, S.A., 1999, t. II, p. 2083.

mencione el término Violencia Intrafamiliar, se entendía que quedaban modificados por el de Violencia Familiar.

Una vez resuelta la confusión de los términos violencia familiar e intrafamiliar, es momento de pasar a exponer algunos conceptos legales y doctrinales; de la misma manera haré lo propio aportando mi opinión al respecto, tomando en cuenta los elementos que conforman dicha figura jurídica.

El Diccionario Anaya de la Lengua define a la violencia como “Uso de la fuerza para conseguir un fin, especialmente para dominar a alguien o imponer algo.”²⁹³

Tenorio Godínez concibe a la violencia familiar como “toda conducta de acción u omisión, ya sea singular o plural, que ejerza uno o más miembros de la familia en contra de otro u otros integrantes de la misma, que atente contra su integridad física, psicológica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo, cuya gravedad deberá ser valorada por el juzgador atendiendo a cada asunto concreto controvertido. No se justifica en ningún caso como forma de educación o formación el ejercicio de la violencia hacia las niñas y niños”.

En cuanto hace a las demás personas que no guardan un vínculo directo de matrimonio, concubinato o parentesco, el autor en cita considera que también se considera “violencia familiar, por equiparación, la conducta descrita anteriormente llevada a cabo contra la persona con quien se hubiera tenido alguna relación de parentesco por afinidad, civil, matrimonio, concubinato, o bien, con quien se mantenga o haya mantenido una relación de hecho, de los parientes de ésta, o de cualquier otra que esté sujeta a su custodia, guarda, tutela, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan en la misma casa”²⁹⁴

²⁹³ *Diccionario Anaya de la Lengua*, op. cit., p. 1132.

²⁹⁴ Tenorio Godínez, Lázaro, op. cit., p. 50.

Mata Pizaña entiende por violencia familiar, “la conducta constituida por el o los actos dolosos, de contenido positivo o negativo, que efectivamente maltratan a los miembros de un grupo social de convivencia íntima y permanente, unidos por los lazos de matrimonio, concubinato, parentesco, filiación o cualquier circunstancia y cuyo sujeto activo es otro de los miembros de ese mismo grupo social.”²⁹⁵

La Organización Mundial de la Salud, define a la violencia familiar como “una patología, tanto psicológica como física, que afecta severamente la salud de la víctima y que refleja, por sí misma, la patología de la persona agresora. Dentro de ella se incluyen todas aquellas injurias, malos tratos, amenazas, omisiones, silencios, golpes y lesiones inferidas sistemáticamente entre los miembros de la familia que producen, como efecto inmediato, la disminución en la autoestima de la víctima y, por lo tanto, la disminución de su capacidad de respuesta ante las responsabilidades que la sociedad le reclama. Ello, en forma independiente de las lesiones físicas que pudieran ser consecuencia de estas agresiones, mismas que van desde las levísimas, es decir simples moretones, hasta las que ponen en peligro la vida”²⁹⁶

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de enero de 1999, también conocida como Convención de Belém Do Pará, la considera como “toda acción o conducta basada en su género, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.²⁹⁷

²⁹⁵ Mata Pizaña, Felipe De La, op. cit., p. 359.

²⁹⁶ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, “La Violencia Familiar, un concepto difuso en el Derecho Internacional y en el Derecho Nacional”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado (Biblioteca Virtual), México, <http://www.bibliojuridica.org/>

²⁹⁷ Tenorio Godínez, Lázaro, op. cit., p. 32 y 33.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, la define en los artículo 323 Quáter y Quintus como:²⁹⁸

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

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

Con base en los razonamientos vertidos con anterioridad, tanto doctrinales como legislativos, puedo afirmar que por violencia familiar se debe entender como aquél acto u omisión que cause algún daño físico, verbal, psicoemocional o sexual, realizado por un integrante de la familia que tenga algún vínculo de parentesco, ya sea por consanguinidad, afinidad o civil en contra de otro integrante de la misma dentro o fuera del domicilio familiar, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa.

No obstante mi definición, para efectos jurídicos, en el Distrito Federal debe aplicarse en materia civil aquélla conducta que encuadre dentro de los parámetros que señalan los artículos 323 Quáter y 323 Quintus.

2.6.3 Clases de Violencia familiar

Las clases de violencia familiar señaladas en la Ley Sustantiva Civil, concretamente en el artículo 323 Quáter son las siguientes:²⁹⁹

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

²⁹⁸ *Código Civil para el Distrito Federal 2009*, op. cit.

²⁹⁹ *Idem.*

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

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

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

2.6.4 Efectos Jurídicos

Los efectos jurídicos son las consecuencias que se generan por la realización de la conducta prevista para la violencia familiar, éstos pueden darse en tres vertientes:

Efectos Civiles: Se encuentran establecidos en el Código Civil para el Distrito Federal, y son los siguientes.³⁰⁰

- Serán revocadas las donaciones antenuptiales hechas entre los futuros cónyuges, cuando durante el matrimonio, el donatario realice alguna de las conductas previstas en el artículo 228 del Código Civil, y entre ellas se encuentra la violencia familiar.
- Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio, existiendo violencia familiar, de manera oficiosa, el Juez tomará las medidas que considere adecuadas para salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, teniendo la más amplia libertad

³⁰⁰ Idem.

para dictar las medidas que protejan a las víctimas; ello con fundamento en el artículo 282 de Ley Sustantiva Civil.

- Por regla general, los menores de 12 años quedan al cuidado de la madre, con excepción de que ésta última sea la generadora de violencia familiar; tal y como lo previene el artículo 282 fracción II.
- Cesa la obligación de dar alimentos, entre otras cosas, por violencia familiar o injurias graves inferidas, por el alimentista mayor de edad, contra el que debe prestarlos.
- El artículo 323 sextus, prevé que los integrantes de la familia que incurran en violencia familiar, deberán reparar los daños y perjuicios que se ocasionen con dicha conducta, con autonomía de otro tipo de sanciones que puedan existir.
- La patria potestad se pierde por resolución judicial, en caso de que halla violencia familiar cometida en contra de un menor de edad; con fundamento en la fracción III del artículo 444.
- Es causa de separación de la tutela, cuando el tutor ejerza violencia familiar en contra de la persona sujeta a ésta. (Artículo 504 fracción VII).

Efectos Administrativos: Como ha quedado transcrito líneas arriba, el 9 de julio de 1996, se expidió la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar para el Distrito Federal (LAPVI), la cual crea el Consejo para la Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar en dicha entidad, a través del cual se otorgan facultades a diversos órganos administrativos (como son, las llamadas Delegaciones y la Secretaría de Gobierno del Distrito Federal) con la finalidad de prevenir y atender aquéllos problemas derivados de la violencia familiar, en el cual se destaca la existencia de dos procedimientos que pueden llevarse a cabo ante los órganos administrativos desconcentrados territorialmente del gobierno del Distrito Federal, por conducto de los Centros para la Atención de la Violencia Intrafamiliar (CAVI); éstos dos procedimientos son los siguientes (artículos 6, 7, 8, 18, 23 y 24 de la LAPVI):³⁰¹

³⁰¹ *Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar para el Distrito Federal*, op. cit.

- Conciliación: Este procedimiento se lleva a cabo ante el CAVI que corresponda, de acuerdo al domicilio familiar, en una sola audiencia, buscando en todo momento la avenencia y un convenio que deberá ser respetado por las partes.
- Amigable composición o arbitraje: Es un procedimiento paraprocesal voluntario, integrado por la admisión, desahogo, valoración de pruebas y la expresión de agravios, siendo el laudo obligatorio a las partes que se hayan sometido. La finalidad de este procedimiento es que se resuelva todo en una sola instancia.

En el caso del arbitraje, “los sujetos posibles son aquéllos involucrados en la violencia, que no hayan logrado la conciliación. El arbitraje sólo puede lograrse a través de una solicitud escrita y directa. El proceso se inicia con el convenio arbitral, es decir, un escrito en el cual las partes aceptan someterse al mismo. Se celebra una sola audiencia que puede ser suspendida una sola vez. La comparecencia deberá ser personal”³⁰²

Efectos Penales: El Código Penal para el Distrito Federal establece, dentro de los *delitos cometidos en contra de un integrante de la familia*, el Capítulo Único denominado “violencia familiar” (comprende de los artículos 200 al 202); regulando los siguientes efectos:³⁰³

- Al que cometa violencia familiar se le impondrá de seis meses a seis años de prisión;
- Pérdida de los derechos que tenga respecto de la víctima, incluidos los de carácter sucesorio, patria potestad, tutela y en su caso a juicio del Juez, prohibición de ir a lugar determinado o de residir en él;

³⁰² Chávez Asencio, Manuel F., *La Violencia Familiar en la legislación mexicana*, op. cit., p. 53

³⁰³ *Código Penal para el Distrito Federal 2009*, México, Sista, 2009.

- Se le sujetará a tratamiento especializado por ser generador de Violencia Familiar, regulado por la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar, no debiendo exceder del tiempo impuesto en la pena de prisión.
- El delito de violencia familiar se perseguirá por querrela, salvo que la víctima sea menor de edad o incapaz.
- El Ministerio Público apercibirá al inculpado para que se abstenga de ejecutar cualquier tipo de violencia contra la víctima y decretará, de inmediato, bajo su mas estricta responsabilidad, las medidas precautorias necesarias para salvaguardar la integridad física y psíquica de la víctima durante la integración de la averiguación previa y hasta la conclusión de ésta.

SUMARIO: CAPITULO 3. CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR

3.1 Antecedentes. 3.2 Características de las Controversias Familiares. 3.3 Interés Superior del menor. 3.4 Custodia provisional y definitiva. 3.4.1 Custodia única o compartida. 3.5 Derecho de Visitas y Convivencias. 3.5.1 Centro de Convivencia Familiar Supervisada por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. 3.5.1.1 Concepto. 3.5.1.2 Funciones. 3.6 Procedimiento para determinar la custodia y la convivencia provisional de los niños con sus padres.

CAPITULO 3. CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR

3.1 Antecedentes

“A fines de la Década de los sesenta, la sociedad mexicana, y en particular en la Ciudad de México, se presentaron innumerables problemas familiares de gran trascendencia, cuya solución exigía la especialización de los tribunales, por eso, el 18 de marzo de 1971 se crean los juzgados de lo familiar, cuya competencia es conocer los asuntos que afectan al núcleo primario de la sociedad, es decir, la familia.”³⁰⁴

Como se señaló en el párrafo anterior, desde hace más de treinta años existe un procedimiento especial para sustanciar las Controversias del Orden Familiar, regulado por los artículos 940 al 956 del Código de Procedimientos Civiles, cuya tramitación y principios rectores presentan radicales y notables diferencias respecto del proceso civil. Dicho cambio legislativo en materia familiar provoco la creación de los tribunales especializados y del procedimiento de las Controversias Familiares, que postulan un procedimiento con amplios poderes discrecionales del juez, autorizándole a actuar de oficio.³⁰⁵

Las reformas legislativas en estudio, “tuvieron el propósito de fortalecer a la familia como base fundamental de la sociedad, mediante una efectiva protección a sus miembros, cuyos problemas debían ser resueltos, conforme al espíritu de la nueva ley, por jueces capaces y sensibles, dotados de amplios poderes discrecionales, que actuaran a solicitud de parte y aun de oficio en defensa de menores, para asegurar su bienestar y subsistencia y para proteger en general a la familia, de la cual es parte fundamental la esposa y madre, como foco aglutinante del grupo; la mujer, quien (pese a los cambios realizados) sigue siendo

³⁰⁴ Campos Rábago, Raúl (coord.), *El Centro de Convivencia Familiar Supervisada “Consuelo Medina Guzmán”*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, 2003, p. 13.

³⁰⁵ *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal 2009*, México, Sista, 2009.

la parte débil de la relación en nuestro medio y necesita de la defensa y el apoyo de la sociedad”³⁰⁶

Es indudable que el procedimiento de la Controversia Familiar fue creado con el fin de combatir de forma inmediata y segura, la solución a determinados problemas familiares; refiriéndose expresamente a cuestiones de alimentos, menores, diferencias entre cónyuges o concubinos, etc.

