UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

"ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA EXISTENTE EN EL DISTRITO FEDERAL SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA"

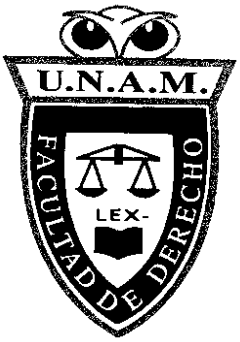
T E S I S

QUE PARA OPTAR AL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

SERGIO IGNACIO GARCÍA ROJAS

ASESORA: DRA. MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS



CIUDAD UNIVERSITARIA, 2009

Universidad Nacional Autónoma de México
UNAM
Biblioteca Central
Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mi madre:
Como una ofrenda a su memoria
por su misión cumplida con toda
abnegación.

A mis hijos bellas ilusiones presentes
y futuras de mi vida

A Ma. Fernanda Grovas García, Joel Hassey
Méndez y Fernanda Hassey Grovas:
Con todo respeto y agradecimiento, que con
su comprensión y apoyo moral inquebrantable
me ayudaron a la consecución de la meta deseada

A mis maestros y compañeros

A la Licenciada Doctora María Leoba Castañeda Rivas,
Con mi eterna gratitud, respeto y admiración, por su desinteresada y valiosa dirección, en la elaboración de este trabajo.

Al Profesor
Licenciado Álvaro Mojica Cristóbal
Como gratitud a sus orientaciones

“ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA EXISTENTE EN EL DISTRITO FEDERAL SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA”

PRÓLOGO I
INTRODUCCIÓN III

CAPÍTULO PRIMERO
EVOLUCIÓN Y MARCO CONCEPTUAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA

I. Antecedentes en el extranjero y México. 1
   A. Roma. 1
   B. Francia. 11
   C. España. 15
   D. México. 21
II. Marco conceptual. 29
   A. De guarda. 29
   B. De custodia. 30
   C. Del término “compartida”. 33
   D. Similitudes y diferencias de guarda y custodia, con patria potestad. 34
   E. Del derecho de convivencia. 37

CAPÍTULO SEGUNDO
LO QUE MOTIVÓ AL LEGISLADOR PARA PROMOVER LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN NUESTRO DERECHO

I. Decreto del 6 de septiembre del 2004. 40
   A. Exposición de motivos. 54
   B. Ventajas y desventajas. 65
II. El niño, como ser indefenso de la sociedad. 67
III. ¿En qué consiste el interés superior del niño? 70
IV. La Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en el Distrito Federal. 74

CAPÍTULO TERCERO
DE LA GUARDA Y CUSTODIA EN GENERAL

I. Naturaleza jurídica de la guarda y custodia. 78
II. Disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, anteriores a la reforma del 6 de septiembre del 2004. 90
III. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en materia de guarda y custodia.....95
IV. Aplicación del método comparativo de la guarda y custodia en algunas legislaciones a nivel nacional e internacional.....98

CAPÍTULO CUARTO

ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA EXISTENTE EN EL DISTRITO FEDERAL SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA

I. Análisis crítico de los artículos que hacen referencia a la custodia compartida del Código Civil vigente para el D.F. 105
II. La convivencia familiar y la alimentación en los menores.....120
III. Beneficio real a los hijos en la custodia. 126
IV. Medidas de protección ordenadas por el Juez Familiar, en materia de guarda, custodia y derecho de convivencia. 127
V. Alternativas de solución para hacer efectiva la guarda y custodia, así como el derecho de convivencia de los menores. 133

CONCLUSIONES 141
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA 144

P R Ó L O G O

Como sabemos, por medio del decreto promulgado el 23 de agosto del 2004, se hicieron reformas al Código Civil, Código de Procedimientos Civiles y Código Penal para el Distrito Federal, con relación a la guarda, custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad.

Sin lugar a dudas, dentro de las reformas más importantes del Código Civil para el Distrito Federal, se le denominó en su momento custodia compartida, así como la restitución o recuperación de la patria potestad. Dichas reformas, no fueron acertadas en lo más mínimo, porque generaron más problemas que los que intentó solucionar, porque hablar de custodia compartida entre personas que viven separados y con problemas entre sí, simple y sencillamente es una falacia, más aún, cuando se aspira a que los niños y niñas, permanecerán de manera plena e ilimitada con ambos padres como en su momento lo establecía el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que si no vivían juntos, padre y madre, no pueden ambos tener la custodia del menor, ya que ésta por definición implica tener al menor consigo y en este caso, no podían hacerlo.

En la legislación mexicana vigente, aún con las reformas del 3 de octubre del 2008, seguimos encontrando una problemática recurrente dentro del seno familiar, derivada de la guarda y custodia de los menores, para el caso de divorcio, especialmente respecto del derecho de convivencia de los padres que no tienen dicha custodia. Esta investigación, tiene como propósito, hacer un estudio crítico

sobre la propuesta del legislador sobre la guarda y custodia de los hijos en caso de divorcio, así como el derecho de convivencia de éstos a la luz del Derecho Familiar.

Es verdad que en esta problemática debe tomarse en cuenta el sentir emocional del menor y bienestar personal de éste, en atención al concepto del interés superior del niño. Así, los legisladores, juzgadores, estudiosos del Derecho Familiar, juristas, psicólogos y demás encargados de las disciplinas involucradas en esta problemática, deben preocuparse de anteponer el interés de los menores, para tratar de resolver esta problemática.

I N T R O D U C C I Ó N

Ante la separación inminente de los padres, surgen dificultades entre estos, desde el decidir sobre la partición de los bienes que la familia ha acumulado en los años de convivencia, hasta problemas aún más graves, como la situación de los hijos.

Esto, da lugar a una feroz batalla ante los tribunales, por ganar su guarda y custodia; este proceso puede ocasionar un severo daño en el desarrollo óptimo del menor. Pero esto, no acaba aquí, ya que los miembros de una familia fragmentada, deben adaptarse a nuevas formas de convivencia entre sus miembros.

Una pareja en conflicto, se olvida que son roles distintos la paternidad y el que tiene, para con su similar; ante una ruptura familiar, consideramos que debe ser tomado aparte cada uno de estos, y tomar con la debida responsabilidad su rol paternal, esto para considerar el bienestar de sus hijos, que por lo regular, resultan muy afectados por un evento así, por lo que la primera pregunta, que se deben plantear, es: ¿Quién está mejor capacitado para ministrar el cuidado a los hijos menores? Y una vez tomada dicha determinación, se deben establecer, cuáles son las obligaciones de la nueva relación familiar.

Por estas razones, consideramos escribir con relación a las alternativas de solución a la problemática existente en el Distrito Federal sobre la custodia compartida. Dicho tema quedó dividido en cuatro capítulos de la siguiente manera.

El primero, lo subdividimos en dos apartados, donde hablamos de los antecedentes en el extranjero y México para así, puntualizar el marco conceptual relacionado con el tema en estudio, con definiciones como: guarda, custodia, compartida, así como las similitudes y diferencias entre estas con la patria potestad y definimos el derecho de convivencia.

El segundo, precisamos, qué fue, lo que motivó al legislador para promover la guarda y custodia compartida en nuestro derecho, desde el decreto del 6 de septiembre del 2004, su exposición de motivos, las ventajas y desventajas así como, el comentario apropiado de los ordenamientos secundarios.

Lo relacionado a la guarda y custodia en general, se analiza en el capítulo tercero, donde precisamos lo que debe entenderse por naturaleza jurídica de estas dos instituciones, así como, los comentarios anteriores de la reforma del 6 de septiembre del 2004, lo que establece la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto a estos tópicos, así como, la aplicación del método comparativo de la guarda y custodia en algunas legislaciones a nivel nacional e internacional.

Finalmente, en el capítulo cuarto proponemos, las alternativas de solución a la problemática existente en el Distrito Federal, sobre la custodia compartida, planteando dentro de estas cómo, debe hacerse efectiva la guarda y custodia así como el derecho de convivencia de los menores, teniendo como premisa fundamental el interés superior de éstos.

CAPÍTULO PRIMERO

EVOLUCIÓN CONCEPTUAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA

I. Antecedentes en el extranjero y México.

Toda las instituciones, de hecho y de derecho, tienen su antecedente, algunas en el extranjero y otras, en el país de origen, es por ello que, en este capítulo, trataremos de precisar algunas de sus primeras manifestaciones evolutivas de las figuras jurídicas de la guarda y custodia, las cuales, desde la antigüedad trajeron consigo un debilitamiento del poder omnímodo de los padres sobre sus hijos. El poder del pater familias era tal, que en Roma, por ejemplo, se sabía que el poder del Estado se detenía a las puertas del hogar en donde no había más gobernante que el padre de familia.

Ahora bien, con el propósito de ahondar sobre estas instituciones de derecho, es conveniente remarcar la evolución que estas tuvieron en el extranjero, en países como Roma, Francia y España, para así, hacer lo propio en México.

A. Roma.

En este país, el poder que el padre ejercía sobre los hijos, era absoluto, es decir, era un derecho de propiedad total sobre ellos, a tal grado que el padre, podía venderlos o darlos en esclavitud, ejerciendo así, un derecho semejante al que se tenía sobre las cosas inanimadas objeto de propiedad.

El ejercicio de este poder era de por vida y correspondía al ascendiente mayor que sobrevivía, al estar sometidos a él, cualquiera que fuera su condición, todos los miembros de la familia, de lo que resultaba que no llegaba a extinguirse, como actualmente, por la mayoría de edad.

La invasión de los pueblos germánicos, la introducción de su derecho consuetudinario y la aportación de nuevas ideas, modificó completamente el concepto de patria potestad, al considerarse como la ayuda y protección que los ascendientes otorgaban a las personas que de ellos descienden, con objeto de suplir su falta de desarrollo físico e intelectual y, de este modo, defenderlas en atención a que, por la falta de ese desarrollo, no pueden aquéllas hacerlo.

Respecto al tema que nos ocupa, los autores Marta Morineau Iduarte y Román Iglesias González puntualizan que en Roma, “el poder del pater familias, era prácticamente ilimitado, llegando inclusive a tener derecho de vida y muerte sobre sus descendientes, así como el hecho de poder emanciparlos a una tercera persona. Este poder absoluto y en muchos casos irracional, fue paulatinamente frenado por el derecho y ya, en la época republicana, se hizo mucho más moderado”.[1]

Respecto al tema que nos ocupa Eugene Petit, precisa que en Roma, “las personas consideradas en la familia se dividen en dos clases, ***alieni juris*** o ***sui***

[1] MORINEAU IDUARTE, Marta y Román IGLESIAS GONZÁLEZ. Derecho Romano. 4ª edición, Oxford, México, 2003. p. 62.

juris las primeras, estaban sometidas a la autoridad de otro las otras, eran personas libres y dependían de sí mismas. El nombre ***sui juris*** es llamado pater familias o jefe de familia. Este título, implica el derecho de tener un patrimonio y ejercer sobre otro las cuatro clases de poderes: autoridad del señor sobre el esclavo, la patria potestas o autoridad paterna, la autoridad del marido o la autoridad especial de un hombre libre sobre una persona libre".[2]

Respecto a lo anterior, podemos apuntar que el pater familias, definitivamente ejerció un poder exagerado sobre las personas que estaban sometidas a su potestad, incluyendo hijos y nueras ya casados.

"Por lo que respecta al patrimonio de la cónyuge, sus bienes pasaban al marido o al ***pater*** de éste, produciéndose una sucesión universal entre vivos; en la sucesión ***ab intestato*** ocupaba la posición correspondiente al vínculo agnaticio creado.

En el matrimonio ***sine manu***, la mujer continuaba sometida a la potestad de su propio ***paterfamilias*** si era ***alieni iuris***; si era ***sui iuris***, permanece libre, y luego de la desaparición de la tutela perpetuada de los agnados pudo ejercer todos los actos de la vida civil".[3]

Como podemos ver, la potestad paternal, perteneció al jefe de familia sobre los descendientes que formaban parte de esta no es, como la autoridad del señor

---

[2] PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. 18ª edición, Porrúa, México, 2002. p.95.
[3] Enciclopedia Jurídica Omeba. T. VIII. 10ª edición, Dris-Kill, Buenos Aires, República de Argentina, 2000. p. 264.

una institución del derecho de gentes; es de derecho civil y no podía ejercerse más que por un ciudadano romano sobre un hijo también ciudadano. El carácter principal de esta autoridad, era el interés del jefe de familia y no del hijo, es decir, el poder del pater familias, era total y la madre, nunca podía tener la potestad paternal.

"Una vez que la esposa había entrado en alguna ***domus*** distinta a la original, el nuevo ***paterfamilias***, su suegro o su marido, tenía un poder sobre ella análogo al que tenía sobre sus hijos. Mediante la ***convetio in manum***, la esposa entraba en la nueva familia, es decir, en el lugar que correspondía a una hija; así, en el ***ius civile***, la esposa ***cum manu*** es tratada, en relación con varias materias, por ejemplo, cuando se trata de la repartición de la herencia del marido, como si fuera hija de su propio cónyuge."[4]

Desde otra perspectiva, se puede apuntar que en el Derecho Romano, entre los cónyuges había igualdad en cuanto a la reverencia mutua que se debían, la que excluía la deducción entre ellos de acciones penales o que condujesen a la tacha de infamia, de la ***actio dolis*** y de la acción derivada del hurto; sólo después de disuelto el matrimonio podía tener lugar a partir del derecho pretoriano, una ***actio rerum anotarum*** para obtener la restitución de las cosas hurtadas, fuera de la ***reivindicatio*** y la ***actio ad exhibendum***. También se concedió a los cónyuges el beneficio de competencia.

[4] FLORÍS MARGADANT, Guillermo S. El Derecho Privado Romano. 13ª edición, Esfinge, México, 1985. p. 199.

De lo apuntado, podemos comentar que la familia en Roma, estaba constituida por el padre, su mujer, dos o tres hijos o hijas, los esclavos domésticos y los antiguos esclavos, ahora liberados, denominados libertos. Se trata de una familia absolutamente patriarcal donde el ***pater familias*** controla todo el poder sobre los demás miembros, así como la disponibilidad de los bienes que poseen. La familia será uno de los elementos esenciales de la sociedad romana. Pertenecer a una familia vinculaba la posesión de derechos de ciudadanía por lo que los que perdían los derechos ciudadanos se veían excluidos de la posibilidad de formar una familia. Diversas familias forman una ***gens***, caracterizada por la posesión de diferentes elementos que la identifican como el ritual funerario o el culto a los antepasados comunes. La importancia de la ***gens*** alcanzará su momento culminante durante la monarquía y los primeros años de la República. El ***pater familias*** es la pieza clave de la familia.

Los otros miembros de la familia, esposa, hijos, casados o no; libres, esclavos o serviles, estaban subordinados a la autoridad del ***paterfamilia***.

Cuando el ciudadano romano no tenía ascendentes varones vivos o un ***pater familias***. A la muerte del padre, los hijos se convertían en sus propios ***pater familias***. El matrimonio romano es un acto privado, ningún poder público tiene que sancionarlo y no existen contratos matrimoniales. Bien es cierto que conocemos procedimientos matrimoniales, en concreto tres: el más antiguo se manifiesta cuando el ***pater familias*** posee a su familia durante un año ininterrumpidamente y poder ser disuelto cuando pasa tres noches consecutivas fuera del lecho

conyugal. El segundo procedimiento consiste en la realización de un sacrificio en honor de Júpiter ante su sacerdote y el Pontífice; el sacrificio consiste en la ofrenda de un pan de trigo. El tercero era una falsa compra que se realizaba en presencia del padre de la novia, cinco testigos y el portador de la balanza.

En segundo lugar, estaban los hijos que integraban la familia y comprendían aquellos niños y niñas nacidos del matrimonio que eran aceptados por el ***pater familias***. Él decidía sobre la anticoncepción o el aborto pero si el niño nacía, debía aceptarlo o no como hijo. Por eso se depositaba al recién nacido a los pies del ***pater***, si levantaba a la criatura era considerada hijo/a, pero si no, quedaba excluido de la familia, exponiéndose a la puerta del domicilio o en algún basurero público donde lo recogerá alguien que lo desee. Las criaturas malformadas eran expuestas o ahogadas.

Los pobres abandonaban a aquellos hijos que no podían mantener. Si el hijo era aceptado se integraba en la familia al octavo día del nacimiento cuando se le imponía el nombre individual, ***praenomen***, y se le colgaba una pequeña cápsula de metal, bulla, rellena de sustancias que poseían propiedades favorables en una ceremonia llamada ***ilustratio***. Dada la elevada mortalidad infantil era bastante posible que la línea familiar se perdiera a la muerte del ***pater*** por carecer de herederos. Para evitar esto se instituyó la adopción, ceremonia de carácter privado celebrado delante de un magistrado en el que se separaba al adoptado de la ***patria potestas*** de su padre natural y se procedía a su integración en la familia del padre adoptivo.

Como hemos comentado, el ***pater*** tiene la potestad sobre los esclavos de su familia. Sólo él podrá manumitir al esclavo que pasará a ser liberto, y adoptar el gentilicio de su patrono y establecer una serie de obligaciones jurídicas y materiales con el ***pater***. El ***pater*** familias tiene también las prerrogativas religiosas de la familia, especialmente en lo relacionado con el culto doméstico. Tres elementos forman este culto: El culto al hogar, constituido por Lares y Penates, el culto al Genios, principio de la fertilidad, y el culto a los Manes, los antepasados. No es de extrañar que el ***pater*** tuviera la potestad de imponer castigos, mancipar, vender, a los hijos o concertar sus matrimonios, normalmente a edades muy tempranas como los siete años. En el acuerdo matrimonial se establecía la dote y el día de la boda. El divorcio era legal aunque sólo estaba justificado en determinados casos como el adulterio, el beber vino o la falsificación de la llave vinaria. Durante el Alto Imperio el fenómeno se generalizará y se agilizará los trámites necesarios. Los poderes del ***pater*** también se proyectaban sobre los bienes de la familia ya que ningún miembro puede tener o adquirir bienes propios.

Con relación a la familia, los autores Beatriz Bernal y José de Jesús Ledesma, opinan que, "la familia se define como un grupo de personas unidas entre sí, pura y simplemente por la autoridad que una de ellas ejerce sobre las demás para fines que trascienden del orden doméstico. Descansaba, no sólo en la unión del hombre y la mujer, sino en la potestad del jefe sobre todos aquellos que la componían."[5]

[5] BERNAL, Beatriz y José de Jesús LEDESMA. Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neo-romanistas. 2ª edición, Porrúa, México, 1983. p. 66.

También, se aprecia una limitación de las prerrogativas sobre la esposa. En el Imperio se manifiesta una tendencia hacia el descenso de la natalidad entre los miembros de los ordines, el grupo privilegiado por excelencia.

Coviello afirma que, "a partir del II a.C., la familia sufre una evolución acorde con los tiempos, manifestada especialmente en una limitación de las prerrogativas del ***paterfamilias***. Se manifiesta una evolución en la atribución a la madre de determinadas potestades, concretamente en la posibilidad de ejercer la custodia sobre los hijos en el caso de tutela o si existe una conducta reprochable en el marido. El derecho de vida o muerte del padre sobre los hijos, desaparece e incluso, se castiga a los parricidas con el exilio."[6]

Jorge Mario Magallón Ibarra, menciona que: "Reconocer la ***potestas*** del padre es hacer de la casa romana el santuario inviolable del amor. Ningún tercero tiene derecho a intervenir en los asuntos domésticos. Los disentimientos interiores no pueden debatirse fuera de la casa. El padre es el Juez de la morada romana (***domesticus magistratus***), y si no restablece la concordia debe acusarse a sí mismo por no haber sabido conservar su autoridad y mantener desde el principio la autoridad moral necesaria."[7]

Tal autoridad no era un derecho, sino más bien, un deber, es decir, una función con interés propio de sus subordinados y del Estado. Implica además de la

---

[6] COVIELLO, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil. 3ª edición, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003. p. 232.

[7] MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T.III. 1ª edición, Porrúa, México, 1988. p. 515.

tutela sobre los familiares su protección contra las injusticias exteriores y su representación en juicio.

El autor citado, sigue apuntando que, “en la Instituta de Justiniano se consigna la siguiente disposición: El derecho de potestad que tenemos sobre nuestros hijos es propio de los ciudadanos romanos; porque no hay otros pueblos que tengan sobre sus hijos una potestad como la que nosotros tenemos. Así, pues, el que nace de ti y de tu esposa se halla bajo tu potestad. También el que nace de tu hijo y de su esposa, es decir, tu nieto o tu nieta, y de la misma manera tu biznieto y biznieta, y así los demás. Más el que nace de tu hija no se halla bajo tu potestad, sino bajo la de su padre.”[8]

Debe advertirse que la palabra ***potestas*** no se identifica con el poder que la naturaleza, ni el sentimiento general de los hombres o la facultad que las leyes de la mayor parte de los pueblos otorgan al padre para la educación del hijo, y en bien de toda la familia.

La patria potestad de los romanos, como una consecuencia del dominio quiritario, era de derecho civil. Así no tenía los límites que la razón y el consentimiento general de los pueblos suelen prefijarse, pues ni competía a ambos padres, ni reconocía por objeto principal la educación de los hijos, ni terminaba cuando estos podían llegar a constituir otras familias. Efecto de tal consideración era que el padre en su calidad de Juez doméstico tenía el derecho

[8] Ibidem. p.p. 516 y 517.

de vida y muerte sobre su hijo, que podía venderlo, darlo en uso, y hacer propias todas sus adquisiciones, y extender sobre sus nietos el mismo poder ilimitado.

Pedro Gómez de la Serna, apunta que, “la costumbre en un principio, y después las leyes vinieron a dulcificar esta institución, al quedar limitada la potestad del padre: primero, a castigar módicamente a los hijos por las faltas que cometían, al ser peculiar del Juez el conocimiento de sus delitos; segundo, a vender el hijo recién nacido, sanguinolento, como le llama el Emperador Constantino, sólo en caso de extrema necesidad; tercero, a hacer suyas o tener participación en las adquisiciones de los hijos; cuarto, a retener en su poder a sus descendientes por línea de varón.”[9]

Como podemos colegir, el sistema romano había llegado a desarrollar en forma notable la potestad paterna, sin embargo, parecer ser que los verdaderos orígenes de la patria potestad todavía permanecen inciertos; precisa Eduardo B. Busso que, “últimamente se ha llegado a la conclusión de que sus raíces ya se encuentran en el derecho ártico, y no exclusivamente en el romano, como fuera sostenido. Lo cierto es que nos llega de Roma la regulación del instituto, con ciertas características que sufrieron un ulterior desarrollo.”[10]

De lo expuesto, concluimos que la patria potestad es el poder que ejerce el padre de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil. No

[9] GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro. Curso Histórico-Exegético del Derecho Romano. T.I. 3ª edición, Abeledo-Perrot, Madrid, España, 1963. p. 66.
[10] MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Op. cit. p. 518.

es, como la autoridad del señor, una institución del derecho de gentes, sino una institución del derecho civil, que sólo puede ejercerla el ciudadano romano sobre sus descendientes, también ciudadano romano. En ella se encuentra no la protección del hijo, sino el interés del jefe de la familia. Esta facultad se ejerce sobre los ciudadanos romanos.

B. Francia.

Para iniciar este inciso, es oportuno señalar la definición que sobre patria potestad, precisan los autores Marcel Planiol y Georges Ripert, donde señalan que ésta, "es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales."[11]

Es de señalarse que el concepto patria potestad, ha sido impreciso en el Derecho Francés, a tal grado, que en la actualidad lo es menos que nunca, porque en este país, lo que corresponde a los padres, es más bien, una tutela, o sea, una carga que una potestad, la cual, no pertenece únicamente al padre como se conoció en Roma, también corresponde a la madre quien la ejerce a falta de aquél.

Con relación al desarrollo y evolución que tuvieron las instituciones jurídicas de la guarda y custodia en este país, Marcel Planiol y Georges Ripert, puntualizan que, "fue a partir del siglo XI, cuando se reforzó la cohesión de las familias,

[11] PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. Derecho Civil. 1ª edición, Vol. 8. Biblioteca Clásicos del Derecho, Trad. De Leonel Pérez Nieto Castro, México, 2000. p. 255.

también fueron acrecentándose los poderes del marido sobre la mujer. Al redactarse por escrito las costumbres, entre los siglos XV y XVI, ya aparece configurada la potestad marital, que incluía hasta la posibilidad de corrección mediante castigos físicos, así como la sujeción de la mujer a los deberes de fidelidad, respeto y obediencia. Los derechos maritales eran considerados como una consecuencia de las exigencias de la vida común, pues el matrimonio, como toda sociedad, debía tener un jefe que la mantuviera y dirigiera. Inclusive en las regiones de derecho escrito, donde se aplicaba el Derecho Romano, se admitió el derecho de corrección del marido. En los últimos tres siglos de la monarquía, la potestad marital se complementó con la incapacidad de la mujer casada."[12]

Respecto a lo anterior, el Código de Napoleón no tuvo innovaciones, por el contrario, reafirmo la sumisión de la mujer hacia el marido.

Para corroborar lo dicho, el artículo 213 del ordenamiento citado, establecía lo siguiente.

"Artículo 213. El marido debe protección a su mujer, la mujer obediencia a su marido."

El deber de obediencia que precisa este artículo consistía en la facultad del marido de determinar el género de vida de la mujer y de la familia, pero que no podía afectar los derechos individuales de la mujer, así como jefe de la familia

[12] Ibidem. p. 256.

podía determinar la religión de los hijos, pero no podía impedir a la esposa practicar la suya. Por otra parte, se afirmó que su gobierno no podía degenerar en despotismo, ni la dependencia de la mujer en servidumbre, por lo que ésta podía recurrir a los tribunales en caso de abuso de poder netamente caracterizado.

En términos generales, podemos decir, que los alcances de la potestad marital, eran: La adquisición por la mujer del nombre y, algunas veces, del título honorífico del marido; la elección por éste del domicilio conyugal; su control de las relaciones y la correspondencia de la mujer; su derecho de autorizarla a ejercer una profesión; la dirección del hogar, y la autorización a la mujer para los actos de la vida civil.

Como podemos ver, era un control y sometimiento total de la mujer hacia el hombre, (marido y mujer), el cual, perduró hasta el siglo XIX.

Actualmente, con los códigos contemporáneos y sus disposiciones modernistas introducidas a los códigos antiguos, puede considerarse consumada la desaparición de la autoridad marital como potestad jurídica en la mayor parte del mundo. La evolución presenta dos fases: en una primera, la supresión de la autoridad marital no implica absoluta igualdad entre los cónyuges, pues se mantiene el carácter del marido de jefe del hogar o su derecho preeminente de decisión en caso de divergencias; en la segunda, la igualdad se hace total.

Característicos de la primera fase son, por ejemplo, el Código Civil argentino, el alemán, en su texto originario, vigente desde 1900, el suizo, el

italiano de 1942, el portugués de 1966 y las leyes francesas de 1938 y 1942; de la segunda, el Código Civil Federal Mejicano de 1928, la legislación de la Unión Soviética y los países comunistas, y las reformas alemana de 1957, francesa de 1970 e italiana de 1975.

En el caso de Francia, se observa claramente el paso por las dos etapas de la evolución, mientras que en otros se pasa súbitamente del sometimiento de la mujer a la igualdad de los esposos, como ocurrió en China con el advenimiento del régimen comunista. Además, en muchos casos, como, por ejemplo, en Alemania, la reforma de la legislación es una consecuencia de disposiciones constitucional que establecen, o bien, la igualdad jurídica de los cónyuges, o bien, la del hombre y la mujer.

La legislación que reconoce a esta institución, por lo general dota a los padres, la posibilidad de elegir entre la Custodia Exclusiva y la Compartida, aunque establece la obligación del juez de orientar y recomendar la alternativa compartida (Francia, artículo 373-2-12, Suecia). Hoy son incontables los estudios psicosociológicos que avalan la custodia compartida pese al escepticismo inicial.

Existen tantas modalidades de custodia compartida como se pretenda, ya decía que es difícil acotar la realidad. Cada caso es muy particular, hay que atender a factores como la ubicación geográfica, el horario escolar, la carga laboral de los padres, el número de hijos, etc. Pero existe una subclasificación que de algún modo engloba muchas otras y es la que dirime entre:

En Francia, la guarda y vigilancia del menor es equivalente a la custodia mexicana, es decir, “la custodia de un hijo, es el derecho de que habite en la casa de los padres. El padre, guardián de su hijo, puede, por tanto, obligarlo a que habite con él y en caso necesario, hacerlo regresar a su domicilio mediante la fuerza pública. El hijo menor no emancipado carece de derecho para abandonar el domicilio paterno, salvo cuando ha cumplido 20 años y se trate de darse de alta en el ejército.”[13]

Este tipo de custodia es más usual en Francia que en cualquier otro país.

La custodia legal conjunta, es usada en los Estados Unidos de Norteamérica, la cual, consiste en que el menor, reside de manera exclusiva con uno de sus padres, pero conserva una relación frecuente con el otro progenitor, sin los rigores del régimen de visitas. Los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño.

C. España.

El Código Civil Español al igual que los anteriores, también establece el sometimiento de la mujer casada a la autoridad marital.

Al respecto, Antonio Cicú, al comentar el artículo 57 que impone tal obediencia, lo siguiente. “El marido debe proteger a la mujer, y ésta, obedecer al

[13] Ibidem. p. 259.

marido); el artículo 58, que la obligaba a seguir a su marido dondequiera que fije su residencia, obligación de la cual, los tribunales podían eximirla con justa causa… cuando el marido traslade su residencia a ultramar o a país extranjero; el artículo 60, que la sometía a la representación del marido, prohibiéndole comparecer en juicio sin su licencia, salvo para defenderse criminalmente o litigar con el marido; y el artículo 61, que le prohibía adquirir o enajenar bienes, y obligarse, sin licencia o poder del marido, salvo en cuanto a las joyas, muebles y objetos preciosos cuando el marido hubiera consentido su uso y disfrute, al otorgamiento de testamento, y al ejercicio de derechos y deberes relativos a hijos naturales o de matrimonio anterior (artículos 62 y 63).”[14]

Se estimaba que la autoridad marital tenía dos manifestaciones: Primera, la dirección económica de la familia, que atribuía al marido la facultad de determinar el tenor de vida, las sumas que debían ser destinadas al consumo familiar, y las deudas que podían contraerse; la segunda, la ***auctoritatis interpositio***, que sometía a la aprobación marital casi todos los contratos importantes de la mujer que excedieran de la mera administración. Sin embargo, la doctrina contemporánea se inclinó hacia soluciones que implicaban una revisión del concepto absoluto de autoridad marital. Así, más que una potestad, se la ha llegado a considerar como un derecho-función que debe ser ejercido única y exclusivamente para el mejor gobierno del matrimonio, sin abuso ni desviación de poder, y con recurso judicial para la mujer en caso de incurrirse en ellos.

[14] CICÚ, Antonio. Derecho de Familia. 3ª edición, Trad. de Santiago Sentis Melendo, Themis, Madrid, España, 1967. p. 191.

Con relación al deber de obediencia, se señalaba que, “a pesar del rigor de los términos del artículo 57, no tenía carácter absoluto y sólo implicaba la exigencia de acatamiento a la voluntad jerarquizada del cabeza de familia en los casos de discrepancia, y en tanto la obediencia no lastime la personalidad de la esposa. Igualmente, sobre la base del artículo 62, según el cual eran válidas las compras de la mujer para el hogar, se construyó la teoría de que existía un ámbito de poder propio de la mujer, dentro del cual, gozaba de plena capacidad.”

En el antiguo Derecho Español, con relación a la patria potestad, se advierte la convergencia de derecho y deber; es decir, la autoridad paterna conjunta al deber de proteger y educar. “En las partidas se concede al padre el derecho de vender o dar en prenda al hijo sólo en caso de gran hambre, cuando sin esa venta hubiere temor de que ambos perecieran; pero se acaba la patria potestad, cuando el padre trata al hijo cruelmente o lo induce a la prostitución; en cambio, está obligado a educarlo y mantenerlo dándole alimentos y casa.”[15]

A pesar de lo citado, eran notorios los límites a la patria potestad en el antiguo derecho español, ya que la ley visigothorum y el fuero real, prohibían a los padres vender o dar en prenda a sus hijos, con la pena para el comprador de recuperar el precio que hubiera entregado por tal acto. Al respecto, se determinó la temporalidad de la patria potestad, es decir, esta se extinguía por la independencia económica del hijo sujeta a ella, como se establecía en la ley 47 del fuero real.

---

[15] ZAVALA PÉREZ, Diego. H. Derecho Familiar. 1ª edición, Porrúa, México, 2006. p. 316.

Actualmente, el artículo 57 del Código Civil Español precisa: “el marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos, y actuarán siempre en interés de la familia.” Según el artículo 58, los cónyuges deben fijar el lugar de su residencia de común acuerdo; a falta de acuerdo, si hay hijos comunes prevalece la decisión de quien ejerce la patria potestad, sin perjuicio de que a instancia del otro cónyuge el juez pueda determinar lo procedente en interés de la familia, y si no los hay resuelve el juez. La administración de los bienes de la sociedad conyugal sólo corresponde al marido a falta de estipulación en contrario.

El artículo 63 del ordenamiento civil español en comento, establece que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los esposos, que ninguno de ellos puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiera sido conferido voluntariamente, y que cualquiera de los cónyuges puede realizar los actos relativos a cosas o servicios para atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y las circunstancias y posición de ella.

Escriche Joaquín, señala que, “la autoridad compete al padre y no a la madre, y recae precisamente sobre los hijos legítimos y legitimados, más no sobre los naturales, incestuosos y adulterinos.”[16]

De lo anterior se infiere, que el padre, puede en ejercicio de su potestad, sujetar, corregir y castigar moderadamente a sus hijos, servirse de ellos sin pagarles un salario, ya que aquél, cumple con mantenerlos y educarlos. También,

[16] ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. 1ª edición, Gamier Hermanos, Libreros Editores, París, 1982. p. 371.

puede invocar el auxilio de la autoridad pública, para reducir a su poder al hijo que voluntario o forzado, estuviese en poder de otro, o anduviere vagando sin querer, es más, antiguamente, podía venderlos o empeñarlos en extrema necesidad. También, tenía la potestad el padre sobre la propiedad y usufructo de los bienes de sus hijos, así como el usufructo de los adventicios, pero nada de los castrenses ni de los cuasicastrenses.

En esta época, en España, la patria potestad se explica como la adquisición de ciertas obligaciones, por ejemplo, la obligación de educar convenientemente a sus descendientes; la obligación de dar un buen ejemplo de vida; la obligación mutua de tenerse respeto; y la obligación de los descendientes sujetos a la patria potestad de vivir al lado de quienes la ejercen, y sólo podrán abandonar el domicilio cuando el juez de lo familiar lo autorice o cuando contraigan matrimonio al ser aún menores de edad. Ahora bien, aunque se reconoce el derecho de corregir, esto no implica que en el ejercicio de tal derecho se infrinjan al menor acto de fuerza que atenten contra su integridad física o psicológica o que impliquen actos de violencia familiar, porque, como sabemos, el menor de edad necesariamente está sujeto a la patria potestad de alguno de sus ascendientes hasta que alcance la mayoría de edad, y en caso de que no existiera ascendiente que la ejerciera, el juez de lo familiar, determinará lo conducente. En primer lugar, el ejercicio de la patria potestad, corresponde a los padres, si por alguna razón alguno de ellos no puede ejercerla lo hará el otro (el padre o la madre según sea el caso). Cuando faltaren ambos padres, el ejercicio de la patria potestad corresponderá entonces a los ascendientes en segundo grado en el orden que

determine el juez de lo familiar (abuelos paternos o abuelos maternos). Si no hay quien ejerza la patria potestad en estos términos, entonces se podrá nombrar tutor, que podrá ser alguno de los hermanos, de preferencia los que sean de padre y madre, y a falta de éstos los parientes colaterales hasta el cuarto grado (tíos o primos hermanos).

Cuando en España se aprobó la Ley del Divorcio de 1981 y simplificaron los trámites para la ruptura matrimonial, como se está haciendo en nuestro país al eliminar las causales de divorcio. Los divorcios aumentaron considerablemente ya que en 2004 hubo en España 115.049 demandas por separación, es decir, 20% más que en el año 2000.

Según este sistema, después de la separación o divorcio, la patria potestad sigue correspondiendo normalmente a los dos progenitores. Sin embargo, aunque la legislación establece que cualquiera de los cónyuges pueda optar por igual a la guarda y custodia de sus hijos, la estadística se aleja mucho de esta igualdad jurídica: en los procesos de ruptura matrimonial que se producen en España, la custodia de los hijos se adjudica a la madre en el 95% de los casos, y cuando los niños son menores de siete años, la asignación de estos derechos a la madre es prácticamente automática. Además, el progenitor custodio también suele disfrutar en la práctica del domicilio conyugal, por lo que el ejercicio de la patria potestad le resulta mucho más fácil que al otro progenitor.

Frente a esta situación, que afecta a unos cuatro millones de personas en España entre progenitores, hijos y familiares directos, muchos son los padres que

reclaman la implantación de la custodia compartida, también denominada coparentalidad o responsabilidad parental conjunta. Este concepto implica un acuerdo mediante el cual, tras la ruptura matrimonial, los hijos pasan una parte de su tiempo con un progenitor y otra parte con el otro, de una forma más o menos equitativa. El acuerdo se toma a través de la mediación, es decir, mediante profesionales o familiares que llevan a las dos partes a buscar puntos en común acerca de los hijos, y evitar así cualquier litigio.

D. México.

Por lo que respecta a nuestro país, de acuerdo con Edgard Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez Rosalía “los códigos Civiles para el Distrito Federal de 1870 y 1884, sólo reconocieron el divorcio menos pleno o de separación de cuerpos, el cual podía obtenerse de común acuerdo en forma voluntaria, o bien por alguna de las causales expresamente señaladas en ellos. En el Código de 1870, se dispuso que debían transcurrir dos años desde la celebración del matrimonio para que procediera la separación de cuerpos en forma voluntaria, y no procedía después de veinte años de matrimonio.

La Ley de Divorcio del 29 de diciembre de 1914 y la Ley Sobre Relaciones Familiares de abril de 1917, introdujeron en nuestra legislación el divorcio vincular, que disuelve el vinculo matrimonial, lo que significó un paso trascendente en la legislación mexicana”.[17]

[17] BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía BUENROSTRO BÁEZ. Derecho de Familia. 1ª edición, Oxford, México, 2005. p. 187.

El divorcio remedio se extiende a hipótesis de abandono de hogar, de malos tratos o de otros semejantes, en los cuales ya no es una falta grave la que origina o causa el divorcio, sino son situaciones más o menos permanentes, que han vuelto difícil la vida conyugal o han disuelto de hecho la comunidad de vida armoniosa y feliz que debía existir en todo matrimonio.

Para Eduardo Busso, “el divorcio por mutuo consentimiento es uno de los principios de la doctrina liberal, basada en las tesis de los enciclopedistas del siglo XVIII. Estos pensadores en su prurito laicista, de rescatar, según decían, para el Estado y para la sociedad todas las instituciones que la iglesia Católica había absorbido dentro de su jurisdicción eclesiástica, afirmaban que el matrimonio no es más que un contrato civil y que por tanto al ser un contrato civil, puede terminarse por voluntad de quienes lo contrajeron”.[18]

A este divorcio, se le ha llamado también divorcio capricho, porque, no es necesario exponer cuál es la causa o razón del divorcio sino única y exclusivamente la voluntad, el capricho de los cónyuges, que no quieren seguir en vida común.

La evolución, puede continuar hacia el repudio, o sea, el divorcio unilateral en el cual una de las partes puede pedir el divorcio sin que la otra se entere.

[18] BUSSO, Eduardo. Derecho Elemental de la Patria Potestad. 2ª edición, Harla, México, 1980. p. 227.

Hasta antes de las reformas del 3 de octubre de 2008, sólo se tenía que comprobar que el matrimonio ha fracasado para declararlo disuelto, y esa prueba no requería que ambos cónyuges lo acepten (divorcio por mutuo consentimiento), actualmente, basta que uno solo manifieste que la armonía se ha roto.

Durante el procedimiento de divorcio, los hijos quedaban bajo la custodia de la persona que los divorciantes hayan acordado como lo establecía el artículo 273, fracción I, para los divorcios voluntarios y fracción VI del 282 para los causases o de quien señale el Juez artículo 282, fracción VI in fine, actualmente los artículos señalados, el primero está derogado y el segundo modificado, sólo los enunciamos como referencia histórica.

Aquí, es conveniente señalar de acuerdo con la redacción vigente del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, que:

“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 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, (sic) 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.”

El derecho de visita es motivo de estudio en la dogmática jurídica reciente. Si bien, no se restringe sólo a los hijos de divorciados, es en relación con éstos como se presenta con mayor frecuencia y en sus formas más agudas y problemáticas y por eso, parece correcta su inclusión en este apartado.

Podemos decir que, la expresión derecho de visita, no es del todo adecuada por insuficiente, pero ha tomado carta de naturaleza y es como en la actualidad se conoce a esa serie de relaciones jurídica que la jurisprudencia extranjera, sobre todo francesa, ha hecho extender cada vez a hipótesis más diversas, pero relacionadas siempre con el deseo de un progenitor o un pariente cercano de relacionarse con su hijo o pariente menor de edad, con el cual, por cualquier circunstancia, no convive.

La patria potestad, es ejercida por los progenitores, y esto implica que, al vivir juntos, las decisiones concernientes a los hijos no emancipados habrán de ser adoptadas de común acuerdo. En caso de desacuerdo, cualquiera de ellos podrá acudir al Juez, quien atribuirá a uno solo la facultad de decidir. Si se mantienen los desacuerdos, podrá atribuir la potestad a uno o repartir entre ellos sus funciones. Si los padres se hallan separados, se ejercerá por aquél que conviva con el hijo, con la participación del otro que fije el Juez.

La patria potestad la reciben los padres en el momento de nacer el hijo; si éste es extramatrimonial, en cuanto lo reconocen.

Se pierde la potestad sobre el menor por incumplir los deberes inherentes a ella, como consecuencia de una condena penal, o de la separación, disolución o nulidad del matrimonio. Se extingue por alcanzar el hijo la mayoría de edad o por la emancipación.

En el ejercicio de la patria potestad sobresalen los supuestos siguientes: con relación a las personas que en ella intervienen, deben los padres velar por sus hijos, cuidarlos en forma correspondiente a su edad y circunstancias; tenerlos en su compañía y prodigarles un trato afectuoso; alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, o sea, física, moral e intelectual, en la medida de sus posibilidades. Están facultados para corregirlos de un modo razonable y con moderación; en correspondencia, éstos deben obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo potestad, y respetarles siempre.

Por lo que concierne al patrimonio de los hijos, los padres deben administrar los bienes de estos. En la mayoría de las legislaciones extranjeras ha desaparecido el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos, sin embargo, los hijos contribuirán a los gastos familiares cuando así se requiera.

En lo que respecta a la representación tanto personal y patrimonial, el hijo no emancipado no podrá actuar por sí y en lugar suyo actúa su padre o madre, que lo representan. No pueden representar los padres al hijo cuando exista conflicto de intereses con él; en estos casos se nombrará al hijo un defensor judicial.

Con relación a la tutela, esta es considerada como la institución ordinaria de guarda legal de los menores de edad no emancipados que sean huérfanos o cuyos progenitores se hallan privados de la patria potestad, así como los incapacitados por locura o sordomudez, cuando no están sometidos a la patria potestad prorrogada. A los dementes mayores de edad, en cambio, no se les puede nombrar tutor sin previa incapacitación.