Sin embargo, como lo menciona Bejarano Sánchez, existen “otras cuestiones familiares de relevancia, como son los divorcios, nulidad de matrimonio, nulidad de actas del Registro Civil, reconocimiento de paternidad, sucesiones, donde indudablemente están involucrados el interés de la familia, su seguridad, la subsistencia de los menores; conflictos para los cuales el legislador consideró conveniente mantener la vía judicial de trámite ordinario en las primeramente enunciadas, y el procedimiento especial sucesorio en la última, a fin de permitir una sustanciación menos apresurada y de mayor reflexión, dotada de términos más amplios y un período probatorio especial para acopiar y preparar las pruebas necesarias.”³⁰⁷

Partiendo de esa tesitura, las reglas del juicio familiar sólo se aplican a las controversias explícitamente enunciadas, descartándose su aplicación a los demás conflictos de la familia, es decir, únicamente se aplican a lo expresamente señalado por los artículos 940 al 956 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Por lo que respecta al derecho de visita, tiene su primer antecedente en la sentencia del 8 de julio de 1857, en la cual la *Cour de Casation* francesa utiliza dicho término, pero mediante una auténtica visita en el domicilio del “visitado”; pero con el paso del tiempo se fue admitiendo que el visitado se trasladará a la

³⁰⁶ Bejarano y Sánchez, Manuel, *La Controversia del Orden Familiar, Tesis Discrepantes*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1994, p. 85.

³⁰⁷ Ibidem, p. 130.

casa del visitante, y aún más se permitieron estadías o convivencias de fines de semana o de períodos vacacionales entre visitador y visitado.³⁰⁸

3.2 Características de las Controversias Familiares

Una vez analizado lo estipulado por los artículos 941 al 956 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se desprende que las características distintivas de los juicios del orden familiar, esencialmente son las siguientes:³⁰⁹

- Se autoriza al Juez para intervenir de oficio en los asuntos que afectan a la familia, ello con el fin de preservar y proteger a sus miembros, en especial, tratándose de menores y alimentos.
- Se propone llegar a una solución por medio del avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.
- En el procedimiento de controversias del orden familiar, no son aplicables los principios fundamentales del derecho patrimonial como lo son el principio de iniciativa del proceso, pues el juez de lo familiar está facultado para intervenir de oficio.
- En materia familiar “tampoco rige el principio de impulso procesal, ya que es suficiente que el Juzgador tenga conocimiento del hecho o acto que afecta a la familia para que proceda a darle solución, ya que el fin es preservar a la familia y proteger a sus miembros”.³¹⁰
- El juzgador esta obligado a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho.

³⁰⁸ Makianich de Basset, Lidia N., *Derecho de Visitas: régimen jurídico del Derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos*, Buenos Aires, Hammurabi S. R. L., 1997, p. 56 y 57.

³⁰⁹ *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal 2009*, op. cit.

³¹⁰ Campos Rábago, Raúl (coord.), op. cit., p. 17.

- “El derecho familiar tiende a dejar a un lado la lógica formal tradicional, ya que en esta materia, el legislador ha facultado al juzgador a actuar discrecionalmente y de manera oficiosa.”³¹¹
- En materia familiar rige el principio del Interés Superior del menor.

3.3 Interés Superior del menor

Tomando en cuenta lo plasmado en el diccionario de la Real Academia española, respecto a las palabras interés y superior:³¹²

Interés viene del latín *interesse*, que significa importar, también significa provecho, utilidad, ganancia, conveniencia o beneficio en el orden moral o material.

Superior viene del latín *superior*, dicho de una cosa que está más alta y en lugar preeminente respecto de otra.

Por lo que se concluye, que de acuerdo a lo indicado por la Real Academia española, debe entenderse por interés superior del menor: todos aquéllos actos encaminados a satisfacer el beneficio o bienestar del menor, el cual se encuentra por encima de cualquier otro acto, a fin de procurar el desarrollo y protección del mismo.

El Código Civil para el Distrito Federal proporciona una definición más extensa y detallada, dentro de la cual se encuentran los elementos que conlleva el Interés Superior del menor:³¹³

“Artículo 416 Ter.- Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las

³¹¹ Ibidem, p. 17 y 18.

³¹² *Real Academia Española*, op. cit., p. 690 y 904.

³¹³ *Código Civil para el Distrito Federal 2009*, op. cit.

niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

- I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;
- II.- El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;
- III.- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;
- IV.- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y
- V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.”

El texto legal utiliza el término interés para definir el principio protector del menor. Pero en los distintos textos legislativos, se hace referencia a este principio de dos formas diferentes: en un aspecto positivo, el de la búsqueda del provecho del menor, y con un contenido negativo, el de procurar evitarle un daño.

Respecto a la opinión del menor; a pesar de no ser el único elemento a tomar en cuenta en la custodia y el régimen de visitas y convivencias, es de vital importancia en el caso de la edad y madurez por la que atraviesa el menor, es decir, a pesar de no existir una línea divisoria estricta, se presume que a mayor edad existe mayor capacidad de objetividad y discernimiento; indudablemente, la edad determinará el modo de preguntar al menor.

Sin lugar a dudas, la opinión del menor es tomada en cuenta por el juez, ya que la misma, al igual que toda prueba, debe ser estudiada y analizada junto con los demás elementos de prueba, contribuyendo dicha opinión en mayor o menor proporción a formar la convicción del juez.

La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentaria del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece en los artículos 3, 23 y 26 lo siguiente:³¹⁴

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

Son principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes:
A. El del interés superior de la infancia...”

“Artículo 23. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en familia. La falta de recursos no podrá considerarse motivo suficiente para separarlos de sus padres o de los familiares con los que convivan, ni causa de la pérdida de la patria potestad.

El Estado velará porque sólo sean separados de sus padres y de sus madres mediante sentencia u orden preventiva judicial que declare legalmente la separación y de conformidad con causas previamente dispuestas en las leyes, así como de procedimientos en los que se garantice el derecho de audiencia de todas las partes involucradas incluidas niñas, niños y adolescentes...”

“Artículo 26. Las autoridades federales, del Distrito Federal, estatales y municipales en el ámbito de sus atribuciones, velarán porque en las adopciones se respeten las normas que las rijan, las cuales serán diseñadas a fin de que niñas, niños, y adolescentes sean adoptados en pleno respeto de sus derechos y contendrán disposiciones tendientes a que:

A. Se escuche y tome en cuenta en los términos de la ley aplicable su opinión...”

La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, regula el interés superior del menor; la audiencia en caso de controversias, y dentro de ésta, el derecho de audiencia de todas las partes involucradas incluyendo los niños, niñas y adolescentes; el derecho de éstos últimos, a convivir

³¹⁴ Ley para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, <http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/doc/185.doc>

o mantener relaciones personales con ambos padres (con las excepciones que marca la ley) y se tome en cuenta su opinión.

3.4 Custodia provisional y definitiva

La Custodia es una figura derivada de la filiación y el parentesco.

Como se ha venido diciendo, el derecho Familiar le concede amplias facultades discrecionales al juez, ello a fin de que juzgue pertinente aquéllas cuestiones tan delicadas como lo es la custodia provisional, y en su caso definitiva, de los menores sujetos a juicio.

“Custodia proviene del latín *custus* que significa guarda o guardián, y este a su vez deriva de *curtos*, forma del verbo *curare*, que quiere decir cuidar. Es por lo tanto la acción y el efecto de custodiar, o sea, guardar con cuidado alguna cosa.”³¹⁵

El Diccionario Jurídico mexicano concibe que “la custodia está dirigida a la atención de los menores. El sentido que se le da es precisamente la guarda de una persona con toda diligencia y cuidado.”

Asimismo, indica que “tratándose de los menores, el CC diferencia expresamente los conceptos de patria potestad y custodia, instituciones referidas al bienestar y cuidado de aquéllos, pero distintas entre sí, pues una sola comprende los cuidados de la persona del menor y la otra abarca tanto a su persona como a sus bienes. Una persona puede tener el ejercicio de ambos institutos respecto de un menor o solo uno de ellos; sin embargo, tanto la persona que ejerce la patria potestad como aquélla que tiene al menor bajo su custodia tiene la facultad de corregirlo y la obligación de observar una conducta que le sirva de ejemplo.”³¹⁶

³¹⁵ *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), Porrúa, 2007, Volumen 1: A-C, p. 965.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 965 y 966.

En caso de que exista alguna controversia, la Custodia es una figura regulada y determinada por el Juez de lo Familiar en cualquiera de las formas en que aparece en las diferentes legislaciones.

La custodia provisional se establece únicamente mientras dura el juicio y antes de decretarse la definitiva, con el objeto de que el menor quede bajo el cuidado de uno de los progenitores durante el proceso de la determinación de la definitiva.

3.4. 1 Custodia única o compartida

En la doctrina, existen varias clases de custodia, en México, concretamente en el Distrito Federal se reconocen dos tipos de custodia:

- Custodia única:

La custodia única consiste en que el cuidado de los hijos es atribuido a un solo padre, y al otro se le establece el régimen de visitas, convivencias y alimentos.

Pérez Contreras señala, que esta clase de custodia tiene dos elementos que determinan su naturaleza y que reafirman la guarda y custodia de uno de los padres; “el primero es lo que se denomina custodia legal, que implica el conjunto de derechos y obligaciones del padre y de la madre para hacer y tomar decisiones fundamentales e importantes que afectan todos los aspectos de la vida del menor... El padre que tenga la custodia legal será quien goce de la total autoridad para decidir en los asuntos concernientes al menor que se presenten en la vida diaria... Por cuanto a la custodia física, se señala que se refiere exclusivamente al tiempo (presencial o material) que se comparte o se dedica al menor directamente.”³¹⁷ Es decir, la custodia física es plena para uno de los progenitores

³¹⁷ Pérez Contreras, María de Montserrat, “Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. La custodia compartida y las reformas de 2004”, <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex116/BMD11608.pdf>

y limitativa para el otro, como consecuencia de una resolución judicial o por acuerdo entre ambos.

El Código Civil para el Distrito Federal, regula este tipo de custodia en los artículos 267, 416 y 417, al señalar:³¹⁸

“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;...”

“Artículo 416.- En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus obligaciones y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fija el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles.

Con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y crianza conservando el derecho de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.”

“Artículo 417.- En caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, en la controversia o en el incidente respectivo deberá oírse a los menores...”

De la lectura de los artículos 267, 416 y 417, se desprende claramente que se reconoce la custodia única, ya que en dichos artículos se menciona que en caso de controversia respecto a la custodia del menor, divorcio o separación de quienes

³¹⁸ *Código Civil para el Distrito Federal 2009*, op. cit.

ejerzan la patria potestad, una de las partes deberá tener la guarda y custodia del menor y al otro únicamente le corresponde el derecho de visitas y convivencias.

- Custodia Compartida:

Pérez Contreras, quien a su vez cita a Morgenbesser, Mel y Nehls, Nadine, el cual señala que “la custodia compartida es aquella en la que ambos padres tienen la custodia legal y física de sus hijos. Esto implica que comparten los derechos y responsabilidades en la educación, formación, manutención y toda actividad relacionada con la crianza de los hijos, de tal manera que gozan, por resolución judicial, de igualdad en todas las decisiones y acciones relativas a los menores, en igualdad de condiciones”.³¹⁹

Gerard Poussin afirma, que “dado que los dos progenitores tienen los mismos derechos, también debe ser equitativo el reparto de tiempo del hijo: 50% con el padre, 50% con la madre.”³²⁰

Nuestra legislación reconoce expresamente este tipo de custodia en los artículos 282 y 283 Bis:³²¹

“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: ...

B. Una vez contestada la solicitud:...

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.**

³¹⁹ Pérez Contreras, María de Montserrat, op. cit.

³²⁰ Poussin Gerard, Anne Lamy, *Custodia Compartida*, Madrid, Espasa, 2004, p. 30.

³²¹ *Código Civil para el Distrito Federal 2009*, op. cit.

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.”

“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.”

Según la redacción de los artículos en cita, la custodia compartida sólo podrá ejercerse por ambos padres, siempre y cuando los dos estén de acuerdo y exista convenio entre ellos. Además, resultaría peligroso, en caso de que exista desacuerdo entre ambas partes respecto a la guarda y custodia del menor, que el Juez decretara la custodia compartida, ya que todas las parejas no son candidatas para este tipo de custodia, sobre todo si existe violencia familiar.

Es importante destacar, que cualquiera que sea el tipo de custodia, siempre se permite que los padres lleguen a acuerdos, al considerarse en primer lugar el interés superior del menor y las condiciones particulares de cada uno de sus padres; sin embargo, cuando existe desacuerdo respecto a las convivencias o a la guarda y custodia del menor, será el juez, quien determinará una vez analizados todos y cada uno de los elementos de prueba, escuchando la opinión del menor, del asistente de menores designado por el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, y del C. Agente del Ministerio Público adscrito al Juzgado, a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional (mientras dura el juicio) y en su caso definitiva de los hijos menores de edad, y como consecuencia, a cual de los progenitores le corresponde el derecho de visitas y convivencias, así como los horarios de las mismas.

En mi opinión, la custodia compartida también existe cuando no hay ninguna controversia de índole familiar, no habiendo un juicio por ninguno de los que detenta la patria potestad del menor, en cuyo caso, ambos cónyuges o concubinos viven bajo un mismo techo en compañía del menor, estando ambas personas al cuidado de este, compartiendo los mismos derechos y responsabilidades en la educación, formación y manutención de los hijos.

3.5 Derecho de visitas y convivencias

Como quedo enunciado líneas arriba, tanto los menores de edad, como los niños y adolescentes, tienen derecho a vivir en familia, y como consecuencia, tienen derecho a convivir con ambos padres (a excepción de los casos que marca la ley) con el objeto de asegurarles un desarrollo pleno e integral, consiguiendo una formación física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad; por ello, el Código Sustantivo Civil regula la patria potestad y dentro de esta la guarda y custodia de los menores, y el derecho de visitas y convivencias al otro cónyuge o persona que tenga la patria potestad del menor, pero que no detente su custodia.

Respecto al derecho de visitas y convivencias, el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, inciso B, fracción III, señala que “el Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres”³²²

En todos los casos en que exista desacuerdo respecto a la custodia o al derecho de visitas y convivencias, el juez es quien determinará cuál es la solución más conveniente, tomando en cuenta las necesidades del menor y las posibilidades de los padres.

³²² Idem.

Al igual que la custodia, las visitas y convivencias se determinarán por acuerdo de ambas partes, pero en caso de desacuerdo el Juez lo determinará, señalando día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia provisional, en la cual serán escuchados los menores (asistidos por el asistente de menores que designe el Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal) por el Juez y el Ministerio Público adscrito al juzgado, determinando aquél al término de la audiencia, oyendo la opinión del Representante Social y valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, pudiendo incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, a cual de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad y el régimen de visitas y convivencias provisional; con fundamento en el artículo 941 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.³²³

El derecho de Convivencia se encuentra tutelado por el artículo 941 Ter.³²⁴

“Artículo 941 Ter.- El ascendiente que no le sea otorgada la custodia podrá convivir tal y como lo fije el Juez, diversos días de la semana, fuera del horario escolar y sin desatender las labores escolares y debiendo auxiliarlo en dichas actividades.

Asimismo, en forma equitativa, se podrá regular la convivencia en fines de semana alternados, periodos de vacaciones escolares y días festivos; cuando estos ya acudan a centros educativos.

El Juez de lo Familiar, antes de regular el derecho de convivencia de manera provisional, deberá tomar en cuenta todos los elementos que estén a su alcance para decidir bajo el principio del interés superior del menor. En especial valorará el hecho de que una de las partes manifieste que ha habido violencia familiar, pudiendo solicitar valoración psicoemocional que determine si existen síntomas en el menor, de haber vivido cualquier tipo de violencia familiar, ya sea psicológica, física o sexual, independientemente de que exista o no indagatoria al respecto, a fin de proteger la integridad física y psicológica de los hijos.

³²³ *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal 2009*, op. cit.

³²⁴ *Idem.*

En caso de duda, y para salvaguarda de los hijos menores de edad o incapaces, deberá ordenar que las convivencias se realicen en los Centros e Instituciones destinados para tal efecto, únicamente durante el procedimiento.

Las convivencias de manera provisional no se otorgarán por el Juez de lo Familiar cuando exista peligro para la integridad física, sexual y psicológica de los hijos menores de edad.”

El régimen de visitas y convivencias provisional, es establecido con el mismo fin que la custodia provisional, pero en el presente caso, la importancia radica, en no interrumpir el contacto paterno filial durante la sustanciación del juicio.

Como comentario adicional, es de cabal importancia, que nuestra legislación reconozca el derecho de visitas y convivencias, ya que el niño, independientemente de su edad, necesita contar con la estabilidad de un domicilio, en el cual sienta una relación de pertenencia, así como una estabilidad afectiva, tendiente a que, con la separación de las personas que detentaban su custodia y con ello el retiro del hogar de uno de sus progenitores, no se vea privado de esos afectos; por ello, el régimen de visitas y convivencias, contribuye a proteger al menor de los sentimientos de desamparo e incertidumbre que pueda tener.

El artículo 941 Ter, en relación con el 169 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (la cual más adelante se detallará), regula el régimen de visitas y convivencias, del cual se desprende, que las convivencias pueden ser ordenadas por el Juez de lo Familiar de tres formas distintas:

- Entrega y regreso del menor en el domicilio del progenitor que tenga la custodia del mismo o en el domicilio del progenitor que tiene derecho al régimen de visitas y convivencias; en cuyo caso, deberá hacerse dentro de los horarios señalados por el Juez o Magistrado de lo Familiar.

- Cuando el Juez o Sala de lo familiar establezca que el régimen de visitas y convivencias sea supervisado por el Centro de Convivencia Familiar, la convivencia con el menor se llevará a cabo dentro de las instalaciones de dicho centro, con supervisión de una tercera persona independiente y neutra.
- Cuando el juez ordene que la entrega y regreso del o los menores se realice en el Centro de Convivencia Familiar Supervisada.

En caso de que exista duda respecto a la violencia familiar, y con el fin de salvaguarda de los menores o incapaces, el Juez ordenará que las convivencias sean supervisadas por el Centro de Convivencia Familiar Supervisada.

3.5.1 Centro de Convivencia Familiar Supervisada por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal

“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, preservando paralelamente, el derecho al acceso de ambos padres, ya que, para el adecuado desarrollo emocional, el menor requiere convivir con ambos padres, aunque viva sólo con uno de ellos.

Teniendo 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 27 de septiembre de 2000, el Centro de Convivencia Familiar Supervisada, primero en su género en el país y en Latinoamérica³²⁵

³²⁵ Campos Rábago, Raúl (coord.), op. cit., p. 14.

3.5.1.1 Concepto

El artículo 169 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, define a dicho Centro de Convivencia, de la siguiente manera:³²⁶

“Artículo 169.- 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...”

En esa tesitura, y tomando en consideración el penúltimo párrafo del artículo 941 Ter del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el Centro de Convivencia Familiar Supervisada puede ser concebido como el órgano dependiente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, encargado de supervisar la convivencia paterno - filial ordenada por los Juzgados y Salas de lo Familiar, con el fin de minimizar los riesgos de daños físicos o psicológicos de los miembros involucrados en juicios de controversias familiares, preservando el derecho al acceso de ambos padres, ya que, para el adecuado desarrollo emocional, es necesario que el menor conviva con ambos padres, a pesar de que sólo uno de ellos tenga su guarda y custodia; además, dicho Centro se encarga de la aplicación de evaluaciones psicológicas que los jueces y magistrados en materia familiar le soliciten.

3.5.1.2 Funciones

Las funciones del centro de Convivencia Familiar Supervisada se encuentran reguladas en el Reglamento que fija las Bases de Organización y Funcionamiento de dicho Centro, entre las más importante se encuentran las siguientes:³²⁷

³²⁶ Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, http://www.cjdf.gob.mx/transparencia/fraccion1/Leyes/LeyOrganicaTSJDF_Reforma8Enero2008.pf

³²⁷ Reglamento que fija las bases de Organización y funcionamiento del Centro de Convivencia Familiar Supervisada, <http://www.tsjdf.gob.mx/cecofam/ReglamentoCCFS.pdf>

- Convivencia Supervisada: es aquélla ordenada por un juez o magistrado de lo familiar, que se establece entre un progenitor y su hijo en presencia de una tercera persona independiente y neutra.
- Supervisión de la entrega y regreso de menores: Se refiere a la vigilancia de la entrega del menor por el progenitor que tiene la custodia, al progenitor que solo tiene derecho a convivir con él, y como consecuencia la supervisión del regreso del menor; ello con el fin de proteger a éste en caso de conflicto entre sus padres.
- Evaluación psicológica, previamente solicitada por el juez o magistrado de lo familiar.
- Asegurar que las convivencias, entrega y regreso del menor se realicen de acuerdo a lo ordenado por el juez o magistrado de lo familiar, con completa neutralidad hacia las partes en conflicto.
- Supervisar y llevar un registro de las convivencias y entrega o regreso del menor, el cual se remitirá al juzgado que lo haya ordenado para conocimiento del juez.
- Realizar un reporte de las entregas o regresos del menor, indicando si se llevó a cabo o no la entrega y un recuento de los incidentes críticos, en caso de que hubiera.
- También podrá proponer acciones para un mejor desempeño de las convivencias y entrega o regreso del menor.
- Intervenir cuando lo estime prudente, para asegurar el bienestar de los menores por un lapso no mayor a 15 minutos.

- Cuando los menores sufran todo tipo de lesiones en el interior del Centro, los trabajadores sociales y psicólogos lo reportarán, y cuando así lo ameriten, se solicitará apoyo al médico del Centro o al personal médico del Servicio Médico Forense.
- Podrá atenderse al abogado de alguna de las partes, pero deberá hacerse en horario matutino previa cita fuera del horario de convivencia del menor hijo de la parte que representa o de la evaluación psicológica que se realice a su representante o hijos.

3.6 Procedimiento para determinar la custodia y la convivencia provisional de los niños con sus padres

El procedimiento se encuentra regulado por los artículos 941 Bis y 941 Ter del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y es básicamente el siguiente:³²⁸

Si alguna de las partes, solicita la custodia provisional de los niños, se le dará vista a la parte contraria a fin de que manifieste lo que a su derecho convenga, en caso de que no haya ninguna controversia y ambas partes estén de acuerdo con la custodia y convivencias del menor, el juez decretara la misma de acuerdo a lo manifestado por ambas partes. Pero si existe desacuerdo, una vez desahogada la vista, en el auto que le recaiga a ésta, se señalará día y hora dentro de los quince días siguientes, a fin de que tenga verificativo la audiencia que resolverá dicha controversia. En el citado auto, el juez solicitará se envíe atento oficio al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal a fin de que designe a un representante para que comparezca a la audiencia a asistir al menor, asimismo, solicitará se haga del conocimiento del C. Agente del ministerio público la fecha de la audiencia; y mediante notificación personal, ordenará se haga del conocimiento de ambas partes, exhortando a la persona que tenga bajo su custodia al menor para que comparezca y lo presente a la audiencia.

³²⁸ *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal 2009, op. cit.*

En la audiencia, (o como lo señala el segundo párrafo del artículo 941 Bis: sesión) serán escuchados los menores (debiendo ser asistidos por el asistente de menores correspondiente, adscrito al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal) por el juez y el C. Agente del ministerio público adscrito al juzgado.

Una vez escuchado a los menores, el juez de lo familiar oyendo la opinión del representante social y valorando todos y cada uno de los elementos de prueba que tenga hasta ese momento, **pudiendo** incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, determinará a cuál de los progenitores le corresponde la custodia provisional de los hijos menores de edad, y a cuál el derecho de visitas y convivencias, debiendo tomar en cuenta como principio fundamental el interés superior del menor.

El juez, antes de regular el derecho de convivencia provisional, deberá valorar todos los elementos que tenga a su alcance, debiendo decidir bajo el principio del interés superior del menor; pero en especial, “valorará el hecho de que alguna de las partes manifieste que ha habido violencia familiar, **pudiendo** solicitar valoración psicoemocional que determine si existen síntomas en el menor, de haber vivido cualquier tipo de violencia familiar, ya sea psicológica, física o sexual, independientemente de que exista o no indagatoria al respecto, a fin de proteger la integridad física y psicológica de los hijos”; con fundamento en el artículo 941 Ter.

En caso de que haya duda por parte del juez y para salvaguarda de los hijos menores de edad o incapaces, deberá ordenar que las convivencias sean supervisadas por el Centro de Convivencia Familiar Supervisado, únicamente durante el procedimiento.

El Juez de lo familiar no podrá decretar las convivencias provisionales, cuando haya peligro para la integridad física, sexual y psicológica de los menores.

El ascendiente que no le sea otorgada la custodia, podrá convivir con el menor en los días y horas que fije el juez, pudiendo ser diversos días de la semana, fuera del horario escolar y sin desatender las labores escolares y debiendo auxiliarlo en dichas actividades. Asimismo, la convivencia podrá ser en fines de semana alternados, períodos vacacionales y días festivos, en forma equitativa.

El artículo 941 Bis, señala la posibilidad de que los ascendientes en segundo grado, en el orden que determine el juez de lo familiar, puedan tener la custodia de los menores, siempre y cuando haya falta o imposibilidad de los progenitores.