La institución de la tutela, es de ejercicio permanente y habitual: no se nombra tutor para un acto o negocio, sino para cuidar de modo global de las incumbencias patrimoniales y personales del sujeto a tutela. Se organiza mediante un órgano ejecutivo y de asistencia inmediata: el tutor, y otro que establece al primero y lo vigila: el Juez. El tutor designa entre los familiares más próximos y lo deciden la ley o el Juez. La ley establece un orden de preferencia para ser nombrado tutor, que el Juez puede alterar con carácter excepcional. Es una persona física, aunque pueden serlo las personas jurídicas sin finalidad lucrativa dedicadas a la protección de menores e incapacitados. Puede haber varios tutores, con la misma competencia, o con competencias diferentes.

Al tutor le incumbe el cuidado directo del incapaz cuando resulte necesario; la gestión inmediata de sus negocios y administración de sus bienes, y su representación. La relación con el pupilo muestra, en la tutela de menores, semejanza con la ***paternofilial***. Actúa en lugar del pupilo siempre que éste no pueda hacerlo por sí, como representante legal. Es administrador legal del patrimonio; para los actos más importantes precisa autorización judicial y debe rendir cuentas al finalizar la tutela.

Antonio Cicú, respecto a la guarda de hecho, puntualiza que, “esta figura jurídica, se contempla en el Código Civil español en el capítulo V, título X, libro I. Sin constitución de tutela, cuyas formalidades en la vida real sólo se cumplen cuando hay que enajenar bienes, muchos menores y algunos discapacitados viven en el hogar bajo la hipotética potestad de los cabezas de familia. A estas situaciones atiende el artículo 303 del Código Civil español, al autorizar al Juez para pedir informes en relación con la persona y bienes del seudo-pupilo y establecer medidas de control y vigilancia del seudo-tutor. Los actos realizado por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz, no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”.[19]

De acuerdo a lo previsto y en atención a que el juzgador siempre trata de proteger y beneficiar al pupilo, tendrá poderes extraordinarios en el establecimiento de la tutela. Por lo demás, es él quien, tiene noticia del hecho que origina la tutela, dispone que ésta se constituya; señala y exige fianza al tutor; preside la formación del inventario de los bienes del pupilos y determina qué dinero, valores y objetos preciosos han de quedar depositados. Mientras la constitución no se perfecciona, asume el ministerio fiscal de la representación o defensa del menor o el presunto incapaz.

La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Juez, que actuará, de oficio, a solicitud del ministerio fiscal, o a instancia de cualquier interesado, así además puede el Juez establecer en cualquier momento las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en beneficio del tutelado y asimismo, exigir del tutor que

[19] CICÚ, Antonio. Op. cit. p. 216.

informe sobre la situación del menor o incapacitado y el estado de la administración.

II. Marco conceptual.

Como en toda materia o ciencia, lo referido al derecho familiar, observa diversos conceptos que lo distinguen de otros, es por ello, que trataremos de explicar el significado de guarda, custodia, el término custodia compartida, así como las similitudes y diferencias entre los conceptos guarda, custodia y patria potestad, finalizando con lo concerniente al derecho de convivencia.

A. De guarda.

Al escuchar la palabra guarda, nos viene a la mente la idea de esconder u ocultar algo. Respecto a esto, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, puntualiza que es, "el que guarda una cosa."[20]

El jurista José Luis Lechuga Martínez, precisa que guarda, significa, "la acción de conservar, guardar o defender. Persona que tiene a su cargo la conservación de una cosa o la custodia de una persona. Acción de guardar con cuidado y vigilancia."[21]

De igual forma, para el maestro Rafael De Pina y Vara, la palabra guarda quiere decir, "cuidar, custodiar, vigilar o cumplir con algo."[22]

---

[20] Diccionario de la Lengua Española. 10ª edición, Salvat, España-México, 2004. p. 172.
[21] LECHUGA MARTÌNEZ, José Luis. En compendio de Términos de Derecho Civil. T. G-I. 1ª edición, Porrúa-UNAM, México, 2004. p. 266.
[22] DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 19ª edición, Porrúa, México, 1993. p. 304.

Con relación al tema en estudio, por guarda deberá entenderse, aquélla persona que en su nombre cuidar o vigila de otra menor o mayor incapaz, voluntariamente o por resolución judicial.

B. De custodia.

La custodia, guarda, derecho de convivencia y el acogimiento, son figuras jurídicas que, desde hace tiempo han existido, pero se habían mantenido como situaciones metajurídicas o estrictamente sociales, por lo que la intervención del Derecho en su regulación es reciente.

La custodia se mencionaba tanto por el Código Napoleón, como por el Código Civil de 1884 y el texto original del Código de 1928, pero los tres cuerpos legales se limitaron únicamente a enunciarla, sin dar su concepto, ni fijar a quién le corresponde, ni qué derechos y obligaciones comprende. Se dejó a la doctrina y a la jurisprudencia la definición de su contenido y límites, en muchas ocasiones sin éxito.

El derecho de visita fue regulado recientemente en el Código Civil, al igual que la guarda.

El acogimiento, si bien es cierto ya se mencionaba en la tutela legítima de los abandonados desde el Código Civil Francés hasta el Código Civil de 1928, no se reguló su concepto, cuándo se presenta y los derechos y obligaciones que de él emanan.

A efecto de tener una mejor comprensión sobre el tema, es preciso decir que por custodia, debe entenderse vigilar, seguir, resguardar o proteger a alguien.

De acuerdo con el punto de vista gramatical, custodia, “es la persona encargada de escoltar a un preso”.[23]

Para Julián Güitrón Fuentevilla, el término custodia, significa, “la persona o escolta que guarda a un preso. Es el nombre del receptáculo donde es expuesto el santísimo sacramento. Es sinónimo de guarda o tenencia de cosas ajenas que se administran o conservan, cuidándolas hasta que se entregan a su legítimo propietario.”[24]

Para Rafael De Pina, custodia, “es la guarda o cuidado de una cosa ajena o vigilancia ejercida sobre persona privada de libertad por autoridad competente.”[25]

De lo expuesto, podemos deducir que la custodia, el derecho de visita y acogimiento, son figuras jurídicas que parten de la necesidad de convivencia entre los miembros de la familia para asegurar el sano desarrollo de los mismos.

El acogimiento se presenta cuando las personas que deberían proporcionar el cuidado necesario y la vigilancia en la satisfacción de las necesidades de una

---

[23] Diccionario de la Lengua Española. Op. cit. p. 81.
[24] GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Et. al. Compendio de Términos de Derecho Civil. C-D. 1ª edición, Porrúa-UNAM, México, 2004. p. 125.
[25] DE PINA VARA, Rafael. Op. cit. p. 207.

persona, no han asumido sus responsabilidades y otra decide, por razones humanitarias, tomar a su cargo dicho cuidado.

Podemos finalizar diciendo que tanto la doctrina y la legislación mexicana, los temas señalados no han merecido un tratamiento autónomo, sino que han sido estudiados junto con la patria potestad, la tutela o el divorcio.

La custodia, el derecho de visita y el acogimiento, son situaciones que se pueden presentar en todas las instituciones mencionadas, por lo que se deben estudiar de forma independiente.

La custodia surge de la necesidad de una estrecha cercanía entre personas con incapacidad que requieren ser cuidadas por otras que sí son capaces, a quienes la Ley les impone esta obligación. Este deber de cuidado consiste en la realización directa o en la vigilancia de la realización de los hechos materiales necesarios para que las necesidades del menor o incapaz, queden satisfechas.

La custodia requiere la diaria y estrecha convivencia. Quien tiene la custodia es el encargado de alimentar al menor de edad o al incapaz o de vigilar que sea alimentado. No es necesariamente quien está obligado a proporcionar los recursos materiales para obtener los alimentos; es quien lleva al médico o vigila que vaya al médico y no quien paga los honorarios del mismo, etc. Su responsabilidad consiste en que el custodiado satisfaga sus necesidades.

Sólo excepcionalmente puede presentarse la custodia entre quienes no viven juntos como ocurre con los menores o incapaces que están en internados o

en establecimiento especializados como hospitales psiquiátricos o asilos. En estos casos la custodia se reduce a la obligación de vigilar la exacta satisfacción de las necesidades.

Cuando los padres que están separados, divorciados, en trámites de divorcio o de nulidad de matrimonio, no pueden compartir la custodia, ya que no viven en el mismo lugar. En la jurisprudencia española se ha llegado a considerar la posibilidad de la custodia compartida, estableciendo los jueces que el menor viva con cada uno de los padres un semestre al año, los meses impares del año con uno y los pares con otro o incluso quincenas alternadas. Los doctrinarios españoles opinan que es tan difícil que se presente este caso, que descartan la custodia compartida.

C. Del término “compartida”.

Antes de hablar de este concepto, es conveniente señalar que los términos, custodia compartida, derecho de convivencia, guarda, guarda compartida y acogimiento, no tienen regulación en un capítulo especial en el Código Civil.

Las palabras custodia o guarda se utilizan aisladamente en su texto, pero sin señalar su contenido.

El derecho de convivencia está previsto en el divorcio y por remisión, en la nulidad del matrimonio.

El acogimiento sólo se regula en adopción y en tutela.

La custodia compartida como término, está mal empleado, porque en el Diccionario de la Lengua Española, únicamente está, el concepto de compartido que nos remite a ver la palabra tiempo, sin embargo, sí está compartidor, que significa: “aquélla persona que comparte en unión con otra u otras.”[26]

Por lo anterior, consideramos que el concepto compartida, debe cambiarse por alternancia o alternada que está más acorde con los términos de tiempo, espacio y lugar.

D. Similitudes y diferencias de guarda y custodia con patria potestad.

Para ejemplificar lo expuesto, primeramente, señalaremos las similitudes de estas figuras jurídicas, para posteriormente hacer lo propio con las diferencias.

Similitudes

- En éstas, se trata de proteger, vigilar y cuidar del menor.
- También procuran ejercerse de manera voluntaria o legal.
- Se trata de procurar el mejor interés del menor.
- Éstas se ejercen por los padres o por quienes estén legitimados a ejercerla.

[26] Diccionario de la Lengua Española. Op. cit. p. 82.

- En todas se otorga por el juez cuando hay conflicto familiar y a este le corresponde restringirlos, limitarlas, concederla o terminarlas.
- Todas, en su mayoría surgen del matrimonio a excepción del concubinato, filiación, reconocimiento, adopción o por resolución judicial.

Con relación a sus diferencias, se puede decir que una es la que distingue básicamente a la guarda y custodia de la patria potestad en que las primeras, son derivadas del divorcio y la patria potestad del matrimonio, concubinato, adopción y del reconocimiento.

Resumiendo lo anterior, diremos que el término “custodia compartida”, parece atentar contra las leyes físicas del espacio y el tiempo, bien es sabido que no se puede estar en dos lugares a la vez.

Chávez Asencio opina que una apropiada definición, para los que gustan de no excluir ningún elemento, puede ser:

“La asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes; el respeto al derecho de los niños a tener presente de forma, afectiva y realmente con un padre y una madre, y el aprendizaje de modelos solidarios entre ex esposos pero aún socios parentales.”[27]

[27] CHÀVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno-filiales. 2ª edición, Porrúa, México, 2003. p. 289.

El mismo autor comenta que otras adquisiciones más pragmáticas podrán encontrarse en la legislación de los estados norteamericanos, donde resaltan las expresiones:

"Igualdad de derechos y responsabilidades (Alabama, Michigan), contacto continuo, frecuente y significativo (Lousiana, Idazo, Montana), bajo su cuidado y supervisión (Missouri) y acceso material a ambos (padres) (Pensilvania)."[28]

Las definiciones citadas, redundan en reconocimiento de la responsabilidad de los dos padres, para con sus hijos aun luego de la ruptura matrimonial, ejerciéndola de igual manera sin que dicho suceso provoque transformaciones sustanciales. En términos generales, consideramos que lo importante será que cada padre, ejerza de manera voluntaria y responsable la custodia de los hijos.

Para Belluscio, "el cónyuge que no ejerce la guarda en tanto, conserve la patria potestad, tiene derecho de vigilar la educación de los menores. Este derecho, se trasmite especialmente en la facultad ejercitable en todo momento de solicitar el cambio de la tenencia ya que para conferir ésta es elemento de importancia primordial el interés de los propios hijos".[29]

De lo anterior se deduce, que a diferencia de nuestro derecho, las visitas en Argentina deben realizarse, primeramente en el hogar del progenitor en cuyo favor

---

[28] Ibidem. p. 290.
[29] BELLUSCIO, Augusto César. Derecho de Familia. T. III. 1ª edición, Depalma Ediciones, Buenos Aires, República de Argentina, 1981. p. 402.

se establecen, siempre y cuando dicho hogar sea honesto o en donde el lo indique. No se debe llevar a cabo este derecho, en el domicilio del otro progenitor porque ellos supondrían, someter al que ejerce el derecho de visita a violencias inadmisibles quitando con esto, el grado de espontaneidad necesario a la relación para que el visitante, cultive con eficacia el afecto de sus hijos.

También se prohíbe, que la visita se lleve a cabo, en lugares públicos porque esto impide, según la Ley Argentina, toda posibilidad de comunicación espiritual entre padres e hijos. Lo anterior es dispensable, sólo en casos graves en que no haya posibilidad de realizarlas de otra manera.

De lo expuesto, podemos concluir que la guarda y custodia deben realizarse por los padres y de preferencia en el hogar de alguno de estos, para salvaguardar el interés superior del menor.

E. Del derecho de convivencia.

Podemos afirmar que el Derecho de Convivencia es la facultad que tienen las personas de convivir y estar junto a sus seres queridos ya sean amigos, familiares o sociedad.

Por lo que a los hijos concierne, este derecho significa la posibilidad de que los hijos estén con sus padres o con quienes ejercen la patria potestad, pero más aún, con quien los hijos deseen estar. Para demostrar la necesidad de este derecho, será oportuno citar lo que refiere el artículo 4.95 del Código Civil para el Estado de México, que establece en su fracción III, que al admitirse la demanda

del divorcio, o antes, si hubiere urgencia, podrán dictarse sólo mientras dure el juicio de divorcio: A falta de acuerdo entre los cónyuges, la guarda y custodia de los hijos se decretará por el juez, en función del mayor interés de los menores y de los sujetos a tutela.

El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 283, establece para el caso en que la sentencia de divorcio, no se haya hecho pronunciamiento en relación a la convivencia familiar, los Jueces tienen amplia facultad para resolver en dicha sentencia de divorcio todo lo referente a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación de acuerdo al caso de que se trate, pero sobre todo en lo que a la custodia y cuidado de los hijos se refiere.

En estos términos, si en la sentencia de divorcio se resolvió que ambos cónyuges conservarían la patria potestad de sus menores hijos, y que la guarda y custodia quedaría a cargo de uno de ellos, la fijación de reglas para tal convivencia familiar quedará como un derecho de los padres, íntimamente relacionada al ejercicio de la patria potestad, la cual, podrá pedirse en juicio autónomo o mediante incidente después de concluido el juicio de divorcio.

De lo expuesto, se deduce que las legislaciones civiles en el Derecho Mexicano establecen, de acuerdo al derecho de convivencia del padre con sus menores hijos, que los juzgadores familiares, tendrán amplísimas facultades para resolver sobre tal situación, inclusive, sin tomar en cuenta muchas de las veces lo

que más le conviene de manera efectiva al menor, aún cuando las legislaciones civiles señalan que se debe tomar en cuenta lo que más beneficia a los menores, razón por la cual, procuramos, por medio del presente trabajo que el juzgador tome en cuenta que el derecho de convivencia, efectivamente se cumpla y hacer válido el criterio del menor para que éste de acuerdo a su edad, decida convivir o no, con las personas que éste desee.

CAPÍTULO SEGUNDO

LO QUE MOTIVÓ AL LEGISLADOR PARA PROMOVER LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN NUESTRO DERECHO

I. Decreto del 6 de septiembre del 2004.

Antes de hablar del decreto referido, es pertinente señalar que, no existe un concepto de custodia en el Código Civil para el Distrito Federal, pero de acuerdo a lo señalado en el capítulo anterior, podemos decir, que consiste, en la obligación que tienen determinadas personas capaces de cuidar o verificar que sean cuidados ciertos incapaces que se encuentran bajo su patria potestad o tutela.

La custodia requiere la convivencia estable entre las dos personas. A este respecto existe la siguiente tesis jurisprudencial:

"GUARDA Y CUSTODIA. NO SE PUEDE ENTENDER DESVINCULADA DE LA POSESIÓN. Una de las prerrogativas de la patria potestad es la custodia, cuidado y vigilancia de los menores y dicha guarda no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades".[30]

Con la expresión *posesión material de los hijos,* esta tesis no se refiere a la posesión regulada en materia de bienes y derechos reales, sino a la convivencia o cercanía señalada.

---

[30] Semanario Judicial de la Federación. T. XL, 2ª Sala, 9ª época, junio-agosto, México, 2000. p. 862.

La custodia corresponde a quienes ejercen la patria potestad o la tutela del incapaz.

Quienes ejercen la patria potestad, por regla general, tiene conjuntamente la custodia. En algunas ocasiones se confiere sólo a uno de ellos, como ocurre en el divorcio voluntario judicial o en el reconocimiento de hijo por padres que no viven juntos. El fundamento legal de lo anterior se encuentra en los siguientes artículos del Código Civil para el Distrito Federal.

“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 sino 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”.

Con relación al tema que nos ocupa, podemos decir que, hasta antes del 6 de septiembre de 2004, resultaba evidente que la custodia la tenía quien viviera con el menor o incapaz y si los padres se separaban o divorciaban, sólo uno de ellos se quedaría con la custodia.

El legislador reguló el concepto de custodia compartida en el divorcio necesario, en términos de los artículos 282 y 283 del Código Civil para el Distrito Federal, derogados actualmente.

El decreto emitido por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, del 6 de septiembre del 2004, puntualiza lo siguiente. **Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y del nuevo Código Penal para el Distrito Federal en materia de guarda, custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad.**

(Al margen superior izquierdo dos escudos que dicen: **Gobierno del Distrito Federal.- México, la Ciudad de la Esperanza.- Jefe de Gobierno del Distrito Federal).**

ANDRÉS MANUEL LÓPEZ OBRADOR, Jefe de Gobierno del Distrito Federal, a sus habitantes sabed:

Que la Honorable Asamblea Legislativa del Distrito Federal III Legislatura, se ha servido dirigirme el siguiente: **DECRETO**

(Al margen superior izquierdo del Escudo Nacional que dice: ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.- ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL III LEGISLATURA).

DECRETA:

DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE GUARDA, CUSTODIA Y DERECHO DE CONVIVENCIA DE LOS MENORES SUJETOS A PATRIA POTESTAD.

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

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

I a IV…

V.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, debiendo ser uno de éstos y pudiéndose compartir la custodia. En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá lo

conducente, previo el procedimiento que fije el código respectivo y, tomando en cuenta la opinión del menor.

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

VI a X…”

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

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

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

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

“Artículo 293. …

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

“Artículo 411. …

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

“Artículo 417. …

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

“Artículo 447. La patria potestad se suspende:

I a IV…

V.- Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional e incluso su vida o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consaguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado.

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

SEGUNDO: Se reforman los artículos 205, el primer párrafo del artículo 255; asimismo, se adiciona un artículo 73-Bis, un último párrafo al artículo 114, un segundo párrafo al artículo 123, una fracción al artículo 255 y los artículos 941-Bis, 941-Ter, 941-Quáter, 941-Quintus, 941-Sextus, y se modifica la denominación del Capítulo Único del Título Decimosexto para quedar con el nombre de "Disposiciones Generales", del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal para quedar como sigue:

"Artículo 73-Bis. Los Jueces de lo Familiar, respecto a la convivencia de menores, podrán emplear:

I. Arresto hasta por 36 horas.

II. La reiteración inmediata de no permitir la convivencia de quien ejerza la custodia del menor, dará lugar a la intervención del C. Agente del Ministerio Público, para el ejercicio de la acción correspondiente".

"Artículo 114. …

I a VII…

A los procedimientos familiares sólo les será aplicado lo señalado en las fracciones I, III y IV, de no ser así las partes quedarán enteradas por boletín judicial, salvo que el Juez considere otra cosa; asimismo, para el supuesto de que dicha diligencia se refiera a entrega del menor, la misma se practicará en el lugar en donde reside el requerido".

"Artículo 123. …

El tribunal tendrá la facultad de notificar a las partes, personalmente o por conducto de sus autorizados cualquier notificación personal, citación, requerimiento, notificación inicial o incidental decretada en autos, cuando comparezcan al tribunal a imponerse de ellos, o asistan a cualquier diligencia, en los términos de la parte final del párrafo que antecede".

"Artículo 205.- El que intente demandar, denunciar o querellarse contra su cónyuge, concubino o pariente, podrá acudir al Centro de Justicia Alternativa, quienes deberán llamar a los mediados, para tratar de dirimir la controversia.

El mediador propondrá lo que mejor convenga al interés superior de los menores, a fin de que por convenio entre los progenitores, se resuelva lo relativo a su guarda y custodia, y al derecho de convivencia que corresponda al ascendiente que no conserve la custodia. El cumplimiento de convenio podrá solicitarse ante el Juez de lo Familiar en la vía de apremio.

Por otra parte, para el caso de que se trate de personas que se encuentren en los supuestos señalados en primer lugar, podrán por separado a la mediación,

solicitar al Juez de lo Familiar su separación del domicilio en el que residan habitualmente”.

“Artículo 255.- Toda contienda judicial, principal o incidental, principiará por demanda, en la cual se expresarán:

I a VIII…

IX.- Para el trámite de incidentes, la primera notificación se llevará a cabo en el domicilio señalado en autos por las partes, si se encuentra vigente al juicio principal, y para el caso, de que haya resolución firme o ejecutoriada, o haya inactividad procesal por más de tres meses, se practicará en el lugar en el que resida la parte demandada incidentista”.

CAPÍTULO ÚNICO

Disposiciones Generales

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

En la audiencia las partes aportarán las pruebas que estimen necesarias a efecto de ejercer la custodia, las que se desahogarán en la misma audiencia; inmediatamente después el Juez de lo Familiar determinará la situación jurídica provisional de la niña o del niño, principalmente a quien corresponderá la custodia del menor; atendiendo para ello a las circunstancias que observe en ese momento, los elementos que hayan aportado las partes y sobre todo tutelar el interés superior del menor.

A falta o imposibilidad de los padres para tener la custodia de los menores se considerarán las hipótesis previstas en los artículos 414 y 418 del Código Civil.

El ascendiente que no le sea otorgada la custodia podrá convivir tal y como lo fije el Juez diversos días de la semana, fuera del horario escolar y sin desatender las labores escolares y debiendo auxiliarlo en dichas actividades.
Asimismo, en forma equitativa, se podrá regular la convivencia en fines de semana alternados, periodos de vacaciones escolares y días festivos; cuando estos ya acudan a centros educativos.

En los casos, en que los menores no acudan a centros educativos, médicos o de rehabilitación, el Juez de lo Familiar, a su prudente arbitrio, regulará las convivencias del menor con los parientes por consaguinidad en línea colateral hasta el cuarto grado que no lo tengan bajo su custodia".

"Artículo 941-Ter.- No será obstáculo para regular el derecho de convivencia de manera provisional, el hecho de que una de las partes manifieste unilateralmente y

sin estar reconocido por resolución judicial firme que ha habido violencia familiar en contra de los menores o algún otro de los miembros del núcleo familiar.

Sin embargo, tales aseveraciones deberán ser tomadas en cuenta por el Juez de lo Familiar prudentemente. Por tanto, en caso de duda, y para salvaguarda de los menores, podrá ordenar que la convivencia, se realice en los centros e instituciones destinados para tal efecto, únicamente durante el procedimiento. Y no existiendo precedente de riesgo o peligro para el menor no será ordenado por el Juez de lo Familiar las convivencias en las instituciones destinadas para tal efecto.

Para el caso de incumplimiento de las resoluciones que ordenen la convivencia con los menores, deberán aplicarse las sanciones que correspondan según los ordenamientos legales aplicables".

"Artículo 941-Quáter.- El incumplimiento a permitir la convivencia con el ascendiente que no tiene decretada la custodia, dará lugar al cambio de ésta a favor de la otra parte, si no hubiere inconveniente legal alguno, se resolverá en forma incidental.

En el caso de cambio en la persona que tenga la custodia, la regulación de la convivencia con el menor se hará en los mismos términos en que se venía dando, siempre y cuando no se encuentre involucrada en actos de violencia familiar en contra de los integrantes del núcleo familiar, conforme resolución judicial firme".

“Artículo 941-Quintus.- El ascendiente que tenga el derecho de convivencia con el hijo por resolución judicial y no asista a dichas visitas, sin causa justificada se podrá suspender el goce y ejercicio de ese derecho, quedando como precedente para no solicitarlo o ejercerlo de nuevo con ese hijo, mientras sea menor de edad”.

“Artículo 941-Sextus.- Cuando por cambio de residencia por parte del ascendiente que conserva la guarda y custodia, éste tiene la obligación de informar al Juez y a quien no ejerce la custodia los datos de nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda custodia.

El incumplimiento de esta disposición dará lugar a lo establecido en el artículo 73-Bis de éste ordenamiento.

Para efectos de la convivencia el Juez resolverá, conforme a lo dispuesto, en el párrafo quinto del artículo 941-Bis”.

TERCERO: Se reforman los artículos 171 y 173, y se adiciona un segundo párrafo al artículo 284 del Código Penal para el Distrito Federal para quedar como sigue:

Artículo 171. Al que sin tener relación de parentesco, a que se refiere el artículo 173 de este Código, o de tutela de un menor de edad o incapaz, lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o su guarda, se le impondrá prisión de uno a cinco años y de cien a quinientos días de multa.

A quien bajo los mismos supuestos del párrafo anterior lo sustraiga de su custodia legítima o su guarda, se le impondrá de cinco a quince años de prisión y de doscientos a mil días multa.

“Artículo 173.- Se impondrá de uno a cinco años de prisión y de cien a quinientos días de multa, al ascendiente, descendiente, pariente colateral o a fin hasta el cuarto grado, que retenga o sustraiga a un menor o incapaz, en los siguientes casos:

I. Que haya perdido la patria potestad o llevar a cabo ésta se encuentre suspendido o limitado.
II. No tenga la guarda y custodia provisional o definitiva o la tutela sobre él;
III. No permita las convivencias decretadas por resolución judicial; o
IV. Al tener la guarda y custodia compartida, no devuelva al menor en los términos de la resolución que se haya dictado para ello.

Este delito se perseguirá por querella”.

“Artículo 284…
Con excepción de los casos previstos en el artículo 73-Bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal”.

TRANSITORIOS

ARTÍCULO PRIMERO.- Publíquese en la Gaceta Oficial de Distrito Federal y en el Diario Oficial de la Federación para su mayor difusión.

ARTÍCULO SEGUNDO.- El presente decreto entrará en vigor a los noventa días siguientes a su publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

ARTÍCULO TERCERO.- Las presentes disposiciones se aplicarán a todos los procedimientos judiciales y administrativos en trámite ante las autoridades correspondientes y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 94 de Código de Procedimientos Civiles del D.F.; los interesados podrán promover los beneficios que le concede la presente Ley.

Recinto de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, a los veintinueve días del mes de julio del año dos mil cuatro.- POR LA MESA DIRECTIVA.- DIP. JOSÉ JIMÉNEZ MAGAÑA, PRESIDENTE.- DIP MIGUEL ÁNGEL SOLARES CHÁVEZ, SECRETARIO.- DIP. MARÍA GABRIELA GONZÁLEZ MARTÍNEZ, SECRETARIA.- (Firmas).

El cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 122, apartado C, Base Segunda, fracción II, inciso b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 48, 49 y 67 fracción II, del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, y para su debida publicación y observancia, expidió el presente Decreto Promulgatorio, en la Residencia Oficial del Jefe de Gobierno del Distrito Federal, en la Ciudad de México, a los veintitrés días del mes de agosto del dos mil cuatro.- EL JEFE DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL, LIC. ANDRÉS MANUEL LÓPEZ OBRADOR.- FIRMA.- EL SECRETARIO DE GOBIERNO, ALEJANDRO ENCINAS RODRÍGUEZ.- FIRMA.

Se transcribió en su totalidad el decreto de 6 de septiembre de 2004 en razón de la importancia que tuvo tal reforma para saber el porqué, el ordenamiento procesal civil y el Código Penal para el Distrito Federal se reformaron.

A. Exposición de motivos.

La exposición de referencia del 6 de septiembre del 2004 al Código Civil para el Distrito Federal, el procesal y penal para la misma entidad con relación a las reformas sobre guarda y custodia de ese mismo año establecía lo siguiente:

"La creación de una nueva figura jurídica de custodia compartida que otorga los mismos derechos y obligaciones a la madre y al padre con las y los niños que hayan procreado, quienes podrán convivir y ser visitados por quien no cuente con la custodia legal".[31]

Por medio de la iniciativa referida, se pretende obligar a los padres a notificar y proporcionar número de teléfono, nuevo domicilio, tanto al Juez, como a su contraparte, para mantener comunicación directa con la hija o hijo en cuestión.

Aquel padre que no permita la convivencia, además de perder la custodia se le impondrán las penas previstas que en materia penal correspondan, desde una multa equivalente a 100 salarios mínimos vigentes en el Distrito Federal,

[31] Exposición de Motivos de las Reformas del 6 de septiembre de 2004 al Código Civil para el Distrito Federal Código de Procedimientos Civiles, Código Penal ambos para el Distrito Federal en Materia de Guarda, Custodia y Derecho de Convivencia de los Menores sujetos a patria potestad, México, 2004. p. 12.

hasta un arresto por 36 horas y hasta cinco años de cárcel. Para el caso de que exista una reincidencia inmediata de quien mal ejerza la custodia del menor, se dará vista para que el Ministerio Público, ejerza la acción penal que a derecho corresponda.

Queremos señalar, que dentro de estas reformas se aprobaron también, adiciones a algunos artículos del Código Procesal Penal para el D.F. destacándose, aquellas que se refieren al trato que debe dársele a los testigos es decir, cuando en el supuesto tales hipótesis se le apliquen a una niña, niño o adolescente cuando alguno de estos se presente a declarar en un procedimiento cuando los mismos, se les tenga considerados como víctimas. Estas reformas, pretenden ampliar las garantías de las niñas, niños y adolescentes en materia de procuración de justicia.

“Con la aprobación de la reforma al Código Penal, uno de los aspectos relevantes, es que se especifican las circunstancias bajo las cuales no se admitirá el perdón de la víctima de delitos sexuales.

Ello, al pensar sobre todo en los intereses superiores de las y los menores e incluso de las mujeres, ya que al contemplarse todavía la posibilidad de que las víctimas puedan otorgar el perdón a sus agresores se genera un círculo viciosos de impunidad”.[32]

[32] Ibidem. p. 94.

Con lo anterior, en su momento se pretendió, establecer un régimen de visitas y crear la mal llamada “figura jurídica de la custodia compartida” con el propósito que las parejas de divorciados no incumplan con el derecho de convivencia entre estos y sus hijos, ya que este, es el objetivo de la iniciativa de reforma a las disposiciones en materia de guarda y custodia y derechos de convivencia de los menores contenidas en el Código Civil para el Distrito Federal.

“Al inaugurar el Foro Interdisciplinario para promover la iniciativa de decreto que reforma diversas disposiciones en la materia, realizado en el salón Luis Donaldo Colosio de la ALDF, Arévalo dijo que cuando los padres se separan, las y los hijos se convierten en parte esencial de la disputa.

Fue claro y preciso al señalar que por lo regular, es la madre a quien se le concede la custodia del menor, como lo establece el artículo 282 fracción V del Código Civil para el Distrito Federal. Lo anterior imposibilita a los jueces dictar un régimen de visitas, entre padres e hijos que satisfaga una convivencia sana y afectiva.

En materia penal, la iniciativa propuso la adición del artículo 173 bis para tipificar como delito la retención del menor, cuando, quienes al tener la custodia provisional o definitiva legalmente decretada por resolución judicial, impida la convivencia de la niña o el niño con la persona que tenga reconocido el derecho de visitar y convivir con ellos”.[33]

[33] Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Comisión de Atención a Grupos Vulnerables. Debate de las Reformas. México 2004. p. 2.

El perredista, Alfredo Hernández Raigosa señala en su intervención que: “En estas reformas en la materia tendrá que mantener el equilibrio para lograr igual beneficios tanto para la madre como para el padre, porque no se permitirá que en ella exista una tendencia misógina”.[34]

La asambleísta Rebeca Maldonado, comento al respecto: “Los padres de familia en defensa de su paternidad reconocen el gran paso que se pretende dar para renovar el Código Civil para el Distrito Federal y demás ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, considero que no bastará renovar la impartición de justicia si no se renueva su infraestructura administrativa.”.[35]

En su intervención, Alfredo Luna, comentó: “Es necesario que se respeten los derechos de las niñas y niños a decidir porque en la actualidad se les ignora y los padres son los que determinan su futuro, al originar un síndrome de alineación parental o rechazo inducido contra el progenitor no custodio”.[36]

Para nosotros, el divorcio, la separación o la conclusión del matrimonio no son sólo sinónimos del final de una familia, sino también el principio de un infierno para aquellos hijos que, utilizados por los cónyuges como armas para agredirse mutuamente, sufren por ello depresión, ansiedad, fobias o conductas represivas, lo que al parecer no hay quien impida debido a vacíos legales en el Código Civil.

---

[34] Ibidem. p. 4.
[35] Ibidem. p. 5.
[36] Ibidem. p. 6.

En el caso del Distrito Federal, desde 1932 esta herramienta jurídica no presentó reformas ni adecuaciones en materia familiar para estar en armonía con la vida moderna, aunque hoy están en proceso de divorcio más de 20 mil parejas y esa situación tiene graves efectos en miles de niños y adolescentes y más aún, con la aberrante desaparición de las causales de divorcio que hacen que éste sea super rápido.

"El mayor número de separaciones ocurren, según diversos estudios, en los primeros dos años de convivencia en pareja. Esto explica en parte que se haya presentado de 1993 a 2001 más de 54 mil demandas de divorcio, las cuales atienden sólo 40 jueces de lo Familiar en el Tribunal Superior de Justicia del DF (TSJDF), especializados en materia familiar".[37]

Lo anterior, implica exceso de trabajo para quienes resuelven de manera rápida, a veces sin reflexionar jurídicamente lo concerniente a guarda, custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos la autoridad de sus padres. Lo difícil de entender de esto sin lugar a dudas, será los traumas que se le infieren a los hijos con las conductas divorcistas de los padres, que muchas de las veces por conservar la guarda, custodia y ejercicio de la patria potestad de los hijos, son capaces de todo, incluso de maltratar a los seres que dicen más querer, (hijos).

Los traumas tanto morales como físicos, se presentan de acuerdo a la edad de los hijos, como por ejemplo se dan conductas regresivas como orinarse en la cama, tornarse agresivos, porque es la forma de expresar su ansiedad. Hay

[37] HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón y María, PÉREZ-PORRÚA SUÁREZ. El Divorcio. 2ª edición, Porrúa, México, 2004. p. LVII.

menores que desarrollan un sentimiento de culpa excesivo, lo cual inhibe su aprendizaje y cambia su conducta en la escuela. Lo anterior, también influye en los hijos mayores aunque en menor grado, también representan trastornos en su conducta y que de no atenderse a tiempo, los hijos menores de edad, heredarán esta conducta a sus descendientes cuando se casen. Los más difíciles de detectar son los que se vuelven *niños buenos*, que no dan problema y más tardíamente reciben ayuda sicológica.

Julián Güitrón Fuentevilla y Susana Roig Canal destacan que: “México junto con otros países, fue autor de la iniciativa lanzada en la Organización de las Naciones Unidas en 1989, para celebrar un convenio sobre los Derechos de la Niñez a nivel internacional. En el año de 1990 fue ratificado por el Senado de la República, dándole la fuerza de ley que este tipo de convenios tienen en México.

La Convención también destaca la igualdad de derechos, para todos los miembros de la familia; la dignidad y el valor de la persona humana; la promoción del progreso y elevación de los niveles de vida dentro de un marco de libertad; el derecho de la infancia a tener cuidados y asistencia especiales por su falta de madurez tanto física cuando mental; la protección de la familia como grupo den el cual la niñez crece y se desarrolla; el reconocimiento de la persona en su niñez, su necesidad de crecer en un ambiente familiar de felicidad, amor y comprensión, para lograr un desarrollo pleno y armonioso; la preparación de la niñez para una vida independiente con espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad; la toma de conciencia de las condiciones especialmente difíciles en

las que viven muchos niños y niñas en el mundo y la importancia de las tradiciones".[38]

Las leyes mexicanas otorgan la custodia de los hijos a la madre en la mayoría de los casos, porque se tiene la creencia de que es ella quien cuenta con mayor capacidad para cuidarlos y criarlos mejor que el padre. Así se específica en el artículo 282, fracción V del Código Civil.

Lo anterior, desafortunadamente no siempre se utiliza en beneficio del menor, se llega a tal grado que uno de los progenitores por medio del Síndrome de Alienación Parental, pretende manipular, poniendo en contra del otro progenitor al hijo a tal grado que muchas de las veces se violenta a los miembros de la familia con tal acto. Consideramos que si se abusa de tal derecho la sanción ejemplificativa, sería que se niegue el derecho del otro para que ejercite tal acto e impedirle la custodia.

Mientras dura el proceso de divorcio de uno a tres años o más, los hijos reciben un bombardeo de odio, rencor y violencia contra el otro progenitor, el cual se ha definido como Síndrome de Alienación Parental, cuyas repercusiones en la personalidad del menor aún se desconoce y precisamente de aquí, muchos legisladores se fundamentaron para hacer viable el llamado divorcio express, que a mi juicio seguirá teniendo los mismos traumas para los hijos ya que no resuelve el problema de fondo.

---

[38].GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y Susana ROIG CANAL. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000. 1ª edición, Porrúa, México, 2003. p. p. 276 y 277.

Sin lugar a dudas, cuando no se regula adecuadamente con relación a la guarda, custodia y a quien corresponda el ejercicio de la patria potestad, existe la posibilidad de varios sobresaltos como lo es, la sustracción ilegal de menores por alguno de los progenitores, cuando el Juez de lo Familiar todavía no resuelve sobre la situación jurídica de los hijos, es decir, en muchas de las veces, los padres, se trasladan a otra ciudad e incluso otro país, como forma de vengarse del ex cónyuge debido al abandono, infidelidad o como resultado de desacuerdos económicos, donde sin lugar a dudas, los más afectados son los menores y el padre víctima de tal sustracción.

Los autores citados destacan: “que es deber de los padres, preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades, a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores a cargo de las instituciones públicas.

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 respecto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos”.[39]

[39] Ibidem. p. 277.

Raúl Meléndez García, resalta que: “el objetivo es buscar enlaces y mecanismos para poder llegar a una solución eficaz; y uno de ellos es la creación de la figura jurídica de custodia compartida, donde ambos padres compartan la responsabilidad de la educación, cuidados, emociones y vivencias cotidianas de sus hijos.

Precisa que hay en su asociación casi 300 padres separados o en proceso de divorcio que buscan la defensa de los derechos de los niños los cuales, dice, son lastimados y afectados física, mental y moralmente a causa de un mal divorcio o separación de sus padres. Día a día viven rodeados de violencia familiar y se les utiliza como mercancía, como rehenes, dado que el progenitor que cuenta con la guarda y custodia no les permite ver ni convivir con el otro progenitor; esto con un fin tan banal como el de cumplir sus caprichos, venganzas o simplemente obtener un bien material.

Ante la urgencia de la aplicación de una justicia expedita, apegada a derecho y prevista en una legislación actualizada, los miembros de la Asociación Mexicana de Madres y Padres Separados, así como otras asociaciones, se acercaron al Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, con el propósito de resolver tal controversia.”[40]

El Tribunal, elaboró un proyecto de reformas a los Códigos Civil, de Procedimientos Civiles y Penal para el Distrito Federal, tomando como representante al Dr. David Vega Vera y el Juez del Juzgado 38 Familiar, Juan

[40] Asamblea Legislativa. Op. cit. p. 19.

Tapia Mejía. Este acto, permitió conocer que desde hace 17 años sólo existen 40 jueces y 12 magistrados de lo Familiar en el Distrito Federal para atender las necesidades de las parejas que desean separarse, al grado que cada Juez atiende un promedio de 521 casos por año (2003), lo que ha provocado rezago en los juicios familiares, quiero destacar que esto, no propició que los abogados dilaten tal situación, sino, es una deficiencia más de nuestro sistema judicial en materia familiar, que trajo como consecuencia que algunos legisladores lo vieran como la salida para permitir el famoso divorcio express, que no es otra cosa que romper con la solidaridad y armonía familiar.

Al respecto Raúl Meléndez García expresa: “hoy la ciudadanía mexicana tomó su responsabilidad, somos vivo ejemplo de una sociedad que dice ya basta; pero con hechos organizados, respetuosos y bien dirigidos. Los padres van a saber que ya no pelearán por la custodia, sino que tendrán que llegar a acuerdos para salvaguardar el sano desarrollo de los hijos: el matrimonio se disuelve, la familia no”.[41]

En el seno del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el Juez 38 de lo Familiar y autor de la redacción de las modificaciones, Juan Tapia Mejía, explicó la importancia de llevar a cabo las iniciativas de reforma a las disposiciones en materia de guarda y custodia, así como derechos de convivencia de los menores en el Código Civil capitalino.

[41] Ibidem. p. 20.

El autor citado comenta que: “se propone modificar la fracción V del artículo 282, a fin de introducir la figura jurídica en materia familiar de la custodia compartida para transmitir los mismos derechos y obligaciones hacía ambos progenitores y evitar que los menores sean utilizados como elementos de venganza de quien conserva la custodia hacia quien no la ejerce”.[42]

También, se prevé reformar lo relacionado con la retención y sustracción de menores o incapaces, con el fin de sancionar que se impida la convivencia de los menores con el otro cónyuge y otros parientes y castigar la no reincorporación de los hijos al concluir la convivencia, lo que brindaría seguridad a los progenitores que tienen la patria potestad. En caso de que se evite la convivencia con los menores se ha propuesto adicionar un párrafo tercero al artículo 417, en el que el Juez de lo Familiar podrá dictar el cambio de custodia. En el supuesto, de no cumplir la obligación alimentaria, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el artículo 941, se establece la suspensión del derecho de convivencia por este motivo. Además se ejercerá acción penal de uno a cinco años de prisión contra el cónyuge que no permita la convivencia de los hijos con el otro padre o que no reincorpore a los menores al seno familiar.

De lo anterior se infiere que, de acuerdo a la exposición de motivos sustentada, por los legisladores, de manera aparente se busca el derecho de convivencia sana, que tienen padres e hijos, pero al analizarlas detenidamente, nos damos cuenta que favorecen más a los padres que a los hijos y que el legislador no puntualizó en algunos otros derechos preferentes de los menores

[42] Ibidem. p. 22.

como son la alimentación, salud y educación entre otros, pero esto, será motivo de estudio en otro capítulo.

B. Ventajas y desventajas.

Las reformas citadas encierran tanto ventajas como desventajas, dentro de las primeras están:

- Otorga los mismos derechos y obligaciones a los padres con los niños que se procrearon.
- Dichas reformas obligan a ambos padres a tener informado al otro cónyuge y al Juez de su domicilio y cambios de éste, así como de su número telefónico.
- Existe una mejor coercibilidad para cumplir con la obligación antes indicada.
- Estas reformas tienden a cumplir las garantías de los niños y de las niñas en materia de procuración de justicia.
- Se incentiva la figura jurídica de la custodia compartida.
- Que los niños no sean la parte medular de la disputa.
- Se crea también el delito de retención del menor para aquél, que se oponga a la custodia compartida.
- Se pretende que no se utilice a los menores como armas de ataque contra los padres.
- El derecho de cuidar a los hijos se hace más equitativo para los padres.