Al parecer, el legislador otorgó el papel de psicólogos al juez y al C. Agente del ministerio público adscrito al juzgado de lo familiar, al señalar “Quien tenga a los menores bajo su cuidado, los presentará a la audiencia, **para que sean escuchados por el juez y el ministerio público adscrito**”; siendo que ambas personas no son peritos en la materia, ya que no cuentan con los conocimientos necesarios para determinar de la simple plática con el menor qué es lo más conveniente para el mismo, si se encuentra influenciado por alguna de las partes, si existen síntomas en el menor de haber vivido cualquier tipo de violencia familiar, ya sea psicológica, física o sexual, etc., o cuál de las partes es la persona más apta para tener su custodia, y como consecuencia, cuál es el régimen de visitas y convivencias apropiado para el menor.

Considero que para determinar la custodia y convivencia provisional de un menor, es necesario que exista una valoración psicológica previa, que mediante un sustento científico pueda aportar mayores elementos de convicción en el juez, con la intención de que éste resuelva atendiendo el interés superior del menor. Por lo que se requiere que sea un perito en la materia la persona que escuche tanto al menor como a las partes contendientes.

SUMARIO: CAPITULO 4. REFORMA A LOS ARTÍCULOS 941 BIS Y 941 TER DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

4.1 ¿Qué es la psicología y cuál es el papel de los psicólogos? 4.2 Psicología aplicada al Derecho de Familia. 4.2.1 Pericia Psicológica. 4.2.2 Métodos y Test Psicológicos. 4.2.3 Importancia de la Psicología aplicada al Derecho Familiar. 4.3 Servidores Públicos y Auxiliares de la administración de Justicia regulados por la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. 4.4 Propuesta, 4.4.1 Reforma al Artículo 941 Bis. 4.4.2 Reforma al Artículo 941 Ter.

CAPÍTULO 4. REFORMA A LOS ARTÍCULOS 941 BIS Y 941 TER DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL

4.1 ¿Qué es la psicología y cuál es el papel de los psicólogos?

Etimológicamente, el término psicología proviene de dos vocablos griegos: psyche (espíritu, alma), y logos (ciencia, estudio).³²⁹

Según el Diccionario Anaya de la Lengua, la Psicología es la “ciencia que estudia los fenómenos y procesos psíquicos y el comportamiento del ser humano en relación con el medio que lo rodea y condiciona: la psicología da cuenta de los procesos conscientes e inconscientes de la mente humana; la manera de sentir, de pensar y de comportarse de una persona o un grupo.”³³⁰

La psicología puede ser concebida como “la ciencia que trata del alma, de sus facultades y operaciones, y particularmente de los fenómenos de la conciencia”³³¹

“La psicología es la ciencia que estudia las funciones psicológicas, como la atención, la percepción, la memoria, el pensamiento, la inteligencia, el lenguaje, y el aprendizaje; también se ocupa de la afectividad, como las emociones y la sexualidad; de las etapas evolutivas del desarrollo humano, de la conducta, la personalidad, la vocación, el trabajo y los fenómenos sociales.”³³²

A manera de síntesis, es de vital importancia precisar que el objeto de estudio de la psicología es la conducta y personalidad del ser humano. La conducta, se refiere a la manera en que se comportan los sujetos y la forma en

³²⁹ Galimberti, Umberto, *Diccionario de Psicología*, México, Siglo XXI, 2002, p. 852.

³³⁰ *Diccionario Anaya de la Lengua*, op. cit., p. 906.

³³¹ *Diccionario Básico de la lengua española*, México, Larousse, 1988, p. 465.

³³² La Psicología en la Guía 2000, “Definición de Psicología”, <http://psicologia.laguia2000.com/general/definicion-de-psicologia>

que reaccionan ante diferentes situaciones, es decir, se refiere a todo lo que el ser humano hace, piensa y siente; y en la personalidad se consideran tanto el aspecto psíquico: pensamientos, sentimientos, emociones, inteligencia..., como el fisiológico: constitución física, órganos, sistema nervioso, hormonal, etc.³³³

Por su parte, el psicólogo es la “persona que se dedica al estudio del entendimiento y la conciencia de las personas y el modo en que estos influyen en su carácter y su comportamiento.”³³⁴

La función del psicólogo es estudiar la naturaleza del hombre y su estado mental; básicamente es “la observación de la persona, para conocerla y realizar una evaluación que le permita hacer un diagnóstico. Éste puede ser primero una hipótesis, para luego, mediante corroboraciones científicas, concluir sobre el estado de esa persona y su problemática, y establecer métodos para lograr su solución y alivio.”³³⁵ Este diagnóstico deberá sustentarse con las herramientas técnicas o pruebas necesarias, las cuales permitirán llegar a una conclusión fundada científicamente, y que en el caso del Derecho Familiar, permitirá proporcionar mayores elementos de convicción en el juez.

Así como los abogados, el psicólogo debe evitar el engaño, el fraude, el empleo de títulos que no posea y la emisión de resultados falsos en los estudios o evaluaciones psicológicas que realice.

En resumen, el psicólogo debe ser una persona física capacitada para realizar diversos estudios, algunas de sus funciones aplicadas a la psicología jurídica en el Derecho Familiar es la de analizar el comportamiento y personalidad de los humanos, con el objeto de establecer las bases para mejorar ciertas conductas; sin embargo, para poderlo realizar requiere del conocimiento de diversas técnicas y métodos aprendidos.

³³³ Sabaté Muñoz, Luis, *Introducción a la Psicología Jurídica*, México, Trillas, 1980, p. 19.

³³⁴ *Diccionario Anaya de la Lengua*, op. cit., p. 906.

³³⁵ Talarico Pinto, Irene, *Pericia Psicológica*, Buenos Aires, La Roca, 2002, p. 21.

4.2 Psicología aplicada al Derecho de Familia

En esta rama de la psicología, lo que se busca es que los psicólogos asesoren a los jueces en los procesos de separación y divorcio, en las medidas a adoptar respecto a los hijos y en otras situaciones tales como adopciones, controversias del orden familiar, régimen de guarda y custodia, etc.

Se trata de incluir a los psicólogos dentro del Derecho Familiar, para que emitan un dictamen y traten a las personas que tengan problemas psicológicos independientemente de la índole, con el propósito de informar al juez o magistrado de lo familiar sobre cuestiones que éstos le planteen.

Es decir, el juzgador de lo familiar, pide la intervención de un psicólogo para que valore científicamente un hecho de controversia entre las partes; aportando dicho psicólogo una valoración científica (no un simple parecer u opinión subjetiva). Sin embargo, es necesario verificar si el psicólogo tiene conocimientos científicos útiles y provechosos en relación al hecho controvertido, porque de lo contrario en lugar de ilustrar al Juez, lo conduciría por una resolución equívoca.

El psicólogo como auxiliar del juez deberá contar con los conocimientos necesarios que constituyen la psicología jurídica, como son: legislación y procedimientos legales; elaboración de peritajes e informes psicológicos; tratamientos y técnicas especiales para los integrantes de la familia, etc.

Muñoz Sabaté, quien cita a Mira y López, señala que la “psicología jurídica es la psicología aplicada al mejor ejercicio del derecho”.

Asimismo, manifiesta que la psicología aplicada al derecho familiar “debe atenerse a la norma sin intentar explicar si es o no es justa ni pretender

argumentar sobre sus fines. Lo cual no le impedirá, sin embargo, el proporcionar datos que colateralmente pueden ser interpretados por los juristas”.³³⁶

El psicólogo debe limitarse a lo estrictamente solicitado por la autoridad judicial, emitiendo su dictamen de manera clara y precisa, sin ir más allá de lo solicitado, tomando en cuenta que debe realizar los estudios necesarios a las partes contendientes, de acuerdo a las circunstancias personales en que se encuentren, respetando los plazos y términos que la Ley específicamente establece para rendir sus dictámenes, estudios o avances psicológicos, de acuerdo a lo precisado por dicha autoridad.

4.2.1 Pericia psicológica

Etimológicamente la pericia significa la habilidad, la experiencia, la sabiduría y la práctica en un quehacer específico. Por su parte, el perito es la persona que ha ejercido a lo largo del tiempo una misma actividad, adquiriendo habilidad, experiencia y sabiduría.³³⁷

La pericia es la “habilidad para resolver con acierto, facilidad y rapidez una cosa de cierta dificultad.”³³⁸

“La pericia psicológica es el informe que brinda el psicólogo luego de haber estudiado y analizado el caso a peritar, se trata de un proceso o acontecer, que transcurre durante varias horas, y frente a una o varias personas, que llegan para ser analizadas y evaluadas. El lenguaje en el que se exprese deberá ser riguroso pero claro, dejando los tecnicismos de lado, y tratando de expresarse para que sea comprendido por las partes y el Juez.”³³⁹

La entrevista y el estudio (s) psicológico deben ser realizados a las partes contendientes en el juicio (padres) y a los menores, personas a las cuales es

³³⁶ Sabaté Muñoz, Luis, op. cit., p. 20.

³³⁷ Talarico Pinto, Irene, op. cit., p. 82.

³³⁸ *Diccionario Anaya de la Lengua*, op. cit. p. 840.

³³⁹ Talarico Pinto, Irene, op. cit., p. 72.

necesario realizar una medición o proyección de su estado cognitivo,³⁴⁰ emocional, de su adaptación o desadaptación social o familiar, etc.³⁴¹

Se propone que los estudios psicológicos se lleven a cabo dentro del Juzgado, en un cubículo o área especial dentro de la cual las partes en juicio y los menores se sientan en confianza dentro de un ambiente protector.

Las causas más comunes de la pericia psicológica en materia familiar son los divorcios y las controversias del orden familiar; en cuyo caso es necesaria la evaluación de los cónyuges o concubinos, ya sea para establecer qué tipo de personalidad o estructura psicológica tiene, que haya conducido a la controversia familiar y al divorcio.

Los casos de violencia familiar se han incrementado a pesar de su enorme regulación tanto en materia civil como penal. “Hablar de mujer golpeada, de hijos golpeados, de padres golpeadores, son expresiones que remiten a situaciones, lamentablemente reales y conocidas”. “En estos casos es fundamental hacer la evaluación de la situación, de prevención y de asistencia, desde un punto de vista diagnóstico. Es deseable que estas últimas intervenciones se den al mismo tiempo. Por un lado ayudar a la víctima y a los que la rodean, y por el otro prevenir, modificar la situación familiar para que la violencia no sea recurrente.”³⁴²

En el informe que rinde el psicólogo al Juez de lo Familiar, es muy importante que establezca cuáles fueron los estudios que realizó a las partes, que señale si es necesario la realización de terapias para su recuperación, cuál sería la frecuencia y durante qué lapso.

³⁴⁰ Cognitivo: Son las “funciones que permiten al organismo reunir información relativa a su ambiente, almacenarla, analizarla, valorarla, transformarla, para después utilizarla y actuar con el mundo circundante.” Galimberti, Umberto, *Diccionario de Psicología*, op. cit., p. 194.

³⁴¹ Sabate Muñoz, Luis, op. cit., p. 25.

³⁴² Talarico Pinto, Irene, op. cit., p. 79.

Del resultado de la pericia, el Juez deberá determinar con base en ella y en los demás elementos de prueba que tenga a su alcance, tomando en cuenta la facultad discrecional que posee para poder solicitar aquéllos elementos probatorios necesarios para esclarecer sus dudas, resolviendo lo más conducente fundamentando y motivando la causa legal de su resolución, ya sea provisional o definitiva.

4.2.2 Métodos y tests psicológicos

Los métodos empleados son los siguientes:³⁴³

- **Medición y observación:** La ciencia de la psicología utiliza la observación, la medición, el experimento y el análisis estadístico. Esto es empleado en las pruebas de test que se realizan, para establecer porcentajes y ubicar lo investigado en tablas ya estandarizadas en los laboratorios.
- **Autoobservación, introspección:** Como ciencia que investiga las emociones, las motivaciones y las inclinaciones más profundas; este método es empleado de manera natural, donde la actividad observada no es provocada y es espontánea.
- **Métodos indirectos:** Son cuestionarios o encuestas que se aplican a ciertas personas sobre temas específicos, que son objeto de la prueba; los cuestionarios también pueden hacerse en forma subjetiva, autocuestionarios, donde es necesario confiar en la buena memorización y en que las afirmaciones responden a la vida real del entrevistado.

Este tipo de cuestionarios o encuestas dan un perfil bastante acertado de lo que se busca; por ejemplo, para el nivel de depresión, existe el cuestionario de depresión *Beck*. Cada pregunta tiene distintos niveles de

³⁴³ Ibidem, p. 39 y 41.

intensidad, debiendo marcarse la que más le corresponda al individuo o la que más se acerque a su estado de ánimo.