Respecto a las desventajas, se pueden señalar las siguientes:

- No se le dio la importancia debida a un problema añejo, como es el cumplimiento de la obligación alimenticia.
- No se buscaron los medios idóneos para hacer cumplir al deudor alimentista con su obligación.
- No se buscaron los medios adecuados para que los menores decidan con cuál de los padres se queda.
- Se hizo caso omiso a varios de los derechos de las niñas y de los niños.

De lo anterior se infiere que, con las reformas aparentemente hubo avance, en cuanto a la custodia compartida de los padres para con los hijos, pero debieron ser más acertadas y tomar en cuenta el sentir emocional del menor así como la decisión u opinión de éste, para saber con cuál de los padres quiere estar, aunque lo ideal, sería con los dos.

II. El niño como ser indefenso de la sociedad.

Los valores familiares son esenciales para la percepción que tiene el niño de sí mismo y del mundo en el que vive, cuando por la razón que sea, la familia no cumple con esa obligación y responsabilidad, se desmorona la primera línea de defensa del niño contra el mundo incomprensible e inseguro.

El Doctor Julián Güitrón Fuentevilla opina lo siguiente: “es la familia, la célula más importante de la sociedad; y sin embargo, la más desprotegida. Cuántas veces no es en la familia, donde se encuentra un seguro para el

desempleo, un hospital para un enfermo; un apoyo para alguien que haya cometido una grave falta, un consuelo para quien habiendo sido ingrato con su propia familiar, regresa y ésta lo acoge en su seno, sin considerar las faltas que contra ellas se han cometido.

La familia, entendida como la máxima expresión del ser humano, merece más atención por parte del Estado. Sobre todo, de los legisladores. Desde el punto de vista de la sociología, la familia surge del mero ayuntamiento sexual de una relación de hecho, que origina una prole y que llega a convertirse en un pilar de la sociedad. Diferente es el concepto jurídico, el cual atiende principalmente al acto jurídico del matrimonio o de la adopción. En algunos casos, la familia también puede surgir del hecho jurídico del concubinato".[43]

El maltrato a menores ocurre en todas las esferas sociales, siendo frecuente en ambientes sociales marginales o especialmente difíciles, que padecen los efectos de la suma pobreza, nula institución académica o toxicomanías. Es una vergüenza social, un déficit de humanidad, sensibilidad y cultura cívica que duele asumir como lo que es, una enfermedad del sistema de convivencia social que crece día a día entre la sociedad mexicana y que descarga sus frustraciones en los más débiles: los niños.

La familia, es el núcleo fundamental de la sociedad y debe estar por encima de ésta y del Estado, por lo tanto, debemos fortalecerla pues para los niños donde

[43] GÛITRÒN FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? Vol. II. 1ª edición, Promociones Jurídicas y Culturales, S. C. México, 1992. p. 40.

empieza la familia, empieza la calle, que se les presenta en un principio atractiva por la falta de reglas. Cuando la familia no puede o no quiere cumplir con sus obligaciones naturales y jurídicas hacia sus hijos, el Estado debe presentar y crear alternativas para que estos no sean arrojados al arroyo a descomponerse y devolverle a la sociedad a corto plazo, ciudadanos inconformes, resentidos, delincuentes e irresponsables que repiten hacia sus hijos la misma conducta.

Corresponde a la sociedad, pugnar para que se aumenten los niveles educativos de la población, principalmente entre la población infantil menos favorecida económica y culturalmente ya que resulta fácil y económico invertir en educar a los ciudadanos desde la infancia que castigar y mantener a adultos irresponsables, improductivos y delincuentes. Además, un adulto con educación procurará una familia con educación y de esta surgirán hombres de bien, que en lo adelante tendrán las riendas del país en sus manos, por ello, la familia debe protegerse.

En términos generales, corresponderá a la familia, la sociedad y al Estado, el deber de velar por los derechos de los menores, pues es la etapa de la vida en que una persona tienen un mayor grado de vulnerabilidad, al correr el peligro de ser sujeto de maltrato por acción u omisión, debido a abusos, explotación y corrupción. Como miembro de las Naciones Unidas, México comparte la inquietud y el interés de las demás naciones para perfeccionar estos derechos del niño.

Es importante, fomentar la creación de programas que vayan dirigidos a educar a los padres en su función de guías de sus hijos, orientar a la familia a la

unión y al respeto, haciéndoles saber que existen métodos diferentes de corrección y límites legales a su derecho de educación al incurrir en el delito de maltrato físico y psicológico. Lo anterior se logrará, utilizando como mensajeros y portadores de éstos a los medios de comunicación para que sean difundidos de tal manera que lleguen a todo el país y a todos los estratos sociales. Asimismo, el Congreso de la Unión, debe regular los límites al derecho de corrección y convivencia que los padres, tutores y maestros tienen sobre sus hijos, pupilos y alumnos a fin de imponer penas que vayan desde la amonestación hasta la sanción económica, pérdida de la patria potestad permanente y prisión, al haber constituido el abuso de este derecho como causa primordial de deserción familiar y escolar por parte de los infantes maltratos.

El derecho a corregir de los padres termina cuando el castigo físico atenta contra la dignidad y la autoestima del niño o le causen daños emocionales, es por esto que la mejor manera de evitar conductas indeseables siempre será previniéndolas. Cualquier atención que se proporcione a un niño, debe ir perneada de un espíritu educativo.

Joel Francisco Jiménez García, considera que “los derechos del niño, es un derecho singular eminentemente tuitivo, que tiene por objeto la protección integral del ser humano, desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento, la plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad, para integrarle armónica y plenamente en la convivencia social”.[44]

[44] JIMÉNEZ GARCÍA, Joel Francisco. Derechos de los Niños. s/e, Cámara de Diputados LVIII Legislatura-Universidad Nacional de México, 2000. p.p. 4 y 5.

De lo expuesto se deduce que será inútil cualquier esfuerzo si no ponemos atención a la crianza sana, feliz y constructiva de nuestros niños. Hay que dar énfasis a la educación tanto de los mayores como de los pequeños, solo así lograremos que perduren los valores fundamentales. El Estado debe invertir su mayor esfuerzo, si respondemos en forma adecuada a esta apremiante realidad social y moral, empezaremos a caminar hacia un mejor futuro.

III. ¿En qué consiste el interés superior del menor?

Con relación al interés superior del niño, este consiste en que el legislador, juzgador, padres y sociedad en general deben buscar lo que más convenga o beneficie a este, en razón del lugar, actividad o educación que este reciba, es decir, en términos generales, debe prevalecer el beneficio que más se obtenga de la guarda y custodia del infante para un adecuado desarrollo psicoemocional.

“El artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 ha consagrado universalmente el principio del interés superior del menor, aunque no ha concretado qué debe entenderse por tal al decir: …en todas las medidas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés del menor. Mientras que, por ejemplo, en el artículo 21 de la misma Convención en el que se hace referencia a la adopción se especifica que en ella, el interés del menor será la consideración primordial. Ello parece indicar que se hace una distinción entre el interés del menor en el derecho de familia en donde su

consideración será la más relevante y en el resto de relaciones en las que esté implicado el menor en la que tendrá una consideración primordial".[45]

Al no tener esta Convención efecto directo, será la legislación de cada país la que concrete en qué debe traducirse este interés, lo que conlleva a pensar que de haber recibido consagración universal, éste puede adquirir connotaciones distintas en contextos culturales diferentes.

En todas sus manifestaciones, el interés del menor parece que se encuentra localizado, según la mayoría de los autores, en el respeto de sus derechos fundamentales como los de todos los individuos y en el libre desarrollo de su personalidad es el que va a otorgar una nota de incertidumbre a tal interés, al no resultar conveniente actuar en igual grado de protección o imposición sobre un niño que sobre un adolescente, por lo que es preciso, a medida que el menor tenga uso de razón, que sea éste el que manifieste cuál considera que es tal interés.

Desde esta perspectiva, se considera que el menor deja de ser una mera emanación de sus padres para ser reconocido como persona portadora de dignidad constitucionalmente reconocida, no sólo en el ámbito interno, sino por supuesto también el internacional, en el que, según la profesora Alegría Borrás, "tal interés general se recoge en el artículo 39.4 de la Constitución española y

[45] GONZÁLEZ, Martín. Adopción Internacional. 1ª edición, UNAM, México, 2006.p. 46.

comporta: desde el punto de vista del derecho internacional privado, la adopción de soluciones flexibles y de disposiciones materialmente orientadas".[46]

Siguiendo las pautas de los artículos 3° y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 que:

a) El interés del menor, será siempre el criterio fundamental en las relaciones de familia en las que el menor se aparte;
b) En el resto de las relaciones, el principio del interés del menor tendrá una consideración principal; y
c) El interés del menor es un concepto jurídico indeterminado, cuyo núcleo indisponible lo constituyen los derechos fundamentales regulados en la Convención.

El problema surgirá cuando ese margen de apreciación desplace al núcleo de los derechos. Entonces ya no estaremos ante el interés superior del menor, sino ante la imposición de una cultura sobre la persona del niño.

El Código Civil para el Distrito Federal, con relación al interés del menor, en su artículo 416-Ter, establece:

"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

[46] DOMÌNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil. Familia. 1ª edición, Porrúa, México, 2008. p. 603.

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 código alude al interés superior del menor con prevalencia a otros derechos. Así, en todo tiempo, el Juez de lo Familiar, puede modificar cualquier determinación tomada en la sentencia relativa a la nulidad de matrimonio de los ascendientes, a propósito de la guarda y custodia de los menores inmiscuidos; igualmente dicha autoridad judicial deberá tomar en cuenta ese interés superior al decidir sobre las modalidades del derecho de visita de los menores cuando el divorcio de sus padres, en los juicios de impugnación de la progenitura, el Juez deberá atender al interés superior del menor; si no hay acuerdo de los padres en cuanto a quien de ellos guarda y custodia cuando no viven juntos, el Juez de lo

Familiar, decidirá, atendiendo al interés superior del menor, quien pretende adoptar debe acreditar que la adopción es benéfica para el menor, atendiendo a su interés superior; dicho interés es determinante para decidir cuál de los padres tendrá el cuidado del hijo, si estos llegan a separarse; y en todo caso, puede modificarse el orden de a quien corresponda desempeñar la tutela legítima de un menor, en función de su interés superior.

IV. La Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en el Distrito Federal.

La Ley referida, contiene cuatro puntos o vertientes básicas, conceptos básicos y disposiciones que determinan atribuciones concretas a los Órganos Locales de Gobierno del Distrito Federal, así como las acciones coercitivas y preventivas al aplicar dicha normatividad.

La ley de referencia pretende establecer en el orden jurídico y social, la adecuada atención e integración social de las niñas, niños y adolescentes, al manejar las cuatro vertientes referenciales; ya que son las que dotan al instrumento normativo de plena eficacia jurídica.

La Ley pretende asimismo, establecer y aterrizar principios fundamentales en las actuaciones a favor de la niñez, tales como: el interés superior de la niñez, la no discriminación, la corresponsabilidad o concurrencia entre familia, sociedad y gobierno, el reconocimiento de la diversidad de necesidades y etapas de

desarrollo, que requieren respuestas gubernamentales adecuadas a las mismas: la igualdad y equidad para la niñez, que la familia sea el espacio primordial para su desarrollo; el derecho a una vida libre de violencia y el respeto a la diversidad cultural.

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

La Ley citada establece la creación de instancias de concertación de acciones a favor de la niñez y la adolescencia, denominadas Consejos, donde confluyen entes gubernamentales y organizaciones de la Sociedad Civil, y ser constituidas tanto a nivel central como en cada una de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal.

Es importante señalar, que el reconocimiento del interés público sobre el ejercicio del cuidado y la asistencia de los padres y las madres a sus hijas e hijos, es un principio esencial derivado del artículo 19.1 de la Convención, mismo que ha cuestionado la tradicional concepción de la patria potestad como una relación

jurídica de orden estrictamente familiar, sometida a criterios de privacidad y de intimidad, puesto que ha permitido configurar y legitimar socialmente la intervención de los poderes públicos cuando la niña o el niño se encuentre en riesgo o peligro, mientras está bajo la custodia de quienes ejercen la patria potestad o de cualquier otra persona.

De no haberse aprobado la Ley, sería menester abrir un proceso no excesivamente dilatado en el tiempo, pero que ofrezca la posibilidad de regularizar la normatividad, los recursos existentes, los nuevos procedimientos e incluso generar recursos alternativos a los actuales que permitan diversificar las posibilidades de actuación con las niñas y los niños dadas las distintas realidades sobre las que habrá de trabajar.

La Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, busca abordar un número de tareas complejas, y propiciar la discusión sobre las acciones pendientes a favor de la niñez y la adolescencia. No parece exagerado por ello, plantear la necesidad de un plazo transitorio de puesta en ejecución del nuevo modelo que otorgue un período próximo al año para el abordaje paulatino y programado de todas las tareas referidas.

La protección jurídica mencionada, se divide en dos niveles; uno sustantivo y otro adjetivo. El primero, consiste en declarar que las niñas y niños son sujetos de derecho, y como consecuencia de lo anterior, el segundo, se refiere al reconocimiento legal de todos los derechos que le asisten en materia de derechos

humanos, así como los principales dentro de los cuales debe de gozarse y ejercitarse.

Consideramos importante señalar que en materia de justicia de menores y más aun lo que establece, resguarda y sanciona, la Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, deben tener como objetivo primordial, el interés superior del menor, a tal grado que la prevención y la sanción deben ser acordes tanto por el daño que se les causa a los menores como por el respeto que a estos se les debe tener, tanto por los padres que ejercen la guarda y custodia, así como por aquel que no disfruta de tal ejercicio.

Para estar a la vanguardia en materia de protección a la niñez, se debe tener siempre presente políticas que provean servicios de salud donde se aseguren mejores condiciones de vida de acuerdo a los derechos que como niños le corresponden, disponiendo de recursos económicos adecuados. Deben instaurarse políticas protectoras que garanticen, precisamente el ejercicio de estos derechos, así como políticas de promoción que contengan acciones de participación como de divulgación de estos derechos.

CAPÍTULO TERCERO

DE LA GUARDA Y CUSTODIA EN GENERAL

I. Naturaleza jurídica de la guarda y custodia.

Como lo hemos venido desarrollando; en este capítulo, corresponderá señalar lo referido a la guarda y custodia de menores antes de la reforma del 6 de septiembre del 2004, para que en el capítulo cuarto, se desahogue lo que establece actualmente el Código Civil para el Distrito Federal.

Antes de las reformas señaladas, eran pocos los artículos que se referían a la guarda y custodia, más bien, eran escasas las disposiciones que hacían referencia a estas, dentro de ellas estaban dos de las cuales, aparentemente se desprende que la custodia puede corresponder a personas distintas de quienes ejercen la patria potestad o del tutor. Se trata de los artículos 315 y 323-Quintus, que establecen lo siguiente:

"Artículo 315. Tienen acción para pedir el aseguramiento de los alimentos:…

II. El que ejerza la patria potestad o el que tenga la guarda y custodia del menor;
III. El tutor…"

“Artículo 323-Quintus. También se considera violencia familiar la conducta descrita en el artículo anterior llevada a cabo contra la persona con que se encuentra unida fuera de matrimonio, de los parientes de ésta, o de cualquier otra 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.”

En la legislación civil vigente, hay más disposiciones, las cuales serán tratadas en el capítulo siguiente.

Por ahora, sólo nos resta decir que es imposible sujetar a un incapaz a una custodia compartida, ya que no se le puede poner bajo el cuidad de dos personas que no viven juntas.

El tutor también tiene la custodia. En caso de que la tutela sea ejercida por personas morales, se desempeña a través de sus representantes.

Ahora bien, antes de hablar de la naturaleza jurídica de las instituciones señaladas, será oportuno que en primer lugar, se hable de lo que se entiende por naturaleza jurídica en general.

Para tal efecto, será conveniente citar lo que al respecto el renombrado jurista Dr. Julián Güitrón Fuentevilla, ha escrito. El autor en comento, previene que: “Determinar la naturaleza jurídica de una institución, de un acto jurídico, de un contrato o de cualquier figura jurídica en Derecho, permite conocer su

ubicación, saber a qué rama de las diversas que integran la ciencia jurídica pertenece y, sobre todo, que para el investigador o estudioso preocupado por la colocación adecuada de la figura que se está analizando en el Derecho, permitirá, como ocurre con los casos de la guarda y custodia, saber determinar o cuando menos, tener una idea aproximada del sitio o lugar que debe ocupar el acto o la institución de que se habla, porque en función de ello, podremos con toda claridad, definirla y sobre todo entenderla."[47]

Refiere el Dr. Güitrón que, "el Derecho es vida y no un conjunto de normas puesto a disposición del conocedor de ellas, para servirse en su único y exclusivo beneficio; ***ibi jus***; donde está la sociedad, allí está el Derecho."[48]

De lo anterior se infiere, retomando algunas ideas que sobre el tópico ha escrito el autor citado que, la utilidad de conocer la naturaleza jurídica de una institución, como en el caso del contrato de compraventa. Sabemos que su naturaleza jurídica es, la de ser traslativo de dominio. Con relación al tema en estudio, la naturaleza jurídica en general, es que con una o varias palabras, ubicar la institución o acto jurídico del que estamos hablando en el gran mundo del derecho.

De manera general, se puede decir que, naturaleza jurídica significa, todo lo que constituye el fundamento de una ley o de algo para su realización, qué fue lo

---

[47] GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Et al. Responsabilidad Civil. 1ª edición, Rubinzal-Culzoni, editores, Buenos Aires, República de Argentina, 2007. p. 100.
[48] Idem.

que motivó a tal disposición, es decir, en qué consiste, de qué está hecho y hacia dónde se dirige.

El Diccionario Jurídico Mexicano, por guarda de los hijos se entiende, “la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados, con la diligencia propia de un buen padre de familia.”[49]

De la cita se infiere que la custodia, incluye las facultades y deberes que competen ordinariamente a quienes ejercen las funciones de patria potestad o tutela, pero cabe distinguirla específicamente de la atención que también puede prestar un tercero autorizado debidamente para suplir la vigilancia que corresponde al ejercicio normal de aquellas funciones.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, sustenta la tesis siguiente:

“La no existencia de la guarda material de la persona del hijo, implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor y constituye una prerrogativa de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente y procurarlo en la satisfacción de todas sus necesidades.”[50]

Ancestralmente, la figura en comento, implicaba la obligación de conservar en calidad de depósito, la persona de los descendientes inmediatos conforme a

[49] Diccionario Jurídico Mexicano. T. D-H. 13ª edición, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1999. p. 1555.
[50] Semanario Judicial de la Federación. Tercera Sala, Amparo Directo 4029 de 1967, Mayo-Junio, México, 1967. p. 26.

instrucciones precisas. Por lo dicho, podemos señalar que en los Códigos Civil y Procesal Civil para el Distrito Federal, aún hay indicios sobre el tratamiento jurídico que se daba a la guarda de hijos un carácter similar al de depósito o secuestro judicial, para fijar una nueva situación de ellos dentro del proceso correspondiente; pero ante las críticas de que representaba una aberración considerar a las personas como cosas, así como la frecuencia de nuevos conflictos familiares por la aplicación de las disposiciones relativas a aquellos contratos, se limitó el concepto de que se trata a una simple separación en que se deja a los interesados la libre disposición de sus actos.

Con otras palabras, de la figura jurídica citada se infiere o se originó al llamado guardador de hijos, carácter que se le asignaba aquella persona que acogía bajo su tutela y dependencia común, a un infante, siempre y cuando, no hubiere quien ejerciere la patria potestad sobre éste y no tuviera tutor.

Tal concepto, según Ure, “está referido a los menores que sin estar unidos por vínculos familiares o legales, se incorporan con carácter estable al núcleo familiar, al mantener relaciones domésticas con el jefe del mismo, de suerte que éste viene a ejercer una potestad de hecho sobre el incapaz, que a su vez, origina deberes genéricos, materiales y morales para con el que por cualquier causa, se halla bajo su cuidado y bajo su protección.”[51]

En la legislación Chilena esta institución se regula con los nombres de guarda a la tutela, en otras, se le confunde con la llamada tutela de hecho o falsa,

[51] Diccionario Jurídico Mexicano. T. D-H. Op. cit. p. 1556.

en la que el tutor, carece de título, actúa como tal, misma a la que el Código Civil Colombiano le atribuye obligaciones y responsabilidades del verdadero tutor, sin perjuicio de no comprometer al pupilo, sino en cuanto sus actos reporten ventaja.

En las legislaciones anteriores, el derecho de guarda de hijos resulta, por tanto, una función especial, cuya esencia reside en potestades y deberes correlativos, que confiere la naturaleza dentro del compromiso humanístico de solidaridad social, o la ley al poner en manos de personas extrañas a los padres, la persona de sus vástagos en forma inmediata, temporal, confidencial y restituible.

En el Derecho Romano, “la custodia era una especie de diligencia que consistía en mantener el cuidado necesario para conservar la cosa ajena y en vigilarla para que no se perdiese, extender la responsabilidad del deudor hasta los casos fortuitos con el hurto o la huida del depositado.”[52]

En la época contemporánea, esta última responsabilidad se ha desechado, pero se adoptó, un concepto de “guardián jurídico” correspondiente al poder efectivo de dirección, siempre que el custodiante, en virtud de alguna circunstancia de hecho, no se encuentre imposibilitado de ejercerlo, de modo que la repetida responsabilidad sólo se conserva parcialmente.

En nuestro derecho vigente, los que ejerzan la patria potestad y los tutores están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por los actos de

[52] Idem.

los menores que están bajo su poder, cesando tal responsabilidad cuando los incapacitados se encuentren bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, talleres, etc., pues entonces les corresponde a éstos, pero aun aquí, existen criterios encontrados en que si el padre o los que ejercen la patria potestad no eligieron a la persona o escuela adecuada, es decir, no tuvieron el tino suficiente para hacerlo, la responsabilidad será de ellos.

De lo expuesto, es pertinente clasificar la guarda de los hijos como general y especial, según derive del ejercicio de una facultad natural o legal que imponga al titular la obligación de custodiarlos, o porque derive del mandato expreso conferido por el titular del derecho para establecer dicha custodia eventualmente.