También existen cuestionarios en el *test de Millon*, que darán los distintos perfiles de personalidad.

“Los Tests son instrumentos que permiten evaluar la capacidad mental del sujeto, nivel de madurez, eventual organicidad o rasgo de impulsividad, ansiedades, frustraciones, defensas, sexualidad, relaciones con el medio, etc. Otros permiten observar la imagen que el sujeto tiene de sí mismo, su ubicación en la realidad, elementos constitutivos de la personalidad y conflictos internos. Cada prueba aporta datos, validados estadísticamente, que nos permiten arribar a un diagnóstico preciso. Después de las entrevistas, se elige qué material deberá ser administrado en cada caso en particular.”³⁴⁴

En cuanto a los Test empleados, se pueden clasificar de la siguiente manera.³⁴⁵

- Escala Wechsler-Bellevue: Es un test de Inteligencia para adultos
- “Test de Rorschach: es un test proyectivo de personalidad. Su finalidad es obtener un diagnóstico completo de los rasgos psicológicos de una persona, de estilos de procesamiento y percepción, determinados estados anímicos y cognitivos.”

“En este tipo de test se deben computar cinco aspectos principales de la respuesta: el área de la mancha de tinta (toda la figura, un detalle, etc.); su forma, color, sombreado, etc.; el grado en que la respuesta se

³⁴⁴ Amato, María Inés, *La Pericia Psicológica en Violencia Familiar*, Buenos Aires, La Roca, 2004, p. 281.

³⁴⁵ Cfr. Amato, María Inés, op. cit., p. 281 a 308.

muestra congruente con la forma del área escogida; su contenido y otros aspectos, como son la originalidad, popularidad, combinación, etc.”

- “Test de Blender: es un test gráfico, de gran valor diagnóstico y pronóstico en cuanto a las dudas que puedan aparecer respecto del nivel de madurez, eventual organicidad o rasgo de impulsividad.”
- “TAT: El Test de apercepción temática (TAT) es un test proyectivo de personalidad. Es útil para obtener información en relación a las tendencias, sentimientos, figuras importantes en la vida de la persona. El TAT indica cómo se refleja la dinámica de la personalidad del sujeto en su experiencia subjetiva, es decir, sus ideas, y cuáles son las ideas y conflictos que maneja con los medios que le ofrecen su personalidad y la estructura de su inteligencia.”
- “El test de relaciones *objetales* de *Phillepson*: Es un test proyectivo de personalidad, que investiga los vínculos interpersonales e intrasubjetivos, en tres tiempos y en tres modalidades diferentes (pasado, presente y futuro).
- Tests gráficos:

* Test de la figura humana: Da una evaluación de la personalidad; se aplica para estudiar esquemas de desarrollo en niños en el ciclo de la pubertad a la adolescencia. Consiste en que el sujeto dibuje una figura humana, lo cual introduce ya cierta estructuración, las múltiples posibilidades que encierra y la multitud de esquemas dinámicos de expresión que puede provocar.

** “Test proyectivo casa-árbol-persona: Este test capta aspectos de personalidad, al penetrar en el área de la creatividad artística. La casa, el árbol y la persona son conceptos de gran potencia simbólica que se saturan

de las experiencias emocionales e ideacionales ligadas al desarrollo de la personalidad, las que luego se proyectan cuando esos conceptos son dibujados.

La casa, como lugar de vivienda, provoca asociaciones con la vida hogareña y las relaciones intrafamiliares.

El dibujo del árbol refleja los sentimientos más profundos que el individuo tiene de sí mismo, en tanto que la persona constituye el vehículo de transmisión de la autoimagen más cercana a la conciencia y de las relaciones con el ambiente.”

*** “Test de la persona bajo la lluvia. Indaga la capacidad de defensa del individuo, frente a situaciones de estrés ambiental.

La consigna es dibujar una persona en el momento que llueve. El sujeto decide si lo dibuja con paraguas, si la lluvia lo sorprende, si se refugia en algún lugar, etc.”

**** “Test de la Familia: Es útil administrarlo en casos de conflictos intrafamiliares, ya que permite observar la ubicación fantaseada del sujeto y la real dentro de la constelación familiar.”

4.2.3 Importancia de la psicología aplicada al Derecho Familiar.

La familia es un sistema cuyo funcionamiento depende de la interacción de cada uno de sus miembros y del medio que le rodea; a su vez, cada miembro de la familia tiene una serie de comportamientos distintos a los demás, aportando cada integrante su manera de ser y de actuar, tomando en cuenta lo que aprendió del exterior, así como del interior; por ello es que los psicólogos aplican distintos tipos de métodos y test psicológico dependiendo de la persona de que se trate, ya

que presentan distintos tipos de personalidad y comportamientos, que pueden ser estudiados, analizados y resueltos de diferentes ángulos, por el profesionalista en mención.

La familia tiene diversas funciones, las básicas son tres, la primera de ellas consiste en que debe ser capaz de resolver las necesidades materiales básicas, como son: casa, vestido y sustento, concerniendo dicha responsabilidad a los padres; la segunda función primordial es desarrollar una unión conyugal funcional, y por último, tiene a su cargo la crianza y socialización de los hijos. Cuando la familia cumple estas tres funciones, se considera una familia sana y funcional; pero si por cualquier razón no se lleva a cabo alguna de estas funciones, la familia es considerada disfuncional y no es capaz de cubrir las necesidades básicas de sus miembros. Entre los problemas más comunes, que entorpecen estas funciones, se encuentran las conductas violentas, el uso y abuso de drogas, el alcohol, la inseguridad de sus miembros, etc.³⁴⁶

“La socialización proviene de la convivencia de los hijos con los padres y los hermanos. La familia es la primera unidad social dentro de la cual el niño aprende, de un modo natural, a comunicarse con los demás y adquirir las habilidades necesarias para que pueda desarrollarse adecuadamente en sociedad. El niño aprende los modos propios de comunicación entre sus iguales (hermanos) con la autoridad (los padres), y las pautas de educación que se esperan de él. A través de la crianza y socialización también se transmite la cultura, el lenguaje y el idioma, y los usos y costumbres de una sociedad determinada.”³⁴⁷

Existen otras necesidades en la familia, que deben de considerarse básicas, como son: la necesidad de pertenencia, de identidad, aceptación, cuidado, afecto, comunicación entre los integrantes de la misma y la expresión

³⁴⁶ Aspe Armella, Virginia (comp.), op. cit., p. 266 y 267.

³⁴⁷ Ibidem, p. 268.

emocional; estas necesidades son importantes para el adecuado desarrollo psicológico de una persona.

Un problema común y difícil de tratar es el alcoholismo y la drogadicción, pudiendo llevar a conductas violentas en la familia; en el caso del padre, se ha visto que el alcoholismo puede estar relacionado con conductas agresivas hacia los hijos o hacia el otro cónyuge o concubino, en donde la mayoría de ocasiones (no en todas) la mujer sale más afectada. En cuanto al abuso físico infantil, éste produce reacciones emocionales en los niños, como son: la depresión, la ansiedad, hostilidad, culpa, vergüenza, enojo o ira, la presencia de recuerdos recurrentes, pesadillas, dificultad para resolver problemas sociales, dificultad para comunicarse, etc.³⁴⁸

La separación o controversias entre los cónyuges o concubinos, puede ser resultado de una serie de problemas, como son: la violencia familiar, alcoholismo, conflictos y diferencias entre los miembros de la familia, o porque uno o ambos tienen otra pareja que es consecuencia de los problemas entre sí. En algunas ocasiones, dicha separación o problemas familiares es llevada para ser resuelta ante los juzgados familiares; lo cual muchas veces, produce entre los miembros de la familia sentimientos de abandono, duelo³⁴⁹ y pérdida, independientemente de la edad, los hijos se ven afectados, sobre todo cuando son utilizados por sus padres en contra del otro, recibiendo poco cuidado físico y emocional; además, al iniciarse lo referente a los bienes, o acerca del cuidado de los hijos, quién poseerá su custodia o quién únicamente tendrá derecho a las visitas y convivencias, es cuando se presentan enormes desavenencias entre las partes.

³⁴⁸ Clemente, Miguel y Serrano, Ma. Isabel, *Psicología jurídica y Redes sociales*, Madrid, Fundación Universidad-Empresa, 1999, p. 269.

³⁴⁹ Duelo: "Estado psicológico consecuente con la pérdida de un objeto significativo que formaba parte integrante de la existencia. La pérdida puede ser de un objeto externo, como la muerte de una persona, la separación geográfica, el abandono de un lugar; o interno, como la desaparición de una perspectiva, la pérdida de la propia imagen social, un fracaso personal y semejantes." Galimberti, Umberto, op. cit., p. 359.

Indudablemente, el divorcio, la separación de quienes ejerzan la patria potestad del menor y el juicio de controversia del orden familiar (régimen de guarda y custodia) afecta todos los aspectos de la vida familiar y de cada uno de sus miembros; cambiando el estilo de vida; la economía doméstica; sentimientos entre los hijos, ya que algunos se pueden sentir rechazados por el progenitor que se va, por lo que deben estar en contacto continuo con ambos padres, siempre y cuando no exista violencia familiar en contra del menor y no haya peligro grave para el normal desarrollo de los hijos.

Por esta y cada una de las razones que se expusieron, “no hay duda de que la administración de justicia requiere la existencia de un personal técnico especializado en el vasto campo del derecho”³⁵⁰

Como ha quedado establecido, las controversias que surgen en el Derecho Familiar ocasionan diversas consecuencias entre los miembros de la familia, causando problemas psicológicos que muchas veces no son tomados en cuenta por el juez o magistrado de lo familiar, por lo que en la presente investigación se propone que exista un psicólogo adscrito a cada juzgado de lo familiar, con el fin de tratar a cada una de las partes, así como al menor, que muchas ocasiones es el más afectado, tomando como base que el principio rector en el Derecho Familiar es el interés superior de éste; por ello, es de vital importancia que el juez ordene de manera oficiosa estudios psicológicos a ambos padres en conflicto y al menor, con el fin de determinar, en caso de custodia y convivencia cuál es el más apto para tener su custodia y qué régimen de convivencias es el apropiado, partiendo de si existe violencia familiar en contra del menor o si hay algún peligro para el normal desarrollo del mismo.

Es importante el uso de la psicología en el Derecho Familiar, por ser éste el encargado de regular a la familia, y por ser la psicología la ciencia que estudia la conducta y el comportamiento de los individuos integrantes de ese núcleo familiar;

³⁵⁰ Mira y López, Emilio, *Manual de Psicología Jurídica*, Buenos Aires, El Ateneo, 1980, p. 102.

no obstante lo anterior, el Derecho Familiar necesita que sus resoluciones se encuentren apoyadas científicamente desde un enfoque psicológico, que permita dar razones que justifiquen dichas resoluciones, a fin de que mejoren la impartición y administración de justicia, cuidando en todo momento a la familia.

“Una de las paradojas más ostensibles en el campo del derecho es que, admitiéndose hasta la saciedad la participación que en el mismo tiene la psicología, no se haya producido hasta la fecha un enfoque metodológico y sistematizado de los conocimientos psicológicos aplicados a la ciencia o a la técnica jurídica.”³⁵¹

Al ser la familia una institución que se encuentra en constante cambio, es necesario que la legislación vaya modificándose con la misma, con la finalidad de que se adapte y regule las nuevas circunstancias que se presentan, tomando en cuenta a la psicología, como ciencia que puede ayudar a la toma de resoluciones judiciales desde un aspecto científico, aportando nuevos elementos de prueba, para determinar lo más conveniente para el menor y ambas partes en juicio.

Como quedó indicado líneas arriba, el psicólogo es la persona que cuenta con las armas necesarias para manejar las crisis y problemas que se presentan entre pareja e hijos dentro del núcleo familiar.

4.3 Servidores Públicos y Auxiliares de la administración de Justicia regulados por la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

El artículo primero de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal señala, que “la Administración e Impartición de Justicia en el Distrito Federal corresponde al Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y demás órganos judiciales que esta Ley señale, con base en lo que establece la

³⁵¹ Sabaté Muñoz, Luis, op. cit., p. 15.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal y demás ordenamientos legales aplicables...”³⁵²

El artículo 2º indica cuáles son los servidores públicos encargados de la administración de Justicia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; el cual, para un mejor entendimiento, se transcribe:

“El ejercicio jurisdiccional en todo tipo de asuntos civiles, mercantiles, penales, familiares y los del orden federal en los casos que expresamente las leyes les confieran jurisdicción, corresponde a los servidores públicos y órganos judiciales que se señalan a continuación:

- I. Magistrados del Tribunal Superior de Justicia;
- II. Jueces de lo Civil;
- III. Jueces de lo Penal;
- IV. Jueces de lo Familiar;
- V. Jueces del Arrendamiento Inmobiliario;
- VI. Jueces de Justicia para Adolescentes; y
- VII. Jueces de Paz.