En la primera hipótesis, estamos en presencia de una atención ilimitada, mientras que en la segunda, el control se restringiría a los fines que determinaron la necesidad de la medida ordenada.

De acuerdo a lo señalado, consideramos que el guardador deberá actuar con plenitud de facultades y obligaciones, mientras no le sean expresamente prohibidas por quien le confirió el cargo o de manera legal.

Existe otra clasificación denominada, provisional o definitiva de acuerdo al tiempo que dure la guarda, natural o judicial y única o múltiple que no requieren de mayor fundamentación.

La manera frecuente de constituir la guarda de los hijos, es la de hacerse constar por escrito en un convenio homologado ante el juez familiar en la vía de

jurisdicción voluntaria o en un incidente o juicio especial llamado de controversia familiar, en el que intervendrá necesariamente el Ministerio Público si se trata de menores.

Se sugiere esta forma en diversas disposiciones legales que facultan a los padres con anticipación a la decisión judicial para convenir sobre la custodia de los hijos, sobre todo cuando se trata de hijos habidos fuera de matrimonio, requeridos por padres que viven separados.

También puede llevarse a cabo en forma verbal, cuando el tiempo que vaya a durar la guarda no lo amerite, como en el caso de nodrizas, institutrices académicas o de la popularizada actividad norteamericana conocida como ***baby sisters***, que toman a su cuidado, por horas, la atención personal de criaturas.

De igual forma, se deben tomar en cuenta, ciertas reservas que se previenen para los casos de divorcio o nulidad de matrimonio, filiación de hijos reconocidos, adoptados o acogidos por mujer lactante que satisfaga requisitos de posesión de estado.

A falta de disposición expresa, corresponderá al guardador los derechos y las obligaciones habituales de un buen padre de familia, incluyéndose la vigilancia, alimentación, educación, representación en su caso, corrección y convivencia en particular, dándose a este respecto diversas situaciones que ameritan ser examinadas.

El deber de compañía es un medio ordinario de cumplir con la función de custodia, pero no existe estrictamente posesión objetiva sobre la persona del hijo, esta circunstancia pone de manifiesto que cuando se habla del derecho de retener o reclamar a los hijos, se plantean cuestiones en sentido figurado.

Desde luego, la convivencia puede llevarse a cabo en el lugar previsto, que puede ser el hogar u otra localidad favorable para su desarrollo, como sería un establecimiento educativo o militar o la casa de un tercero.

Hay casos de conflictos regulares, sobre todo en los procedimientos de divorcio o de nulidad del matrimonio, y por ello, se faculta al juez competente para fijar discrecionalmente en poder de cuál de los cónyuges han de quedar los hijos, al tomar en cuenta fundamentalmente la convivencia de éstos, sin perjuicio de oírlos personalmente cuando tuvieran el suficiente discernimiento para modificar el lugar de residencia.

El derecho de visita, debe respetarse porque se funda en el natural interés de mantener la comunicación entre el padre desconectado del hijo separado con grave mengua de su bienestar.

Castán Vázquez indica dos casos de reclamar al hijo, “cuando éste abandona la casa paterna y cuando un tercero impide que ingrese a la misma. Independientemente de que en el segundo supuesto es indiscutible el derecho del guardador frente al tercero que podría colocarse en el papel de autor de actos

ilícitos, tratándose del abandono voluntario, nuestro sistema legal faculta a las autoridades para auxiliar a los que custodian hijos para hacer uso de amonestaciones y correctivos que presten el apoyo suficiente para hacerlos regresar al hogar, pues los que se encuentren bajo la patria potestad no podrán dejar la casa de los que la ejercen sin permiso paternal o judicial. Al efecto, resaltan las facultades de los Consejos Tutelares para internarlos indefinidamente en sus instituciones o establecimientos de estudios de personalidad, para su readaptación en el caso de que infrinjan leyes penales o reglamentos de policía y buen gobierno, o manifiesten otra forma de conducta que haga presumir, fundamentalmente, una inclinación a causar daños a su familia, a la sociedad, inclusive a sí mismos."[53]

De lo expuesto se deduce que, la guarda de los hijos se constituye desde que se establece por los interesados la patria potestad o la tutela, así su ejercicio exclusivo depende de ellas; pero bien puede ser instituida por el juez familiar en los casos de procedimientos de divorcio o de nulidad de matrimonio.

Se modifica dicha guarda de común acuerdo por los interesados o por el Juez, de acuerdo a las nuevas circunstancias que así lo reclamen.

Se extingue la repetida custodia por muerte de los afectos, por vencimiento del plazo prefijado, por haberse concluido la patria potestad o tutela que le dio

[53] Ibidem. p. 1557.

origen y por resolución judicial dictada en incidente por el cual se acredite la inconveniencia de la medida.

El Código Civil para el Distrito Federal, con relación a la guarda o custodia de los hijos o incapaces, establece que: Por ejemplo, el numeral 259 del ordenamiento citado, precisa que, en la sentencia que declare la nulidad, el juez de lo familiar resolverá respecto a la guarda y custodia de los hijos, el suministro de sus alimentos y la forma de garantizarlos.

De igual forma, cuando determina 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, como se establece en el segundo párrafo del artículo 283 del ordenamiento citado.

Por su parte, el artículo 378 del ordenamiento civil en comento, establece que, cuando faculta a la mujer lactante que ha satisfecho posesión de estado, para contradecir el reconocimiento que alguien haya hecho o pretenda hacer de ese niño. Asimismo, el artículo 380 cuando previene la facultad judicial de resolver si los padres, que vivan separados, no se ponen de acuerdo siempre que hubieren reconocido al hijo al mismo tiempo. Por su parte, el artículo 381 cuando el reconocimiento se efectúa sucesivamente por el padre o la madre que no viven juntos, ejercerá la guarda y custodia al que primero hubiere reconocido salvo que ambos convinieran otra cosa y el juez esté de acuerdo.

En este entendido, el artículo 413, indica que el ejercicio de la patria potestad se sujeta en cuanto a la guarda de menores, a las modalidades precisadas con anterioridad. El artículo 423 faculta a los que ejercen la patria potestad para corregir a los hijos bajo su custodia.

Por su parte, el artículo 444 fija como causa de la pérdida de la patria potestad, la exposición o el abandono que hagan los padres de sus hijos, relacionado con el artículo 939 del Código de Procedimientos Civiles que dispone el depósito de los referidos menores en la vía de jurisdicción voluntaria.

Finalmente, el artículo 1922 dispone que ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia, si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado jurisprudencia para que, en el juicio de amparo, proceda la suspensión sin fianza de la resolución de autoridad que pretenda privar a quienes ejercen la patria potestad de la custodia de un menor. En otras ejecutorias afirma nuestro mencionado tribunal que, en el divorcio, la guarda de los menores de tres años corresponde a la madre aunque resulte culpable, advirtiéndose que esta tesis se ha modificado recientemente en el sentido de que por causa de interés social, los menores que se encuentren en

poder de su madre no podrán pasar a la custodia de su padre que los solicite, a menos que se esté en los casos de excepción legal.

II. Disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal anteriores a la reforma del 6 de septiembre del 2004.

Lo enunciado en este subtítulo, se refiere a los artículos 282, 283, 293, 411, 417 y 447 del Código Civil para el Distrito Federal, los cuales establecían lo siguiente:

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

I. La separación de los cónyuges. El Juez de lo Familiar, determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia. La separación conyugal decretada por el Juez interrumpe los términos a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 267 de este Código;

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

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

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

V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez de lo Familiar, previo el procedimiento que fije el Código respectivo tomando en cuenta la opinión del menor, resolverá lo conducente. Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre;

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

VII. En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la

demanda, tomará las siguientes medidas, con el fin de salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar:

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

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

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

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

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

X. Las demás que considere necesarias.”

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

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

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.”

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

También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan.

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

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

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

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

“Artículo 447. La patria potestad se suspende:

I. Por incapacidad declarada judicialmente;
II. Por la ausencia declarada en forma;
III. Cuando el consumo del alcohol, el hábito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud

y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que este sea al menor; y

IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión."

Los artículos citados, estaban así como se transcribieron hasta antes de las reformas y solamente se citaron sin hacer comentario respectivo, porque al final, se hará una crítica a éstos y no queremos ser reiterativos.

III. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en materia de guarda y custodia.

Consideramos oportuno transcribir las siguientes jurisprudencias.

"**GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE SIETE AÑOS. NO ES CAUSA DE SU PÉRDIDA EL QUE LA MADRE ESTÉ FUERA DE SU CASA, POR TRABAJAR PARA AFRONTAR SUS RESPONSABILIDADES.** El hecho de que durante un juicio quede demostrado que la madre de un menor permanecía fuera de su casa durante determinadas horas del día, destinadas a desempeñar su trabajo, de ninguna manera es causa para quitarle la guarda y custodia del hijo, puesto que tales ausencias deben reputarse razonablemente justificadas, por tener como finalidad la de cumplir con las tareas que pueden proporcionarle lícitamente los medios económicos para subsistir y obtener así los recursos que le permitan dar vivienda, educación y sustento al menor." (Amparo directo 3607/84. Octava Época. Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Tomo I. Primera Parte. Página 363).

En nuestro derecho, se protege tanto el ejercicio de la guarda y custodia a tal grado, que esta jurisprudencia no es clara al señalar la permanencia de la madre fuera de su casa ni las horas en que ésta debe separarse, deja a un lado

las circunstancias por las cuales, una madre deja sólo a su hijo, bajo qué circunstancias y si éstas ponen en peligro la integridad del menor, porque si lo deja solo, existe peligro para éste.

"**GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR. DEBE OTORGÁRSELE A LA MADRE AUN CUANDO EL PADRE POSEA UNA SITUACIÓN ECONÓMICA MÁS ELEVADA, SI LA DE AQUELLA ES SUFICIENTE.** Conforme al artículo 282, fracción VI, último párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de su madre, salvo peligro para su normal desarrollo. Por tanto, a la madre debe otorgarse la guarda y custodia del hijo menor, si posee una situación económica estable que garantiza la satisfacción de las diversas necesidades del menor, aun cuando el padre posea una situación más elevada." (Amparo directo 8362/87. Octava Época. Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Tomo I. Primera Parte. Página 363).

Estamos de acuerdo con esta jurisprudencia, porque si la madre garantiza un cuidado mejor que el padre hacia el menor, esto no será determinante para que el padre tenga la guarda y custodia, pero si la madre no garantiza lo antes anotado, el padre la ejercerá aunque tenga una situación económica inferior a la madre.

"**CUSTODIA DE MENORES DE MÁS DE SIETE AÑOS DE EDAD. EL PRINCIPIO RECTOR DE LA DECISIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DEBE SER PUNTO DE PARTIDA PARA DECIDIR SOBRE LA.** El último párrafo del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, establece un principio general, rector de la decisión de guarda y custodia de los menores de siete años, la cual consiste en que éstos deben permanecer al lado de su madre, salvo peligro

para el normal desarrollo de los hijos. El espíritu del principio general antes descrito, evidentemente tuvo como sustento el que el legislador atendiera a la realidad social y costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional, en el que en términos generales, corresponde a la madre la atención y cuidado de los menores procreados por una pareja, independientemente de que aquélla realice o no una actividad de carácter laboral, consecuentemente en ella descansa, por regla general, la custodia de los menores procreados en un matrimonio e incluso fuera de éste, pues legalmente la madre tiene a su favor la presunción de ser la más apta para cuidar a los hijos que haya procreado, a menos que el padre demuestre que la conducta de aquélla puede ser dañina a la salud e integridad de los hijos, correspondiéndole la carga probatoria de esta situación al padre, por tratarse de la excepción a la regla general. Este principio general que se comenta, aunque la ley lo establece en forma expresa para decidir sobre la custodia de los hijos menores de siete años, por estar inspirado en la realidad social y costumbres ordinarias imperantes en nuestra sociedad, debe ser el punto de partida del Juzgador, por extensión, para normar su criterio en cuanto a la guarda y custodia de los menores habido en un matrimonio disuelto, aún cuando rebasen la edad mencionada, sobre todo cuando por la edad e inmadurez de éstos, no pueda considerarse, que ellos puedan tomar una decisión libre, espontánea y consciente de lo que es mayormente benéfico para los mismos. Es pertinente destacar en este aspecto, que por cuestiones de lógica y experiencia, este tribunal considera, que salvo contadas excepciones, la madurez y juicio suficiente de los menores para decidir en forma libre y espontánea sobre con quién de sus progenitores desean vivir en forma permanente, se alcanza por lo general, con posterioridad a los quince años, puesto que es cuando generalmente empiezan a adquirir independencia de sus padres, quienes ya no pueden manipular fácilmente las decisiones de sus menores hijos.” (Amparo directo 141/96. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo, Novena Época, Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo IV. Septiembre de 1996. Tesis I.8°.C55C. Página 628).

Esta jurisprudencia confirma que en materia de guarda, custodia y derecho de convivencia de los menores, se buscó dar cumplimiento a este último supuesto, ya que se dejaron muchas cosas insatisfechas, como fue, el aseguramiento de alimentos y más aún el efectivo cumplimiento a las disposiciones sobre la guarda y custodia la cual se lograría con una nueva cultura en este aspecto.

IV. Aplicación del método comparativo de la guarda y custodia en algunas legislaciones a nivel nacional e internacional.

Iniciaremos tal estudio, con, lo que al respecto, establece el Código Civil para el Estado libre y soberano de Chihuahua, en su artículo 247, el cual a grandes rasgos precisa que, cuando la sentencia sobre nulidad de matrimonio cause ejecutoria, los hijos menores de siete años de uno y otro sexo quedarán en poder de la madre. Pasada esta edad y hasta los catorce años, los hijos varones irán con el padre y las hijas con la madre, siempre y cuando, hubiere habido buena fe de ambos cónyuges. En los dos casos ejercerá la guarda y custodia aquél que tenga bajo su cuidado a los hijos.

Cuando los hijos tengan una edad de catorce años o más, cualquiera que sea tu sexo, decidirán su situación por su propia voluntad ante la autoridad judicial.

Con relación al tema, el artículo 159 del Código Civil de Chihuahua, establece que antes de que se provea de forma definitiva sobre la patria potestad o la custodia de los hijos podrán acordar los tribunales, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier providencia que se considere benéfica a los menores.

En esta legislación no se profundiza sobre la guarda y custodia de los menores y sí, en el artículo 267 del Código Civil citado se establece que la situación de los hijos menores se determinará por medio de convenio. Aquí, por inclusión se sobreentiende que los efectos serán para la guarda y custodia de los infantes.

El Código Civil para el Estado de México, éste en su Título Séptimo denominado De la Patria Potestad, en su artículo 4.203 prevé que la patria potestad comprende la representación legal y la protección integral del menor en sus aspectos físico, moral y social, su guarda y custodia, la administración de sus bienes y el derecho de corrección.

Sobre los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad, el artículo 4.224, establece en su fracción II, que la patria potestad se pierde por resolución judicial, cuando por las costumbres depravadas de los que ejercen la patria potestad, malos tratos o abandono de sus deberes alimentarios o de guarda y custodia por más de dos meses, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los menores aún cuando esos hechos no constituyen delitos.

De igual forma, el artículo 4.228, en su fracción I, establece que cuando sólo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, podrán convenir quién de ellos, se hará cargo de la guarda y custodia del menor.

La responsabilidad de los que ejercen la patria potestad está comprendida en el artículo 7.163, del Código Civil para el Estado de México, donde se establece

que éstos, tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores de los que tengan la guarda y custodia. Como podemos ver, la responsabilidad es única para los que ejercen la patria potestad excluyéndose a los que tienen la guarda y custodia dentro de las medidas precautorias que deben tomarse al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, podrán dictarse sólo mientras dure el juicio y cuando no exista acuerdo entre los cónyuges para ejercer la guarda y custodia de los hijos, ante dicha omisión la decretará el Juez en función del mayor interés de los menores.

Respecto a la guarda, custodia y derecho de convivencia en el Derecho Extranjero, consideramos puntualizar lo referente a este tema con la República de Argentina ya que su Ley Civil es similar a la nuestra y así dentro de las medidas relativas del juzgador en materia de tenencia provisional o guarda de los hijos tenemos que el artículo 68 de la Ley en materia civil establecía que el Juez podía determinar el cuidado de los hijos con arreglo a las disposiciones. La reforma de la ley 17.711 ha hecho la norma más precisa, al expresar que puede “determinar a quién corresponde la guarda de los hijos con arreglo a las disposiciones de este Código”.

Al no fijarse otra regla para el otorgamiento de la tenencia provisional de los hijos menores sino su determinación con arreglo a las disposiciones del Código, corresponde aplicar subsidiariamente el artículo 76, ley de materia civil, referente a la tenencia definitiva, sin perjuicio del principio fundamental de que debe atenderse en primer lugar al interés de los menores. Por tanto, corresponderá

entregar los menores de cinco años a la madre, y los mayores de esa edad puesto que no hay ni puede haber aún pronunciamiento sobre la culpa a quien el Juez considere más conveniente para el interés de los hijos.

La resolución sobre tenencia provisional se adopta sumariamente y sin otro requisito esencial que oír a ambos cónyuges (artículo 34, párrafo segundo del Código de Procedimientos Civiles y Comercio de la Nación), pero en circunstancias excepcionales, especialmente cuando se requiere el cambio de la tenencia que se ejerce de hecho, el incidente puede ser abierto a prueba.

Cesar Belluscio, al respecto, comenta que "en algún caso se ha decidido que la resolución adoptada, así en cuanto a la tenencia como respecto del régimen de visitas, si la urgencia de la protección de los intereses del menor así lo aconseja, goza de la naturaleza de las medidas cautelares, motivo por el cual únicamente es apelable al solo afecto devolutivo."[54]

De lo expuesto, se deduce que en primer término, se deben respetar los convenios entre los padres sobre esta materia, pero nada obsta a que sean revisados judicialmente si resultan contrarios al interés de los menores.

A falta de acuerdo, resulta aconsejable el mantenimiento del status social existente al tiempo de la promoción de la demanda, especialmente si de hecho uno de los cónyuges ejerce la tenencia por un tiempo prolongado, y salvo que esa

[54] BELLUSCIO, César Augusto. Op. cit. p. 403.

situación haya sido creada por el engaño o la violencia de uno de los esposos. Cuando los menores son varios, es conveniente ponerlos a todos al cuidado de la misma persona, a fin de mantener la unidad de educación. En casos excepcionales, se entregarán a un tercero, y dejar de lado a ambos padres; en tal caso, debe preferirse a los abuelos u otros parientes cercanos, ya que la internación en un establecimiento educacional sólo se justifica en casos extremos en que no haya otra solución para evitar la creación de un peligro físico o moral a los hijos o una grave perturbación de su desarrollo espiritual.

Las resoluciones tomadas en esta materia, como todas las referentes a las medidas previas en el divorcio, no causan estado y pueden ser modificadas todas las veces que las circunstancias lo hagan necesario. A decisiones contrapuestas, es procedente la circunstancia de que uno de los cónyuges haya contraído segundas nupcias en país extranjero que admite el divorcio vincular: mientras en algunos casos se resolvió que no es por sí solo un hecho que cree peligro moral para los menores e inhabilite para ejercer la tenencia, en otros se consideró elemento decisivo para conferir la tenencia a los abuelos.

Respecto al Derecho de Convivencia en Argentina se le denomina, “Derecho de Visita”, es decir, el otorgamiento de la tenencia de los hijos menores a uno de los cónyuges o a un tercero no priva al otro o ambos, en el segundo caso del derecho de mantener comunicación con aquellos, el cual se manifiesta especialmente en el llamado derecho de visita. Este derecho consiste en la posibilidad de tener entrevistas periódicas con los hijos. Comprende también el

derecho de mantener correspondencia postal o comunicación telefónica con ellos, la que no puede ser controlada o interferida sino por motivos serios y legítimos, en salvaguarda del interés del menor".

De acuerdo a lo expuesto, el cónyuge que no ejerce la guarda en tanto conserve la patria potestad, tiene derecho de vigilar la educación de los menores, derecho que se trasunta especialmente en la facultad ejercitable en todo momento de solicitar el cambio de la tenencia, ya que para conferir ésta es elemento de importancia primordial el interés de los propios hijos.

Las visitas, como ya se mencionó, deben realizarse en el hogar del progenitor en cuyo favor se establecen, o en el lugar que él indique. No deben llevarse a cabo en el domicilio del otro, porque habría sometimiento al que ejerce el derecho de visita a violencias inadmisibles, restándole espontaneidad necesaria para que el visitante cultive con eficacia el afecto de sus hijos. No debe hacerse en establecimientos públicos porque imposibilita la comunicación espiritual entre padres e hijos. El derecho de visita comprende el salir de paseo con el hijo, salvo razones de muy corta edad o de salud.

Con otras palabras, el derecho de visita debe hacerse para procurar el mayor acercamiento posible entre padre e hijo, de modo que su relación no sea desnaturalizada, y se eviten las decisiones que tiendan a cercenarlo. Debe ser establecido de modo que contemple tanto el interés de los padres como e de los

hijos menores, el cual rectamente entendido requiere de modo principal que no se desnaturalice la relación con el padre.

Para nosotros, el derecho de visita, debe tener como meta, la unión familiar y el interés superior de los menores consistente en mantener un contacto natural con sus progenitores, por lo que es necesario extremar los recaudos que conduzcan a soluciones que impliquen sortear todo obstáculo que se oponga a la fluidez y espontaneidad de aquéllas relaciones; las visitas no deben ser perjudiciales para los menores, ni para el que las solicita, (padres).

Con base en lo citado, el derecho de visita o de convivencia, en cualquier país, debe consistir en, nunca privar al padre o hijos de la convivencia familiar, es decir siempre se debe permitir a hijos y padres visitarse, a excepción de fallas graves de los progenitores, donde se demuestre que tal acción es perjudicial para los infantes ya sea porque se altere su estado emocional en atención del abandono de los padres hacia los menores la falta de alimentación o cuando los dieran en cuidar a otras personas, evadiendo con esto su responsabilidad. En caso contrario, se debe permitir siempre la visita y convivencia de los menores con sus padres.

CAPÍTULO CUARTO

ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA EXISTENTE EN MÉXICO SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA

A nuestro parecer, las reformas hechas al Código Civil para el Distrito Federal el 6 de septiembre del 2004 aún con toda la buena fe del legislador, fueron insuficientes porque no contemplan de manera directa el interés que más beneficie al menor y destacan más en su cuerpo legal la convivencia familiar, que la alimentación del menor, y dichas reformas no buscan un equilibrio en estas hipótesis.

A efecto de tener una comprensión adecuada y proponer algo acorde con el tema objeto de este estudio, puntualizaremos lo siguiente.

I. Análisis crítico de los artículos 282, fracción V, 283, 293, 411, 417 y 447 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Antes de analizar los artículos vigentes del Código Civil para el Distrito Federal, será pertinente enunciar, cómo habían quedado los artículos citados después de la reforma del 6 de septiembre del 2004. Esto como mero dato histórico, para posteriormente señalar la redacción vigente, sobre todo, aquellos artículos que se vieron afectados por las reformas del 3 de octubre del 2008 en materia de guarda y custodia.

En el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, únicamente se reformó la fracción V al quedar de la siguiente manera.

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

I a IV…

V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, debe ser uno de éstos y pudiéndose compartir la custodia. En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fije el Código respectivo y, tomar en cuenta la opinión del menor.

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

VI a X..."[55]

Como podemos ver, de la lectura del artículo citado, desde nuestro particular punto de vista, no se resuelve el problema de la custodia para los hijos y si, hace que los menores de siete años queden por cuestiones físicas biológicas y afectivas al cuidado de la madre.

[55] GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Código Civil para el Distrito Federal. 73ª edición, Revisada, actualizada y acotada. Porrúa, México, 2005. p.p. 71 y 72.

El artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal quedó redactado de la siguiente manera.

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

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

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

Lo mismo se observará respecto de la recuperación de la custodia.”[56]

Del anterior artículo, se considera que es el más apropiado en lo que a guarda, custodia y ejercicio de patria potestad se refiere, pero aún en éste, se dejó

[56] Ibidem. p.p. 72 y 73.

a un lado, el señalar la posibilidad de convivir con los hijos, considerándose que es más importante esto último en razón de la edad de los menores.

El artículo 293 por su parte quedó de la siguiente manera en su segundo párrafo.

“Artículo 293. También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores.”[57]

El artículo citado ya contempla a los hijos producto de la reproducción asistida aunque, desde nuestro particular punto de vista, este artículo desde su redacción no es clara, porque desde el criterio médico, toda reproducción o nacimiento es asistido por médicos, debió decir inseminación artificial y contemplar otras cosas que realmente aporten beneficios al menor.

Ahora bien, el artículo 411 quedó redactado de la siguiente manera, en su segundo párrafo.

“Artículo 411. Quien ejerza la patria potestad, debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad. En consecuencia, cada uno de los ascendientes debe

[57] Ibidem. p. 78.

evitar cualquier acto de manipulación, alineación parental encaminado a producir en la niña o el niño, rencor o rechazo hacia el otro progenitor.”[58]

Esta adición será difícil de cumplir porque los padres hacen exactamente lo contrario, sino que se debió prever la forma de que esta disposición efectivamente se cumpla.

El artículo 417 del ordenamiento citado se le adicionó un tercer párrafo para quedar de la siguiente manera.

“Artículo 417...

...

El Juez de lo Familiar aplicará las medidas previstas en el Código de Procedimientos Civiles e incluso podrá decretar el cambio de custodia de los menores previo el procedimiento respectivo, cuando quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva sobre ellos, realice conductas reiteradas para evitar la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan reconocido judicialmente su derecho a la misma.”[59]

En este precepto, debió también, asegurarse el pago de alimentos más que la convivencia, porque el menor necesita de asistencia y atención en todos sus sentidos, ya que puede vivir y sobrevivir sin convivencia y custodia, pero no sin alimentos.

[58] Ibidem. p.p. 102 y 103.
[59] Ibidem. p. 104.

Finalmente, al artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal se le adicionaron las fracciones y quedó de la siguiente manera.

"Artículo 447. La patria potestad se suspende:

I. a IV...

V. Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional e incluso su vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de parientes por consanguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado.

VI. Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente."[60]

Esto ya estaba comprendido en el artículo anterior únicamente se precisó de manera específica lo referente a la prohibición o abstención del Derecho de Convivencia de los menores para con el progenitor que no convive con él y sí obligar, al que ejerce tal derecho.

Los artículos citados, después de las reformas del 3 de octubre del 2008, quedaron redactados de la siguiente manera:

El artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal establece lo siguiente en su fracción V.

[60] Ibidem. p. 111.

“Artículo 282. Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y sólo 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 los hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:

A. De oficio.

….

….

….

….

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 los 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.

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. ”

De acuerdo a este artículo, efectivamente existe en su texto legal la disposición de poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hayan elegido los cónyuges, pero no existe la posibilidad de que efectivamente se obligue a las partes a elegir a alguien y más aún al Juez en última instancia le conceden tal facultad ante la falta de acuerdo.

Por lo regular las parejas al pretender divorciarse, por lógica, casi siempre es la madre la que se lleva a los hijos; y esto, a nuestro modo de ver lo debe resolver o decidir aparte del Juez como lo señala el Doctor Julián Güitrón: “Un

consejo de familia donde se decida previa aportación testimonial de los familiares y testigos lo que más convenga al menor.”[61]

Después del estudio de dichos datos, tocará al Juez de manera fundada, decidir sobre el particular.

En la segunda parte de dicha fracción se señala que cuando exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, estos quedarán al cuidado de la madre, pero no se específica qué “tipo de peligro grave” y más aún, se establece que aún cuando la madre carezca de medios económicos tendrá la custodia y guarda de sus hijos.

Aquí, también consideramos que esto será procedente, siempre y cuando la madre demuestre que durante el tiempo que duró la relación matrimonial o concubinaria, estuvo siempre al cuidado de los hijos porque, si nos vamos al extremo, los menores deberán estar con quien les garantice alimentación, educación, atención media, convivencia familiar adecuada y en general todo lo que comprenden los alimentos que sea además adecuado para su desarrollo psicoemocional idóneo.

Por lo que se refiere al artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, solo señalaremos las fracciones que tienen relación con nuestro tema este establece lo siguiente.

---

[61] GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Proyecto de Código Familiar tipo para los Estados Unidos Mexicanos.1ª edición, Porrúa, México, 2004. p. 37.

“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. Todas 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.
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 en 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.”

De la lectura de este artículo se desprende que, más que ayudar a los hijos menores, parece ser, que trata de proteger a los padres y más aún, invita a no cumplir con la obligación alimenticia, ya que si por esto se perdió el derecho de ejercicio de la patria potestad, al volver a cumplir con dicha obligación la patria

potestad, se recupera. Este artículo desde nuestro particular punto de vista es benévolo ya que no contiene sanción alguna para el padre que incumplió con la obligación de proporcionar alimentos y además, establece que lo mismo se observará para la recuperación de la custodia.

De lo anterior, se infiere que por medio de la instauración de un consejo de familia, el cual estará y actuará de manera alterna con los juzgados familiares se podrá vislumbrar adecuadamente lo que más favorezca al interés del menor e incapaz.

En la actualidad con las reformas mencionadas, no se cumple realmente con beneficiar al interés del menor por sobre todas las cosas, y es precisamente donde se debe precisar la manera jurídica y legal de hacer cumplir a los cónyuges con su deber alimenticio y de convivencia, buscando un equilibrio armónico entre éstos.

Al seguir con la temática planteada, corresponde ahora citar el artículo 293 del ordenamiento civil en cita donde se establece lo siguiente.

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

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de

este caso, la donación de células germinales no se genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.

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

Este artículo al igual que los anteriores, también fue modificado y aunque no está relacionado de manera estrecha con nuestro tema, si es necesario señalar que en efecto, define lo relacionado al parentesco por consanguinidad pero es genérico al establecer lo referente a la reproducción asistida, debe quizás concluir dicha redacción con la forma obligatoria de proporcionar alimentos para los que se conciban de esta manera, pero más aún, sobre qué pariente debe ejercer la guarda y custodia de los hijos.

Asimismo, el numeral 411 del Código Civil para el Distrito Federal, prevé que:

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

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

Como puede apreciarse, de la lectura de este artículo, únicamente se establece, lo que los ascendientes deben hacer con sus descendientes para procurar una adecuada convivencia pero no así la sanción para tal omisión o más aún, cuando hay negativa del padre para tal unión, se debe castigar también al que contribuye a la desunión o convivencia del padre con los hijos.

En relación al tema que nos ocupa, el numeral 417, preceptúa que:

“Artículo 417. En caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, en la controversia o en el incidente respectivo deberá oírse a los menores.

A efecto de que el menor sea adecuadamente escuchado independientemente de su edad, deberá ser asistido en la misma por el asistente de menores que para tal efecto, designe el sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.”

Como podemos ver, en este artículo, se requiere que exista como lo afirma el Doctor Julián Güitrón Fuentevilla:

“Un Código Familiar para los Estados Unidos Mexicanos donde se plasmen adecuadamente los conceptos y leyes que deben regular de manera idónea los actos de las personas derivadas del matrimonio, patria potestad, filiación, alimentos, parentesco y en general todo lo referido a la familia.”[62]

[62] GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Proyecto de Código Familiar tipo para los Estados Unidos Mexicanos. Op. cit. p. 17.

Aquí, por ejemplo, se le da mayor importancia a la convivencia que a los alimentos; al padre, que al menor y tampoco se establece cuál es el interés superior del menor, ni cómo se debe llegar a saber cuál es lo prioritario y lo más conveniente para el infante.

Finalmente, el artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal en relación a la suspensión de la patria potestad, establece lo siguiente.

"Artículo 447. La patria potestad se suspende:

I. Por incapacidad declarada judicialmente;

II. Por la ausencia declarada en forma;

III. Cuando el consumo del alcohol, el habito de juego, el uso no terapéutico de las substancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que este sea al menor; y

IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

V. Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso su vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consanguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado.

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

VII. En los casos y mientras dure la tutela de los menores en situación de desamparo, de acuerdo a lo dispuesto en el presente Código y del

artículo del 902 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.”

Como lo hemos sostenido reiteradamente en la exposición de nuestra tesis y como lo hemos invocado en el ejercicio de la actividad litigiosa, debemos insistir que es trascendental esta norma en la materia del tema que se expone, pues sin criterio específico alguno, sin parámetro o línea que permita llegar a una definición o conclusión, se suprimen las reglas anteriores y se otorga al Juez Familiar facultad omnímoda para resolver lo que a su juicio sea procedente. De ahí que sin las normas objetivas que antes hacían los señalamientos concretos, se reduce ahora peligrosamente al subjetivismo del Juez, la decisión que puede privar a un padre o a una madre del delicado ejercicio de la función de la patria potestad. No obstante lo anterior, hasta la fecha, no hemos tenido la experiencia que nos permita calificar los resultados de esa forma; pero anticipamos que ahora enfrentan los interesados varios conflictos cuya solución debe quedar a un cargo de la jurisprudencia que debe surgir, pues el texto anterior al menos, garantizaba a las partes, la certeza de los riesgos y consecuencias que tendrían que enfrentar los procedimientos de divorcio.

Este artículo también es omiso en relación al cumplimiento de la obligación alimenticia ya que le da más importancia a suspender la patria potestad por otras causas pero no menciona como causal el incumplimiento de los alimentos.

II. La Convivencia Familiar y la Alimentación en los Menores.

El divorcio, la separación o la conclusión del matrimonio no son sólo sinónimos del mal funcionamiento de una familia, sino también, el principio de un infierno para aquellos hijos que, utilizado por los cónyuges como armas para agredirse mutuamente, sufren por ello depresión, ansiedad, fobias o conductas represivas, lo que al parecer no hay quien impida debido a vacíos legales en el Código Civil. En el caso del Distrito Federal, desde 1932 esta herramienta jurídica no presenta reformas ni adecuaciones en materia familiar para estar en armonía con la vida moderna, aunque hoy están en proceso de divorcio más de 20 mil parejas y esa situación tiene graves efectos en miles de niños y adolescentes.

Alberto Pacheco menciona lo siguiente: “El mayor número de separaciones o divorcios ocurre, según diversos estudios, en los primeros dos años de convivencia en pareja. Esto explica en parte que se hayan presentado de 1993 a 2001 más de 54 mil demandas de divorcio, las cuales atienden sólo 40 Jueces de lo Familiar en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, especializados en materia familiar.”[63]

Esto implica una saturación de trabajo para quienes deben resolver casi al vapor todo lo relacionado a la guarda, custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad.

---

[63] PACHECO, Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. 3ª edición, Panorama, México, 1992. p. 164.

Lo más grave sin embargo es la experiencia emocional traumática que sufren los hijos de divorciados, quienes al conocer la decisión de los padres viven una ambivalencia porque ellos quieren de igual forma a la madre y al padre.

En algunos casos, de acuerdo a la edad, presentan conductas regresivas como mojar la cama, chuparse el dedo o tornarse agresivos porque es la forma de expresar su ansiedad; pero también hay menores que desarrollan un gran sentimiento de culpa, lo cual inhibe su aprendizaje y cambia su conducta en la escuela.

Los más difíciles de detectar son los que se vuelven “niños buenos”, que no dan problema y más tardíamente reciben ayuda psicológica, explica Estela Rubio Murillo, psicóloga de la Infancia y Aprendizaje Escolar.

Jaime Marchovich precisa que, “esta situación ha alertado a las autoridades del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, que en voz de Dilcya García Espinosa, oficial de Reformas Legislativas e Institucionales, destaca que la Convención sobre los Derechos de la Niñez y particularmente la Ley para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes recoge los lineamientos y los aterriza en el sistema jurídico mexicano reglamentado en el artículo 4° constitucional, mismo que establece: Los infantes tienen el derecho de convivir de manera plena con sus padres y madres, con su familia extendida (abuelos, tíos, primos, etc.), a menos que un Juez determine lo contrario.”[64]

[64] MARCOVICH, Jaime. El Maltrato de los Hijos en Custodia. 2ª edición, Edicol, México, 2004. p. 192.

Con relación a los alimentos, sabemos que los seres humanos que habitan la Tierra, son los que vienen al mundo más desamparados y desvalidos y que permanecen mayor tiempo sin bastarse a sí mismos para subsistir. Alimento, abrigo, techo e innumeras atenciones y cuidados que necesita el infante para sobrevivir, desde antes de su nacimiento y durante los largos años que se lleva la información integral del hombre. Situación semejante al menor suelen presentar ciertos mayores que, por variadas circunstancias: vejez, enfermedad, invalidez, etc., pierden la facultad o nunca la adquirieron de bastarse a sí mismos para cubrir sus necesidades vitales. De ahí la necesaria intervención, del auxilio de otras personas, los padres o allegados más cercanos para proveer a la subsistencia de los incapacitados.

La obligación alimentaria encierra un profundo sentido ético ya que significa la preservación del valor primario: la vida, impuesto por la propia naturaleza a través del instinto de conservación individual y de la especie y por el innato sentimiento de caridad que mueve a ayudar al necesitado. La obligación legal de los alimentos reposa en el vínculo de solidaridad que enlaza a todos los miembros del consorcio familiar, y en la comunidad de intereses, causa de que las personas pertenecientes a un mismo grupo, se deban recíproca asistencia.

La ley toma en consideración para sancionarlo, el deber moral de socorrer a los semejantes. Ésta obligación constituye un deber natural en los casos en que la ley ha omitido consagrarla. Pero ese deber de caridad hacia el prójimo es demasiado vago, débil para crear una obligación legal o natural, de esa forma la ley establece cuándo el vínculo familiar resulta particularmente estrecho.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación al encontrar la justificación de proporcionar alimentos sostuvo: “La razón filosófica de la obligación alimentaria tiene su origen en la naturaleza misma de las relaciones sociales y el sentimiento del altruismo que debe existir entre todos los miembros de la sociedad en que vivimos, por ello, el legislador, estima que la Asistencia Pública no sería posible extenderla a todos los desvalidos que existen en el conglomerado social, ha impuesto la obligación a los parientes más cercanos y en determinados casos, a los que fueran decisivos para determinar la necesidad alimentaria de las personas, situación que en la actualidad se hace efectiva, toda vez que en la ley además de contemplarse a quienes debe proporcionarse alimentos, el alcance del concepto alimentos se ha ampliado.”[65]

Las reformas al Código Civil que el legislador hizo y publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 25 de mayo del 2000, en primer término señalan que en el artículo 1° que las disposiciones del Código Civil regirán en el Distrito Federal, con lo cual a partir de esa fecha el Distrito Federal cuenta con su propio Código Civil; se agregó a dicho Código Civil un Título Cuarto Bis referente a “De la Familia”, comprende los artículos 138-Ter, 138-Quáter, 138-Quintus, 138-Sextus, al resaltar en los mismos que las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y, por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros; que las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por los lazos de matrimonio, parentesco o concubinato, y es deber de

[65] PACHECO, Alberto. Op. cit. p. 166.

los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares.

Consideramos que éstas reformas se han apegado más a la realidad social que vivimos, con lo cual deben ser tendientes a generar en los miembros de una familia, no sólo su cumplimento sino a elevar los valores supremos de cada individuo.

El artículo 164 del Código Civil para el Distrito Federal, además de señalar que los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que convengan para ello. Destaca también que los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar, con ésta reforma consideramos que el legislador pretende dejar bien establecidos los derechos y obligaciones que les corresponde a los cónyuges.

De manera inédita y como un derecho reconocido a la cónyuge en el artículo 164-Bis adicionado al Código Civil para el Distrito Federal con motivo de las reformas citadas, se destaca que el desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se considera contribución económica al sostenimiento del hogar, en la inteligencia de que con las reformas hechas al Código Civil para el Distrito Federal de ninguna manera podrá reputarse a la cónyuge, pareja, madre

como trabajadora, pensar en tal sentido además de cuestionarse el concepto de cónyuge, o madre de un hogar, se dañaría la dignidad de la persona.

En el artículo 259 del Código Civil para el Distrito Federal reformado se previene que en la sentencia que declare la nulidad del matrimonio, el Juez de lo Familiar resolverá respecto a la guarda y custodia de los niños, el suministro de sus alimentos y la forma de garantizarlos, y en el artículo 260 del citado Código Civil para el Distrito Federal, el legislador en observancia y cumplimiento de ese derecho previno que el Juez de lo Familiar, en todo tiempo, podrá modificar la determinación a que se refiere el artículo anterior, atender a las circunstancias del caso y velar siempre por el interés superior de los hijos, con lo cual se pretende dar mayor protección a los menores de edad, en cuanto a su subsistencia y alimentos.

La persona en derecho, como elemento inseparable, necesita un elemento económico que le sirva de sustento en sus aspectos biológico, social, moral y jurídico. Generalmente, el hombre por si mismo se procura lo que necesita para vivir, aspecto que le es inherente al ser humano para la supervivencia y con ello lograr su superación.

Afirmamos que el grupo social, por razones de solidaridad humana, brinda su apoyo, ayuda a favor de aquellos que por alguna razón necesitan que se les asista, que se les socorra en diversas formas para que puedan alcanzar la perfección de sus ideales y sean a la vez responsables y útiles al grupo social al que están integrados.

Los alimentos se presentan como una consecuencia del matrimonio estatuido en el artículo 302 del Código Civil en cita que los cónyuges deben darse alimentos. La ley determinará cuándo queda subsistente ésta obligación en los casos de divorcio, separación, nulidad de matrimonio y otros que la ley señale.

De lo expuesto, se infiere si calificamos de mayor a menor los alimentos y el Derecho de Convivencia, diríamos que es mayor el primero ya que de no alimentarse, el hombre puede morir, no así si deja de convivir con una persona determinada.

III. Beneficio real a los hijos en la custodia.

De conformidad con el artículo 283 del Código Civil, los Jueces gozan de las más amplias facultades para resolver, en la sentencia de divorcio, todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según sea el caso, y en especial a la guarda, custodia y cuidado de los hijos; por lo que si en la sentencia de divorcio se resolvió que ambos cónyuges conservarían la patria potestad de sus menores hijos, y que la guarda y custodia quedaría a cargo de uno de ellos, la fijación de reglas para la convivencia familiar, como un derecho de los padres, inherente a la patria potestad, bien puede pedirse en juicio autónomo o mediante incidente después de concluido el juicio de divorcio.

De conformidad con lo que dispone el artículo 282 apartado B, del Código Civil para el Distrito Federal, el juzgador al resolver sobre el divorcio debe

determinar lo referente a la guarda y custodia de los menores hijos, así como lo relativo al derecho de convivencia, pero siempre acorde con lo que beneficie a tales menores. Por consiguiente, si en el juicio respectivo obran las diversas documentales ofrecidas por las partes, consistentes en copia certificada de la orden de aprehensión dictada contra el interesado como presunto responsable de haber cometido actos libidinosos en contra de sus menores hijas, así como un informe en psicología, y ambas pruebas, concatenadas entre sí, permitieron a la responsable estimar que existe una clara presunción fundada y lógica de que la convivencia del padre con las menores aludidas pueda producir efectos dañinos en la salud, costumbres, y sobre todo, temor y alteración respecto de la figura paterna por parte de sus hijas, ello es concluyente para que el ahora quejoso no tenga derecho a tal convivencia, previniéndose así posibles daños irreparables en perjuicio de dichas menores, cuya decisión no es conculcatoria de las garantías de legalidad y seguridad jurídica.

El beneficio real de los hijos o hacia éstos por parte de sus ascendientes o quienes ejerzan la patria potestad, únicamente consiste en una satisfacción de los padres de saber que se cuida o se está al cuidado de los hijos y pretender hacer de éstos hombres de bien.