Los demás servidores públicos y auxiliares de la administración de justicia intervendrán en dicha función en los términos que establece esta Ley, los Códigos de Procedimientos y demás leyes aplicables.”³⁵³

Dicha ley estipula que los auxiliares de la administración de justicia obligados a cumplir las órdenes de jueces y magistrados son:

- “La Subsecretaría de Gobierno del Distrito Federal;
- El Registro Civil;
- El Registro Público de la Propiedad y del Comercio;
- Los Peritos Médico Legistas;
- Los Intérpretes oficiales y demás Peritos en las ramas que les sean encomendadas;
- Los Síndicos e Interventores de concursos y quiebras;

³⁵² *Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, op. cit.

³⁵³ *Idem.*

- Los Albaceas, Interventores, Depositarios, Tutores, Curadores y Notarios, en las funciones que les encomienden las leyes correspondientes;
- Los Agentes de la Policía Preventiva y Judicial, y
- Todos los demás a quienes las leyes les confieran este carácter.”³⁵⁴
- En cuanto a la Organización interna de los juzgados, el artículo 56 señala que los juzgados deben estar conformados por:
 - “Un juez, que atenderá proporcional y equitativamente las cargas de trabajo con el objeto de lograr la inmediatez y expeditéz necesarias en el conocimiento de los asuntos a su cargo;
 - Los Secretarios de Acuerdos, Conciliadores, Proyectistas y Actuarios que requiera el servicio; y
 - Los servidores públicos de la administración de justicia que autorice el presupuesto.”³⁵⁵

Tal y como quedo transcrito líneas arriba, La Ley Orgánica regula como persona auxiliar de la administración de justicia a los peritos, lo cual se encuentra consagrado por los artículos 101 a 106 de dicha Ley.

En el artículo 188 se reconoce de manera tácita a los pasantes en derecho, como personas que integran la organización interna del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, al señalar:

“Artículo 188. Los cargos judiciales son los siguientes:

- I. Pasante de Derecho;
- II. Secretario Actuario;
- III. Secretario de Juzgado de Paz;...”

Confirmando lo mencionado con antelación, el Tribunal Superior de Justicia proporciona la estructura orgánica de los juzgados de lo familiar, de la siguiente manera.³⁵⁶

³⁵⁴ Idem.

³⁵⁵ Idem.

- Un juez de primera instancia
- Dos Secretarios de Acuerdos de juzgado de primera instancia
- Un Secretario Conciliador
- Dos Secretarios Proyectistas de Primera Instancia
- Dos Secretarios Actuarios de juzgado de primera instancia
- Dos Pasantes de Derecho.

4.4 Propuesta

Antes de formular la propuesta, es importante hacer conciencia y preguntarnos: “¿Qué clase de familia queremos para nuestros hijos? ¿Cuáles son los valores que deben asimilar los hijos dentro del seno familiar? ¿Qué modelo de familia aspiramos?”³⁵⁷ ¿Los hijos son el reflejo de los padres? ¿Cuál es la mejor opción para educar a los menores?

Si una de las máximas del Derecho Familiar, es proteger el interés superior del menor, por qué es el juez quien tiene que decidir si es o no necesario una valoración psicológica para determinar cuál de ambos padres es el más apto a tener la guarda y custodia del menor, o sobre el derecho de visitas y convivencias; si bien es cierto, el juez es el único que puede dictar sentencia y tiene determinadas facultades discrecionales siendo perito en derecho, eso no implica que tenga conocimientos de psicología para establecer sin la valoración de los estudios necesarios por una persona especializada en la materia, cuál es la persona más apta para tener la custodia del menor y el derecho de visitas y convivencias; ya que es necesario que un perito en la materia realice estudios psicológicos a ambas partes y al menor a fin de determinar si existe o no violencia familiar, cuál de ambos cónyuges se encuentra dañado psicológicamente, de tal

³⁵⁶ *Manual de Organización de los Juzgados familiares*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Consejo de la Judicatura del Distrito Federal (Dirección ejecutiva de planeación), http://www.tsjdf.gob.mx/transparencia/art14/14_1/M_O/MO_JF.pdf

³⁵⁷ Güitron Fuentevilla, Julian. *¿Qué es el Derecho Familiar?*, op. cit., p. 21.

forma que pueda dañar al menor, o si el menor se encuentra influido por alguno de los cónyuges.

En la presente investigación, se propone reformar los Artículos 941 Bis y 941 Ter del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal; cuya finalidad es la introducción de un psicólogo adscrito a cada uno de los Juzgados Familiares del Distrito Federal, ya que tal y como se señaló en el presente capítulo, el psicólogo es la persona idónea para aportar los elementos necesarios a fin de que el juez determine, en el caso concreto, cuál de los progenitores es la persona más apta para tener la custodia del menor y cuál es el régimen apropiado y más benéfico de visitas y convivencias a la persona que no tenga la custodia del citado menor.

Por lo que se propone incorporar a psicólogos como servidores públicos adscritos a los juzgados familiares, ya que son necesarios para la correcta administración e impartición de justicia, por contar con los conocimientos idóneos para auxiliar al juzgador en la toma de decisiones; en consecuencia, se requiere que las resoluciones provisionales o definitivas estén sustentadas en razonamientos científicos por profesionistas especializados en el estudio de la conducta y personalidad del ser humano.

4.4.1 Reforma al artículo 941 Bis

El Artículo 941 Bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala:

“Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus padres, previamente se dará vista a la parte contraria y, en **caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia de los menores** misma que se efectuará dentro de los quince días siguientes.

En la sesión donde sean escuchados los menores deberán ser asistidos por el asistente de menores correspondiente, adscrito al Sistema Integral de la Familia

del Distrito Federal, quien no requerirá comparecer para protestar el cargo. Para que tenga verificativo la audiencia respectiva el juez de lo familiar tomará en consideración la programación de audiencias que tenga la Institución.

Quien tenga a los menores bajo su cuidado, los presentará a la audiencia, para que sean escuchados por el juez y el ministerio público adscrito. **El juez de lo familiar oyendo la opinión del representante social y valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, pudiendo incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, determinará a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad.**

A falta o imposibilidad de los progenitores para tener la custodia de los menores se considerarán las hipótesis previstas en los artículos 414 y 418 del Código Civil.

Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor.

Cuando cambie de domicilio el ascendiente que conserva la guarda y custodia, éste tiene la obligación de informar al Juez y a quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia.

El incumplimiento de esta disposición dará lugar a lo establecido en el artículo 73 de éste ordenamiento.”³⁵⁸

De la lectura de dicho artículo se desprende claramente que en caso de que exista desacuerdo entre ambas partes, será el juez quien en Audiencia Incidental determinará la custodia y la convivencia provisional de los menores, escuchando a éstos y oyendo la opinión del representante social (ministerio público adscrito al juzgado) y la del asistente del DIFF, “**pudiendo incluir valoración psicológica**”; por lo que se concluye que no es obligación del juez solicitar estudios psicológicos a fin de determinar la custodia y las convivencias de los menores con sus padres, resultando que tal decisión es una facultad discrecional y no una obligación como se propone en el presente trabajo de investigación.

³⁵⁸ *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal 2009*, op. cit.

Asimismo, como se desprende de dicho artículo, en la audiencia incidental serán escuchados los menores a fin de tomar en cuenta lo manifestado por éstos para determinar la custodia y convivencia; pese a ser posible que los menores se encuentren bajo la influencia de alguna de las partes en el juicio, no siendo completamente veraz su testimonio. Por lo tanto, se requiere forzosamente se realicen estudios psicológicos por un perito en la materia para que aporte los elementos necesarios a fin de que el juez determine cuál es el cónyuge o concubino más apto para tener su custodia tanto provisional como definitiva, el derecho de visitas y convivencias, tomando en cuenta si el menor se encuentra influenciado por alguno de los padres, si hay o no violencia familiar, entre otras.

En atención a que existe un ministerio público adscrito a cada uno de los juzgados familiares, por ser el encargado de representar a la sociedad incluyendo a los menores, también es necesario que exista un psicólogo adscrito a cada juzgado familiar, interviniendo, ya sea en los juicios de divorcio o en las controversias del orden familiar en que exista conflicto en cuanto a la custodia y convivencia de los menores, o habiendo violencia familiar, con el propósito de que realice los estudios psicológicos necesarios para emitir un dictamen, el cual sea la prueba idónea (junto con los demás elementos de prueba que existan en el juicio) para que el juez determine la custodia y el régimen de visitas y convivencias provisional y en su caso definitivo al cónyuge o concubino respectivo. Del mismo modo, es importante que a lo largo de la secuela procesal mientras dura el juicio y antes de dictar sentencia se sigan realizando los estudios psicológicos a las partes y en su caso al menor a fin de que determine si hay o no mejorías en cada una de las partes, y si ésta puede influir para determinar la custodia y convivencia definitiva a la persona que le corresponda.

En ese orden de ideas, es necesario que exista un psicólogo adscrito a cada uno de los juzgados familiares, por lo que se requiere se reforme la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia y nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Si el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal es el encargado de la administración e impartición de Justicia en dicha entidad, y los principios que regulan la función judicial son la expeditéz, el impulso procesal oficioso, la imparcialidad, la legalidad, la formalidad, la calidad, la **vanguardia en sistemas tecnológicos, la carrera judicial, la eficiencia**, entre otros; se requiere que la ley que regula al tribunal, esto es, la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, sea reformada, adhiriéndose como auxiliares de la administración de justicia a los psicólogos especializados en psicología jurídica aplicada al Derecho Familiar, a fin de que estén obligados a cumplir las órdenes que, en el ejercicio de sus atribuciones legales, emitan jueces y magistrados de lo Familiar; existiendo así un psicólogo adscrito a cada juzgado familiar.

Con la adición de los psicólogos adscritos a cada juzgado de lo familiar se fomentaría el empleo, la carrera judicial, el impulso procesal oficioso, la eficiencia, entre otros; estando el juzgador en mejor posibilidad para resolver lo relativo a la custodia y convivencia provisional y definitiva de los menores.

Es importante aclarar, que la salud psicológica, no es el único medio de prueba que el Juez debe analizar al momento de decidir sobre la custodia y convivencia provisional y/o definitiva; deberá valorar todos y cada uno de los demás elementos de pruebas que tenga a su disposición.

No obstante lo señalado, es necesario se reforme el artículo 941 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (trascrito líneas arriba); quedando de la siguiente manera:

Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus padres, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que las partes que solicitan la custodia, y en su caso el menor, comparezcan al Juzgado a fin de que el psicólogo adscrito les realice una valoración psicológica, en cuyo caso deberá citárseles de

manera personal en el Juzgado a ambas partes y al menor en diferentes horarios, a fin de que los estudios sean realizados a cada una de las partes de manera individual, dichas valoraciones psicológicas no deberán de exceder del término de 5 días en su totalidad; concediéndole al psicólogo una vez que conozca del asunto un término de 5 días contados a partir de la última valoración psicológica para que rinda su dictamen y una vez que obre en autos el dictamen en mención; se señale día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia de los menores, misma que se efectuará dentro de los cinco días siguientes al dictamen rendido por el psicólogo adscrito.

En la sesión donde sean escuchados los menores deberán ser asistidos por el asistente de menores correspondiente, adscrito al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal, quien no requerirá comparecer para protestar el cargo. Para que tenga verificativo la audiencia respectiva el juez de lo familiar tomará en consideración la programación de audiencias que tenga la Institución.

Quien tenga a los menores bajo su cuidado, los presentará a la audiencia, para que sean escuchados por el juez, el ministerio público adscrito y el psicólogo adscrito.

El juez de lo familiar oyendo la opinión del representante social y del psicólogo adscrito al juzgado, valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, debiendo incluir la valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, rendida por el psicólogo adscrito, determinará a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad.