IV. Medidas de protección ordenadas por el Juez Familiar, en materia de guarda, custodia y derecho de convivencia.

Como lo señalamos en el punto I de éste capítulo, con las reformas del 3 de octubre del 2008, el Juez de lo familiar, esta facultado para dictar varias medidas

de protección en materia de guarda, custodia y derecho de convivencia en caso de divorcio, así, el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que cuando el cónyuge en forma unilateral promueve el juicio de divorcio, deberá acompañar a su solicitud, la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial donde debe constar lo siguiente:

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.

Como podemos ver, en estas reformas, el juzgador pretendió subsanar lo apresurado de las mismas, previendo un mejor cumplimiento al menos en teoría con relación al interés superior de los menores, lo importante aquí, es, cómo hacerlo efectivo o cumplir con lo dispuesto, es decir, no me parece justo que en los menores, recaiga la falta de sus padres, para ello será necesario que los niños estén auxiliados por un representante pudiendo estos, intervenir en el juicio desde su inicio, para no ser los más perjudicados, por ello, nuestra propuesta estriba, en

que deben modificarse los artículos relativos a los temas tratados, para que en los conflictos de derecho familiar no se le cause a los infantes más traumas y no sigan siendo víctimas de un divorcio, de un fraude en materia de alimentos o del incumplimiento de obligaciones familiares.

Asimismo, se precisa que cuando exista separación o divorcio de quienes ejercen la patria potestad, ambos seguirán con el ejercicio de la misma, y por tanto deberán continuar en el cumplimiento de los deberes que éstas les impone, sin embargo, se podrá acordar por convenio entre los ascendientes o por resolución del Juez de lo Familiar sobre lo relativo a la guarda, la custodia y las visitas con respecto a los menores.

Con relación con lo anterior el artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal, establece lo siguiente.

“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 al procedimiento que fija el título décimo sexto del Código de Procedimientos Civiles.

Con base en el interés superior del menor, este 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.”

De lo anterior se infiere que, los que ejercen la patria potestad tienen el derecho, aún cuando no tengan la custodia de los menores, a la convivencia con sus descendientes, excepto cuando dicha convivencia represente un peligro para la integridad física, psicológica o moral del menor. Por lo tanto, no podrá impedirse ni a los padres o ascendientes ni a los hijos o descendientes la convivencia mutua sin causa justificada y mediante la intervención del Juez de lo Familiar, quien deberá resolver en atención al interés superior del niño. Es por esto que sólo mediante resolución judicial podrá perderse, suspenderse o limitarse el ejercicio de la patria potestad.

Cuando quienes deben ejercer la patria potestad no lo hagan como corresponde, y especialmente cuando no cumplan con la obligación de respeto y de proporcionar una educación conveniente y adecuada, se podrá dar aviso al agente del Ministerio Público de lo familiar para que tome las medidas necesarias y promueva ante el Juez de lo Familiar las acciones que beneficien al menor.

Los que están sujetos a la patria potestad no pueden acudir a juicio, ni contratar, ni vender, rentar, hipotecar o realizar transacción jurídica alguna sin el consentimiento de quienes ejercen la patria potestad. En caso de que exista conflicto entre quienes la ejercen y el menor, se podrá acudir ante el Juez de lo Familiar para que resuelva sobre la diferencia.

De acuerdo con el Código Civil para el Distrito Federal, las medidas provisionales serán susceptibles de determinarse por el Juez de lo Familiar, una vez presentada la demanda de divorcio o antes, en casos de urgencia, como lo establece el artículo 282, en sus apartados A y B, del ordenamiento civil citado.

En ningún caso pueden los padres desconocer las obligaciones que tienen para con sus hijos. Los presupuestos que establece el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, como posible es la resolución judicial, en el sentido de que el cónyuge pierda la patria potestad, se le suspenda en su ejercicio o se le limite y, en el último caso, cuando se conserve la patria, la custodia la tenga el cónyuge sano, no liberan en ningún caso, ni aún en la pérdida de la patria potestad al padre o a la madre de sus responsabilidades, pues quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos (artículo 285 del Código Civil para el Distrito Federal). Esta disposición es de extraordinaria importancia y de estricta justicia toda vez que ningún padre puede desconocer su responsabilidad.

Surgen problemas en relación al cumplimiento de estas obligaciones en los dos primeros casos, es decir, cuando la patria potestad se pierde o suspende. La obligación de dar alimentos es evidente y obligatoria, pero la de ejercitar algunas acciones o representar a los menores, en casos de que el cónyuge que conservara la patria potestad no lo pudiere hacer, sería una obligación supletoria.

Los otros deberes originados de la patria potestad se pierden o suspenden, pues no es posible que sin hacer vida en común, puedan ambos padres ejercer

esos deberes. Por eso podríamos señalar que los deberes derivados de la patria potestad se pierden o suspenden, y las obligaciones se conservan.

El artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, en su primer párrafo, establece, que desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictará 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 de acuerdo a lo establecido en los apartados A y B del mismo numeral.

Respecto a los alimentos, el artículo 287 del Código Civil para el Distrito Federal que regula esta situación fue modificado. Originalmente se decía que los consortes divorciados tenían la obligación de contribuir en proporción a sus bienes, a la subsistencia de sus hijos varones hasta que lleguen a la mayor edad, y de las hijas, aun cuando sean mayores de edad hasta que contraigan matrimonio, siempre que vivan honestamente. Este artículo fue modificado y la redacción actual dice:

“Artículo 287. En caso de que los cónyuges lleguen a un acuerdo respecto del convenio señalado en el artículo 267 y éste no contravenga ninguna disposición legal, el Juez lo aprobará de plano, decretando el divorcio mediante sentencia, de no ser así, el Juez decretará el divorcio mediante sentencia, dejando

expedito el derecho de los cónyuges para que lo hagan valer en la vía incidental, exclusivamente por lo que concierne al convenio.”

De lo anterior se infiere que el convenio a que se refiere el artículo 287, es el que establece a su vez, el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, en donde a grandes rasgos se precisa, que el cónyuge que unilateralmente promueva el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vinculo matrimonial debiendo contener los siguientes requisitos: designar a la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces. También las modalidades bajo las cuales el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas; el modo de atender a las necesidades de los hijos y del cónyuge en caso de proporcionarle alimentos, la designación del cónyuge que hará uso del domicilio conyugal y de sus accesorios, asimismo, la manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide. Para el caso de que los cónyuges estén bajo el régimen de separación de bienes, deberá señalarse la compensación que no podrá ser mayor del 50% del valor de los bienes, siempre y cuando uno de los cónyuges se haya dedicado al cuidado de los hijos.

V. Alternativas de solución para hacer efectiva la guarda y custodia, así como el Derecho de Convivencia de los menores.

Como sabemos, las figuras jurídicas de guarda y custodia van aparejadas con el derecho de convivencia de los menores, y estos a la vez, están

interrelacionados con los alimentos, o al menos, por consecuencia lógica, no se puede disfrutar plenamente de los anteriores, sino se cumple con los alimentos adecuadamente de ahí, que se diga, que una sociedad es saludable y fuerte cuando cuenta con un mínimo de satisfactores que le permitan llevar un nivel de vida aceptable: alimentación, vestido y una vivienda digna.

Ahora bien, la familia dentro de la sociedad, como grupo primario de ésta, es la célula básica y como tal, recibe el impacto de todo cambio que se da en la convivencia colectiva. Los valores vigentes en la sociedad o en el estrato social en que se vive, así como las esencias culturales de una Nación tienen en la familia, el hilo conductor más puro y eficaz, a tal grado que debe ser tarea primordial del Estado mexicano, legisladores, juzgadores, especialistas en derecho familiar, abogados y en general a todas las familias, para que se garantice por medio del derecho una guarda, custodia y derecho de convivencia efectivos, donde el menor, aprenda los valores fundamentales que deben regir su vida, pero sobre todo, que se defienda el interés superior de éste, incluyendo la forma idónea de garantizar los alimentos.

Es urgente, cambiar la visión cultural que tenemos tanto del divorcio, como de la guarda, custodia y del ejercicio de la patria potestad cuando se presente la ruptura matrimonial, es decir, se debe pensar más en los hijos que en los cónyuges porque, quién pierde más, el hijo sin padre, o el padre sin hijo, por ello es urgente que, la familia como institución social única, se le debe preparar desde el seno de ésta para que a su vez dicho mensaje lleve inmerso la realización de

múltiples funciones como son: procreación, protección, manutención, seguridad, asistencia, división del trabajo, producción, consumo, control social, educación, autoridad, religión, recreación, socialización y los progenitores como adultos, deben producir un clima familiar unitario, armonioso y funcional, evitar la disgregación y el caos, razón por la cual sostenemos que los progenitores están obligados a sostener con alimentos a sus hijos, inclusive a los mayores de edad que estudien carrera profesional con buen nivel de aprovechamiento y que los mismos tengan un modo honesto de vivir.

De lo expuesto, consideramos, que la obligación alimenticia, no fue creada por el legislador para enriquecer al acreedor, o para darle vida fácil o dedicada al ocio, sino más bien, para que viva con decoro y pueda atender a su subsistencia, dicha obligación debe estar acorde con la guarda y custodia de los hijos, así como con el derecho de convivencia de los padres para con sus hijos, es más, consideramos que los alimentos deben estar por encima de los derechos de guarda, custodia y el de convivencia, porque se puede prescindir de estos últimos, no así de los alimentos.

Proponemos que la guarda, custodia, derecho de convivencia y ejercicio de la patria potestad deberán ejercerse de acuerdo a lo que establecen los Derechos Universales del Niño, así como los documentos relativos a los derechos del hombre son declaraciones que protegen a toda persona, razón por la cual se aplican al niño, es decir, éste gozará de los derechos del hombre proclamados en la Declaración Universal, porque, tiene derecho a la vida, a la libertad, a la

seguridad de su persona a un recurso efectivo ante los tribunales competentes que lo amparen de los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley. No puede ser sometido a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y tampoco son admisibles las injerencias arbitrarias en su vida, su domicilio o correspondencia.

En estos términos, el menor tiene derecho a la libertad de pensamiento, de opinión y de expresión e incluso a la libertad religiosa. El niño es titular del derecho a la educación, cuyo objeto es el pleno desarrollo de su personalidad y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, los padres poseen con referencia, la facultad de escoger el tipo de educación que habrá de dar a sus hijos, procurando lo mejor para éstos.

Retomando el tema que nos ocupa, es importante señalar, lo más importante de la Declaración de los Derechos del Niño, que servirá como base a las alternativas de solución que proponemos.

La declaración, precisa que el niño gozará de una protección especial para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Siempre que sea posible, deberá crecer bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente da afecto y de seguridad moral y material.

De lo anterior, se infiere que si se toma en cuenta lo que establecen los ordenamientos internacionales y nacionales, el interés superior del niño, está

garantizado, únicamente falta dar cumplimiento a lo escrito y ésto, se logrará mediante los organismos idóneos que los legisladores propongan por medio de asesoría de especialistas del derecho familiar que los orienten a tal acto.

La declaración al igual que el Código Civil para el Distrito Federal, reiteran que el menor, debe ser protegido contra toda forma de crueldad, abandono, explotación y falta de alimentación; lo importante aquí, es cómo se va a dar cumplimiento a tal acción. La respuesta, es sencilla urge un cambio de cultura en estos tópicos, pero sobre todo, legislaciones adecuadas al respecto, hechas por especialistas de la materia.

Con lo anterior, se intenta llenar las lagunas existentes en los instrumentos nacionales. Aunque la comunidad internacional ha puntualizado que la existencia de un marco jurídico, no es suficiente para asegurar la protección del niño, sino más bien, dar relevancia a la consagración formal de sus derechos, por constituir un instrumento ordenador de las acciones concretas, así como también se le deben crear condiciones favorables que le permitan una participación activa y creadora en la vida social.

Las disposiciones relativas, a la guarda, custodia y derecho de convivencia, aunque puntualizan el respeto del interés superior del menor, no son suficientes al respecto, por ello, proponemos que tales disposiciones, deben garantizar al niño, cómo, estar en condiciones de formarse un juicio propio, para expresar su opinión de manera libre en todos los asuntos que lo afectan, incluyendo la guarda,

custodia y patria potestad es decir, como hacerlo reflexionar para vertir su opinión de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional.

Se debe reconocer el derecho del niño a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques físicos, morales, económicos y sexuales contrarios a su honra y reputación, es decir, debe erradicarse el Síndrome de Alienación Parental, tan frecuente en los divorcios.

Dentro de las alternativas de solución para un adecuado ejercicio de la guarda y custodia, se debe tener presente en primer término que la responsabilidad principal de los padres debe ser la manutención, guarda, custodia, convivencia y el interés del menor. Asimismo, los tres poderes, deben contribuir a la asistencia apropiada a los padres y tutores para el desempeño de sus funciones, proponiendo la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

Es urgente que en los artículos del Código Civil para el Distrito Federal, relativos a la guarda y custodia de los hijos menores, se adopten todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas, mientras el menor se encuentre bajo la custodia de sus padres o de cualquier persona que lo tenga a su cargo, para protegerlo contra toda forma de abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, porque de acuerdo con el divorcio express existente, pareciere importarle más al legislador la

desunión del vínculo matrimonial, así como la posibilidad que los cónyuges contraigan nuevo matrimonio, que el destino de los menores.

Estas medidas de protección, deben comprender procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales de prevención y tratamiento de los casos de malos tratos, porque actualmente, a pesar que en algunos artículos, todavía se menciona la violencia familiar, desapareció del Código Civil para el Distrito Federal, la sanción o cómo, hacerla efectiva. Ante esta circunstancia el Estado mexicano debe serle obligatorio adoptar medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica del niño, en los casos de que haya sido víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, cuando el Estado mexicano a través de sus leyes no pudo proporcionarle la atención ni prestación de la justicia adecuada.

Otra alternativa de solución a la problemática planteada, será, evitar la violación de los derechos familiares de los menores de edad, cuando se decrete un divorcio, es decir, los menores deben ser escuchados, al plantearse la demanda de divorcio de sus padres y no sólo, resentir los efectos de una sentencia, en la cual, no fueron parte, pero que les causará perjuicios. Asimismo, debemos preocuparnos, porque el menor, no sea separado de sus padres contra la voluntad de éste, excepto cuando las autoridades competentes previos estudios realizados por peritos expertos en distintas ciencias dictaminen los propio, sólo en estos casos, y de conformidad con la ley será viable tal acto.

De igual forma, proponemos adoptar las medidas para luchar contra los traslados ilícitos de los menores al extranjero, así como su retención, para lo cual se debe promover la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes, porque no es justo que en los menores recaiga la falta de sus padres. Debe legislarse a favor de los niños para que ante cualquier conflicto de los anotados los menores actúen a través de un representante (tutor, judicial o dativo) y puedan desde el inicio del problema familiar, opinar o intervenir para no ser los más perjudicados en tratándose de guarda, custodia compartida y derecho de convivencia.

C O N C L U S I O N E S

P R I M E R A. La evolución histórica de la guarda, custodia y Derecho de Convivencia, denota un debilitamiento de la autoridad paterna como ésta se le concebía en la antigüedad, pero también encierra un acercamiento entre los derechos de la mujer y de los menores con el padre.

S E G U N D A. Para el derecho romano, la autoridad paterna era tal que éste, decidía sobre la voluntad y destino de la esposa e hijos. Aquí no importaba la protección de los hijos o cuidado de éstos sino el interés del jefe de familia.

T E R C E R A. En Francia, al igual que en España la situación de la mujer e hijos era similar a la romana, cuya legislación tuvo una gran influencia en estos países e incluso llegó hasta nuestro país.

C U A R T A. Por Guarda se entiende la actividad que una persona física o moral tiene de otra capaz o incapaz que no puede valerse por sí mismo, ya sea que dicha guarda se haya otorgado por sentencia judicial o se haya asumido voluntariamente.

Q U I N T A. La custodia significa el derecho que se tiene de cuidar o resguardar a otro de manera voluntaria o por sentencia judicial.

S E X T A. El término “compartida” está mal empleado en la legislación civil, razón por la cual, este debe cambiarse por alternancia, ya que al menor no se puede compartir.

S É P T I M A. El derecho de convivencia, es un derecho innato en el hombre que sólo puede restringirse o suspenderse por los limitantes que la propia ley establece, pero en relación a los hijos éste derecho existe por la exigencia social y moral existente por los lazos consanguíneos y de parentesco existente entre padres e hijos.

O C T A V A. El interés superior del niño, consiste en que se debe proteger y resguardar lo que más convenga al menor para su desarrollo psicoemocional adecuado y hacer de éste un hombre de bien.

N O V E N A. Lo que se pretende con la guarda y custodia alternada o compartida es que el menor pueda disfrutar de la convivencia con ambos padres aunque en forma esporádica, siempre y cuando éstos observen y tengan buena conducta y estén al pendiente de los alimentos del menor.

D É C I M A. Para dar solución a la problemática planteada, el legislador debe tomar en cuenta que la guarda, custodia y derecho de conviencia va a la par con el derecho de los menores e incapaces a recibir alimentos y que no pueden existir los anteriores si no se han satisfecho de manera idónea éstos.

D É C I M A P R I M E R A. Mas que procurar el Derecho de Convivencia y disputa de la guarda y custodia, el legislador deberá buscar los remedios legales apropiados para garantizar éstos últimos, los cuales siempre deberán ser en dinero.

D É C I M A S E G U N D A. La instauración de un Código Familiar tipo para los Estados Unidos Mexicanos, será la solución a la problemática de la Guarda, Custodia y Derecho de Convivencia de los menores para instaurar Consejos de Familia, los cuales estarían adscritos a los Juzgados Familiares para dar seguimiento a todos los casos relacionados con los Derechos anteriores y ver qué es lo más conveniente para el menor, dichos Consejos estarían integrados por el personal humano y profesional adecuado para discernir lo más conveniente para el menor y la familia.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía BUENROSTRO BÁEZ. Derecho de Familia. 1ª edición, Oxford, México, 2005.

BELLUSCIO, Augusto César. Derecho de Familia. T. III, 1ª edición, Depalma Ediciones, Buenos Aires, República de Argentina, 1981.

BERNAL, Beatriz y José de Jesús LEDESMA. Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neo-romanistas. 2ª edición, Porrúa, México, 1983.

BUSSO, Eduardo. Derecho Elemental de la Patria Potestad. 2ª edición, Harla, México, 1980.

CICÚ, Antonio. Derecho de Familia. 3ª edición, Trad. de Santiago Sentis Melendo, Themis, Madrid, España, 1967.

COVIELLO, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil. 3ª edición, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno-filiales. 2ª edición, Porrúa, México, 2003.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil. Familia. 1ª edición, Porrúa, México, 2008.

FLORÍS MARGADANT, Guillermo S. El Derecho Privado Romano. 13ª edición, Esfinge, México, 1985.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro. Curso Histórico-Exegético del Derecho Romano. T.I. 3ª edición, Abeledo-Perrot, Madrid, España, 1963.

GONZÁLEZ, Martín. Adopción Internacional. 1ª edición, UNAM, México, 2006.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Et. al. Compendio de Términos de Derecho Civil. C-D. 1ª edición, Porrúa-UNAM, México, 2004.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y Susana ROIG CANAL. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000. 1ª edición, Porrúa, México, 2003.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? Vol. II. 1ª edición, Promociones Jurídicas y Culturales, S. C. México, 1992.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Et. al. Responsabilidad Civil. 1ª edición, Rubinzal-Culzoni, editores, Buenos Aires, República de Argentina, 2007.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Proyecto de Código Familiar tipo para los Estados Unidos Mexicanos.1ª edición, Porrúa, México, 2004.

HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón y María PÉREZ-PORRÚA SUÁREZ. El Divorcio. 2ª edición, Porrúa, México, 2004.

JIMÉNEZ GARCÍA, Joel Francisco. Derechos de los Niños. 1ª edición, Cámara de Diputados LVIII Legislatura-Universidad Nacional de México, 2000.

LECHUGA MARTÌNEZ, José Luis. En compendio de Términos de Derecho Civil. T. G-I. 1ª edición, Porrúa-UNAM, México, 2004.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T.III. 1ª edición, Porrúa, México, 1988.

MARCOVICH, Jaime. El Maltrato de los Hijos en Custodia. 2ª edición, Edicol, México, 2004.

MORINEAU IDUARTE, Marta y Román IGLESIAS GONZÁLEZ. Derecho Romano. 4ª edición, Oxford, México, 2003.

PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. 18ª edición, Porrúa, México, 2002.

PACHECO, Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. 3ª edición, Panorama, México, 1992.

PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT Derecho Civil. 1ª edición, Vol. 8. Biblioteca Clásicos del Derecho, Trad. De Leonel Pérez Nieto Castro, México, 2000.

ZAVALA PÉREZ, Diego. H. Derecho Familiar. 1ª edición, Porrúa, México, 2006.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 2ª edición, Sista, México, 2009.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Sista, México, 2009.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Sista, México, 2009.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Código Civil para el Distrito Federal. 73ª edición, Revisada, actualizada y acotada. Porrúa, México, 2005.

LEY DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Alco, México, 2009.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 19ª edición, Porrúa, México, 1993.

Diccionario de la Lengua Española. 10ª edición, Salvat, Madrid, España-México, 2004.

Diccionario Jurídico Mexicano. T. D-H. 13ª edición, Porrúa Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1999.

ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. 1ª edición, Gamier Hermanos, Libreros Editores, París, 1982.

Enciclopedia Jurídica Omeba. T. VIII. 10ª edición, Dris-Kill, Buenos Aires, República de Argentina, 2000.

OTRAS FUENTES

Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Comisión de Atención a Grupos Vulnerables. Debate de las Reformas. México 2004.

Exposición de Motivos de las Reformas del 6 de septiembre de 2004 al Código Civil para el Distrito Federal Código de Procedimientos Civiles, Código Penal ambos para el Distrito Federal en Materia de Guarda, Custodia y Derecho de Convivencia de los Menores sujetos a patria potestad, México, 2004.

Semanario Judicial de la Federación. T. XL, 2ª Sala, 9ª época, junio-agosto, México, 2000.

Semanario Judicial de la Federación. Tercera Sala, Amparo Directo 4029 de 1967, Mayo-Junio, México, 1967.