En caso de que alguna o ambas partes no estén de acuerdo con la valoración psicológica rendida por el psicólogo adscrito al juzgado, deberán señalar como perito de su parte al psicólogo que deseen, debiendo reunir dicho psicólogo los requisitos que marca la ley, en cuyo caso deberá designar psicólogo dentro de los tres días siguientes a que obre en autos la valoración psicológica rendida por el psicólogo adscrito al juzgado y en caso de que este debidamente ofrecida dicha pericial, el Juez la admitirá quedando obligado los oferentes a que sus peritos, dentro del plazo de tres días, presenten escrito en el que acepten el cargo conferido y protesten su fiel y legal desempeño, debiendo sujetarse las partes a lo establecido en el artículo 347 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, con excepción, de que dichos peritos deberán rendir su dictamen dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que hayan presentado los escritos de aceptación y protesta del cargo de peritos.

Una vez que obre en autos el dictamen rendido por los peritos designados por las partes, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia de los menores.

La valoración psicológica rendida por el psicólogo adscrito al juzgado, deberá ser valorada por el juez al momento de dictar sentencia definitiva, en lo relativo a la custodia y convivencia definitiva; pudiendo el psicólogo adscrito, en caso de que lo crea necesario y según las circunstancias del caso, seguir realizando estudios psicológicos a las partes que solicitan la custodia y al menor para ver los avances de cada una de las partes, aportando mayores elementos para determinar quién es el más apto para tener la custodia y convivencia definitiva, debiendo realizar dichos estudios psicológicos en el interior del Juzgado; en cuyo caso deberá informar al juez en la primera valoración psicológica la necesidad de seguir realizando dichos estudios psicológicos a las partes y en su caso al menor, indicando los días y horas en que se realizarán los estudios psicológicos correspondientes, a fin de que sean notificados de manera personal a las partes que solicitan la custodia definitiva.

A falta o imposibilidad de los progenitores para tener la custodia de los menores se considerarán las hipótesis previstas en los artículos 414 y 418 del Código Civil.

Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor.

En caso de que las partes se nieguen a someterse a la evaluación psicológica del psicólogo adscrito al juzgado, el juez les impondrá cualquiera de los medios de apremio que juzgue más eficaz, de acuerdo a lo dispuesto por este ordenamiento.

Cuando cambie de domicilio el ascendiente que conserva la guarda y custodia, éste tiene la obligación de informar al Juez y a quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia.

El incumplimiento de esta disposición dará lugar a lo establecido en el artículo 73 de éste ordenamiento.

4.4.2 Reforma al Artículo 941 Ter

Como consecuencia de lo anterior, también es importante se reforme el artículo 941 Ter en su parte conducente, que a la letra dice:

“El ascendiente que no le sea otorgada la custodia podrá convivir tal y como lo fije el Juez, diversos días de la semana, fuera del horario escolar y sin desatender las labores escolares y debiendo auxiliarlo en dichas actividades.

Asimismo, en forma equitativa, se podrá regular la convivencia en fines de semana alternados, periodos de vacaciones escolares y días festivos; cuando estos ya acudan a centros educativos.

El juez de lo familiar, antes de regular el derecho de convivencia de manera provisional, deberá tomar en cuenta todos los elementos que estén a su alcance para decidir bajo el principio del interés superior del menor. **En especial valorará el hecho de que una de las partes manifieste que ha habido violencia familiar, pudiendo solicitar valoración psicoemocional** que determine si existen síntomas en el menor, de haber vivido cualquier tipo de violencia familiar, ya sea psicológica, física o sexual, independientemente de que exista o no indagatoria al respecto, a fin de proteger la integridad física y psicológica de los hijos.

En caso de duda, y para salvaguarda de los hijos menores de edad o incapaces, deberá ordenar que las convivencias se realicen en los centros e instituciones destinados para tal efecto, únicamente durante el procedimiento.

Las convivencias de manera provisional no se otorgarán por el juez de lo familiar cuando exista peligro para la integridad física, sexual y psicológica de los hijos menores de edad.”³⁵⁹

Tal y como se desprende de la redacción del artículo en mención, **antes de regular el derecho de convivencia de manera provisional**, el juez valorará el hecho de que alguna de las partes manifieste que ha habido violencia familiar, **pudiendo** solicitar valoración psicoemocional; en este caso es importante también se reforme este artículo en su parte conducente; ya que una vez más se le otorga al juez la facultad discrecional de solicitar o no valoración psicoemocional en caso de que alguna de las partes manifieste que ha habido violencia familiar, desprendiéndose que no es una obligación por parte del juez el ordenar se realice

³⁵⁹ Idem.

la valoración psicoemocional correspondiente; no obstante lo anterior, dicho artículo señala que ese supuesto se va a dar antes de regular el derecho de **convivencia de manera provisional**, sin incluir el supuesto de la **custodia provisional** en caso de que alguna de las partes manifieste que ha habido violencia familiar; por lo que propongo que la reforma al artículo en cita, quede de la siguiente manera:

El ascendiente que no le sea otorgada la custodia podrá convivir tal y como lo fije el juez, diversos días de la semana, fuera del horario escolar y sin desatender las labores escolares y debiendo auxiliarlo en dichas actividades.

Asimismo, en forma equitativa, se podrá regular la convivencia en fines de semana alternados, periodos de vacaciones escolares y días festivos; cuando estos ya acudan a centros educativos.

*El juez de lo familiar, antes de regular el derecho de custodia y convivencia de manera provisional y **definitivo**, deberá tomar en cuenta todos los elementos que estén a su alcance para decidir bajo el principio del interés superior del menor. En especial valorará el hecho de que una de las partes manifieste que ha habido violencia familiar, **debiendo solicitar valoración psicoemocional al psicólogo adscrito al juzgado**, que determine si existen síntomas en el menor, de haber vivido cualquier tipo de violencia familiar, ya sea psicológica, física o sexual, independientemente de que exista o no indagatoria al respecto, a fin de proteger la integridad física y psicológica de los hijos.*

En caso de duda, y para salvaguarda de los hijos menores de edad o incapaces, deberá ordenar que las convivencias se realicen en los centros e instituciones destinados para tal efecto, únicamente durante el procedimiento.

Las convivencias de manera provisional no se otorgarán por el juez de lo familiar cuando exista peligro para la integridad física, sexual y psicológica de los hijos menores de edad.

La presente propuesta es con el objeto de que exista un psicólogo adscrito a cada uno de los juzgados familiares, a fin de que sea el encargado de realizar valoraciones psicológicas y/o psicoemocionales a las partes y al menor, teniendo el juez elementos de prueba más idóneos para resolver respecto a la custodia y convivencia provisional y definitiva de los menores; o en caso de que alguna de las partes manifieste que ha habido violencia familiar, deberá valorar en su

conjunto los estudios psicológicas y/o psicoemocionales, así como todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición; debiendo siempre resolver atendiendo el interés superior del menor.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Para determinar la custodia y el régimen de visitas, es necesario que el Juez ordene de manera oficiosa la valoración psicológica de las partes y del menor.

SEGUNDA.- La valoración psicológica por un psicólogo adscrito al juzgado de lo familiar es necesaria, ya que aporta al juez, junto con otras pruebas, mayores elementos de convicción para resolver sobre los puntos litigiosos cuestionados por las partes.

TERCERA.- Los estudios o valoración psicológica contribuirían a determinar si es o no conveniente establecer el régimen de convivencias provisional a la persona que no posea su custodia, en caso afirmativo qué es lo más indicado para el beneficio del interés superior del menor.

CUARTA.- El Juez es la persona que deberá resolver sobre el régimen de custodia y convivencia, pero deberá tomar en cuenta la valoración psicológica rendida por el psicólogo adscrito al juzgado, junto con los demás elementos de prueba que tenga a su alcance y que crea convenientes.

QUINTA.- La adscripción del psicólogo como servidor público en los juzgados de lo familiar, contribuirá a agilizar la audiencia incidental en la que el menor es escuchado, para determinar la custodia y convivencias de los progenitores en conflicto.

SEXTA.- El psicólogo es la persona idónea para aportar los elementos necesarios al juez, a fin de que resuelva sobre la custodia y convivencia provisional y definida de los menores con sus progenitores, ya que se dedica al estudio de la conducta y personalidad del ser humano.

SÉPTIMA.- El uso de la psicología aplicada al Derecho Familiar, fomentaría la impartición de justicia desde un aspecto más humanizado.

OCTAVA.- El psicólogo es la persona indicada para manejar las cuestiones de crisis que se presentan en las actuaciones judiciales o durante la audiencia incidental en la que el menor es escuchado.

NOVENA.- La función del psicólogo minimiza las situaciones de crisis entre los integrantes de la familia, lo que conlleva a realizar audiencias más ágiles, sin que sean diferidas a causa de las partes, lo que ocasiona que señalen nuevas fechas de audiencia, retardando únicamente el procedimiento.

DÉCIMA.- El psicólogo, gracias a sus estudios y a su formación profesional, es la persona que puede brindar mayor confianza al menor, entablando una comunicación más benéfica con éste; por el contrario, el juez, a pesar de realizar diversos estudios y tomar diversos cursos, no es un especialista en psicología.

DÉCIMA PRIMERA.- El psicólogo cuenta con las herramientas necesarias para decidir si las partes requieren de terapias individuales o de familia, con el fin de buscar el interés superior del menor.

DÉCIMA SEGUNDA.- La presencia de una persona capacitada ofrece la oportunidad de realizar diversos estudios o pruebas psicológicas, basadas en estudios científicos.

DÉCIMA TERCERA.- La adscripción de psicólogos a los Juzgados de lo Familiar fomentaría el empleo para los profesionistas en materia de psicología.

DÉCIMA CUARTA.- La introducción de los psicólogos en los juzgados de lo familiar permite que haya menos carga de trabajo en el juzgado, evitando se giren

oficios a instituciones gubernamentales o dependientes del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, como el Centro de Convivencia Familiar Supervisada.

DÉCIMA QUINTA.- La adscripción de psicólogos a los juzgados familiares garantizaría en mayor medida el bienestar del menor, ya que previamente a determinar la custodia provisional y definitiva, se realizó una valoración psicológica a ambas partes y al menor; con el fin de aportar mayores elementos de convicción en el Juez para que resuelva atendiendo el interés superior del mismo.

DÉCIMA SEXTA.- En caso de que sea necesario, ambas partes y el menor podrán estar en terapia psicológica, lo que provocaría un bienestar familiar y una mejor relación entre sus miembros.

DÉCIMA SÉPTIMA.- En consecuencia, deberá reformarse la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, para que los psicólogos sean incorporados a las labores de los tribunales como auxiliares de la administración de justicia; asimismo deberá incluir un capítulo especial para la regulación de éstos.

DÉCIMA OCTAVA.- Deberán reformarse los artículos 941 Bis y 941 Ter del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, a fin de que el juez se encuentre obligado a ordenar de manera oficiosa valoración psicológica y/o psicoemocional al psicólogo adscrito al juzgado, para que tenga mayores elementos de convicción para resolver sobre la custodia y convivencia provisional y definitiva del menor.

DÉCIMA NOVENA.- La propuesta de Reforma al Artículo 941Bis deberá quedar en los siguientes términos:

Quando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus padres,

previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que las partes que solicitan la custodia, y en su caso el menor, comparezcan al Juzgado a fin de que el psicólogo adscrito les realice una valoración psicológica, en cuyo caso deberá citárseles de manera personal en el Juzgado a ambas partes y al menor en diferentes horarios, a fin de que los estudios sean realizados a cada una de las partes de manera individual, dichas valoraciones psicológicas no deberán de exceder del término de 5 días en su totalidad; concediéndole al psicólogo una vez que conozca del asunto un término de 5 días contados a partir de la última valoración psicológica para que rinda su dictamen y una vez que obre en autos el dictamen en mención; se señale día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia de los menores, misma que se efectuará dentro de los cinco días siguientes al dictamen rendido por el psicólogo adscrito.

En la sesión donde sean escuchados los menores deberán ser asistidos por el asistente de menores correspondiente, adscrito al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal, quien no requerirá comparecer para protestar el cargo. Para que tenga verificativo la audiencia respectiva el juez de lo familiar tomará en consideración la programación de audiencias que tenga la Institución.

Quien tenga a los menores bajo su cuidado, los presentará a la audiencia, para que sean escuchados por el juez, el ministerio público adscrito y el psicólogo adscrito.

El juez de lo familiar oyendo la opinión del representante social y del psicólogo adscrito al juzgado, valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, debiendo incluir la valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, rendida por el psicólogo adscrito, determinará a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad.

En caso de que alguna o ambas partes no estén de acuerdo con la valoración psicológica rendida por el psicólogo adscrito al juzgado, deberán señalar como perito de su parte al psicólogo que deseen, debiendo reunir dicho psicólogo los requisitos que marca la ley, en cuyo caso deberá designar psicólogo dentro de los tres días siguientes a que obre en autos la valoración psicológica rendida por el psicólogo adscrito al juzgado y en caso de que este debidamente ofrecida dicha pericial, el Juez la admitirá quedando obligado los oferentes a que sus peritos, dentro del plazo de tres días, presenten escrito en el que acepten el cargo conferido y protesten su fiel y legal desempeño, debiendo sujetarse las partes a lo

establecido en el artículo 347 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, con excepción, de que dichos peritos deberán rendir su dictamen dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que hayan presentado los escritos de aceptación y protesta del cargo de peritos.

Una vez que obre en autos el dictamen rendido por los peritos designados por las partes, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia de los menores.

La valoración psicológica rendida por el psicólogo adscrito al juzgado, deberá ser valorada por el juez al momento de dictar sentencia definitiva, en lo relativo a la custodia y convivencia definitiva; pudiendo el psicólogo adscrito, en caso de que lo crea necesario y según las circunstancias del caso, seguir realizando estudios psicológicos a las partes que solicitan la custodia y al menor para ver los avances de cada una de las partes, aportando mayores elementos para determinar quién es el más apto para tener la custodia y convivencia definitiva, debiendo realizar dichos estudios psicológicos en el interior del Juzgado; en cuyo caso deberá informar al juez en la primera valoración psicológica la necesidad de seguir realizando dichos estudios psicológicos a las partes y en su caso al menor, indicando los días y horas en que se realizarán los estudios psicológicos correspondientes, a fin de que sean notificados de manera personal a las partes que solicitan la custodia definitiva.

A falta o imposibilidad de los progenitores para tener la custodia de los menores se considerarán las hipótesis previstas en los artículos 414 y 418 del Código Civil.

Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor.

En caso de que las partes se nieguen a someterse a la evaluación psicológica del psicólogo adscrito al juzgado, el juez les impondrá cualquiera de los medios de apremio que juzgue más eficaz, de acuerdo a lo dispuesto por este ordenamiento.

Cuando cambie de domicilio el ascendiente que conserva la guarda y custodia, éste tiene la obligación de informar al Juez y a quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia.

El incumplimiento de esta disposición dará lugar a lo establecido en el artículo 73 de éste ordenamiento.

VIGÉSIMO.- Se propone la Reforma al Artículo 941 Ter, la cual deberá quedar de la siguiente manera:

El ascendiente que no le sea otorgada la custodia podrá convivir tal y como lo fije el Juez, diversos días de la semana, fuera del horario escolar y sin desatender las labores escolares y debiendo auxiliarlo en dichas actividades.

Asimismo, en forma equitativa, se podrá regular la convivencia en fines de semana alternados, periodos de vacaciones escolares y días festivos; cuando estos ya acudan a centros educativos.

El Juez de lo Familiar, antes de regular el derecho de custodia y convivencia de manera provisional **y definitiva**, deberá tomar en cuenta todos los elementos que estén a su alcance para decidir bajo el principio del interés superior del menor. En especial valorará el hecho de que una de las partes manifieste que ha habido violencia familiar, **debiendo solicitar valoración psicoemocional al psicólogo adscrito al juzgado**, que determine si existen síntomas en el menor, de haber vivido cualquier tipo de violencia familiar, ya sea psicológica, física o sexual, independientemente de que exista o no indagatoria al respecto, a fin de proteger la integridad física y psicológica de los hijos.

En caso de duda, y para salvaguarda de los hijos menores de edad o incapaces, deberá ordenar que las convivencias se realicen en los Centros e Instituciones destinados para tal efecto, únicamente durante el procedimiento.

Las convivencias de manera provisional no se otorgarán por el Juez de lo Familiar cuando exista peligro para la integridad física, sexual y psicológica de los hijos menores de edad.

BIBLIOGRAFÍA

1. ADAME GODDARD, Jorge, *El Matrimonio Civil en México (1859-2000)*, 1ª ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
2. AMATO, María Inés, *La Pericia Psicológica en Violencia Familiar*, Buenos Aires, La Roca, 2004.
3. ASPE ARMELLA, Virginia (comp.), *Familia, una Jornada sobre su Naturaleza, Derechos y Responsabilidades*, México, Porrúa, 2006.
4. AVENDAÑO LÓPEZ, Raúl, *El Divorcio (análisis jurídico y práctico)*, México, Sista, 2008.
5. AYALA SALAZAR, José Melchor y GONZÁLEZ TORRES, Martha Gabriela, *El Matrimonio y sus Costumbres*, México, Trillas, 2001.
6. BARROW, Reginald Haynes, *Los Romanos*, 25ª edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
7. BEJARANO Y SÁNCHEZ, Manuel, *La Controversia del Orden Familiar, Tesis Discrepantes*, México, T. S. J del D.F., 1994.
8. BRENA SESMA, Ingrid, *Las adopciones en México y algo más*, 1ª edición, México, UNAM, 2005.
9. BROM, Juan, *Esbozo de Historia Universal*, México, Grijalbo, 1997.
10. CAMPOS RÁBAGO, Raúl (coord.), *El Centro de Convivencia Familiar Supervisada "Consuelo Medina Guzmán"*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, 2003.

11. CATALÁ RUBIO, Santiago (Coord.), *Evolución del Derecho de Familia en Occidente*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.
12. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *Matrimonio (compromiso jurídico de vida conyugal)*, México, Limusa- Universidad Iberoamericana, 1990.
13. _____, *La Familia en el Derecho: Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, 5ª edición, México, Porrúa, 2004.
14. _____, *La Violencia Familiar en la legislación mexicana*, 3ª edición, México, Porrúa, 2003.
15. CLEMENTE, Miguel y SERRANO, Ma. Isabel, *Psicología jurídica y Redes sociales*, Madrid, Fundación Universidad-Empresa, 1999.
16. CÓRDOBA, Marcos M. et al., *Derecho de Familia (Parte General)*, Buenos Aires, Editorial de Derecho y Economía, 2005.
17. DE PINA VARA, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, 21ª edición, México, Porrúa, 2000, Vol. I.
18. DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, *Tratado de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editor Argentina, 1953.
19. ENNECCERUS Ludwig et al., *Tratado de Derecho Civil (Derecho de Familia I)*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial S. A., 1953, t. IV.
20. FERRER, Francisco A. M. et al., *Código Civil comentado: Derecho de Familia*, Argentina, Rubinzal-Culzoni editores, 2004, t. III.
21. FUSTEL de Coulanges, *La Ciudad Antigua*, Madrid, Biblioteca EDAF, 1982.

22. GALIMBERTI, Umberto, *Diccionario de Psicología*, México, Siglo XXI, 2002.
23. GALVÁN RIVERA, Flavio, *El Concubinato en el vigente Derecho Mexicano*, México, Porrúa, 2003.
24. GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Adopción Internacional: la práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
25. GOYENA COPELLO, Hector Roberto et al., *Familia, Tecnología y Derecho*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002.
26. GÜITRON FUENTEVILLA, Julián, *¿Qué es el Derecho Familiar?*, México, Promociones Jurídicas y Culturales, S. C., 1987.
27. _____, *Derecho Familiar*, 2ª edición, Chiapas, Universidad Autónoma de Chiapas, 1988.
28. _____, Julián, *Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000*, México, Porrúa, 2003.
29. GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal. *La Filiación en los Albores del Siglo XXI*, México, Porrúa, 2005.
30. HURTADO OLIVER, Xavier, *La Adopción y sus Problemas*, México, Porrúa, 2006.
31. LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Madrid, Dykinson, 2002.

32. MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil, Derecho de Familia*, México, Porrúa, 1988, t. III.
33. MAKIANICH DE BASSET, Lidia N., *Derecho de Visitas: régimen jurídico del Derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos*, Buenos Aires, Hammurabi S. R. L., 1997.
34. MATA PIZAÑA, Felipe De La, *Derecho Familiar: y sus Reformas más recientes a la Legislación del D.F.*, 3ª edición, México, Porrúa, 2004.
35. MENDEZ COSTA, María Josefa y Daniel Hugo D' Antonio, *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Rubinzal-Cuztoni, 2001, t. I.
36. MIRA Y LÓPEZ, Emilio, *Manual de Psicología Jurídica*, ed. "El Ateneo", Buenos Aires, 1980.
37. PALLARES, Eduardo, *El Divorcio en México*, 5ª edición, México, Porrúa, 1987.
38. POSSIN GERARD, Anne Lamy, *Custodia Compartida*, Madrid, Espasa, 2004.
39. ROMERO, José Luis, *La Edad Media*, 21ª edición, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
40. RUÍZ OCAMPO, Humberto y GALLO T. Miguel Ángel, *El Ser Social*, México, ediciones Quinto Sol, 1995.
41. RUÍZ SERRAMALERA, Ricardo, *Derecho de Familia (el Matrimonio, la Filiación y la Tutela)*, Madrid, 1988.

42. SABATÉ MUÑOZ, Luis, *Introducción a la Psicología Jurídica*, México, Trillas, 1980.
43. SALAS ALFARO, Angel, *Problemática Socio Jurídica del Divorcio*, México, Universitaria Potosina, 1999.
44. TALARICO PINTO, Irene, *Pericia Psicológica*, Buenos Aires, La Roca, 2002.
45. TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, *La Violencia Familiar en la Legislación Civil Mexicana: teoría y aplicación jurisdiccional*, México, Porrúa, 2007.
46. VALDEÓN, Julio, *La Baja Edad Media*, México, Red Editorial Iberoamericana (REI), 1992.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS JURÍDICAS

1. *Diccionario Anaya de la Lengua*, Madrid, Spes S.L., 2002.
2. *Diccionario Básico de la lengua española*, México, Larousse, 1988.
3. *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 2007, Vol. I: A-C.
4. *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Buenos Aires, Driskill, 1990, t. XI (esta-fami).
5. GALIMBERTI, Umberto, *Diccionario de Psicología*, México, Siglo XXI, 2002.
6. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21^a ed., España, Espasa Calpe, S. A., 1999, t. II.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

1. *Código Civil para el Distrito Federal 2009*, México, Sista, 2009.
2. *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal 2009*, México, Sista, 2009.
3. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 2009*, México, ediciones Fiscales Isef, 2009.
4. *Reglamento del registro Civil para el Distrito Federal 2009*, México, Sista, 2009.
5. *Código Penal Para el Distrito Federal 2009*, México, Sista, 2009.

FUENTES ELECTRÓNICAS

1. ADAME GODDARD, Jorge, "Análisis y Juicio de la Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal", *Revista Jurídica: Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XI, número 120, Septiembre-Diciembre 2007, Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/120/el/el10.htm>
2. Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza, <http://sgob.sfpcoahuila.gob.mx/admin/uploads/Documentos/modulo24/C%C3%B3digoCivilparaelEstadodeCoahuiladeZaragoza1.pdf>
3. Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur, <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/>
4. Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, <http://www.congresopuebla.gob.mx/web/prensa/tmp/ccivil.pdf>

5. "Decreto de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal", *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, http://www.consejeria.df.gob.mx/gaceta/pdf/noviembre06_16_136.pdf
6. La Psicología en la Guía 2000, *Definición de Psicología*, <http://psicologia.laguia2000.com/general/definicion-de-psicologia>
7. Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar para el Distrito Federal, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/DISTRITO%20FEDERAL/Leyes/DFLEY06.pdf>
8. Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, http://www.cjdf.gob.mx/transparencia/fraccion1/Leyes/LeyOrganicaTSJDF_Reforma8Enero2008.pdf
9. Ley para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, <http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/doc/185.doc>
10. *Manual de Organización de los Juzgados familiares*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Consejo de la Judicatura del Distrito Federal (Dirección ejecutiva de planeación), http://www.tsjdf.gob.mx/transparencia/art14/14_1/M_O/MO_JF.pdf
11. PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, "La custodia compartida y las reformas de 2004", Reflexiones en torno a la custodia de los hijos, <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex116/BMD11608.pdf>
12. PÉREZ Duarte y NOROÑA, Alicia Elena, "La Violencia Familiar, un concepto difuso en el Derecho Internacional y en el Derecho Nacional" *Boletín Mexicano de Derecho Comparado (Biblioteca Virtual)*, <http://www.bibliojuridica.org/>

13. Reglamento que fija las bases de Organización y funcionamiento del Centro de Convivencia Familiar Supervisada, <http://www.tsjdf.gob.mx/cecofam/ReglamentoCCFS.pdf>

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

1. BOLAÑOS SÁNCHEZ, Ángel, *La Jornada*, 03 de octubre de 2008.
2. “Boletín Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal del 06 de Octubre de 2008”, número 56 (Gaceta Oficial del Distrito Federal número 434, del 03 de octubre de 2008).