



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**NECESIDAD DE REALIZAR UN ESTUDIO Y TERAPIA PSICOLÓGICOS A
LOS PADRES Y MENORES, PARA EL OTORGAMIENTO DE LA
GUARDA Y CUSTODIA**

TESIS

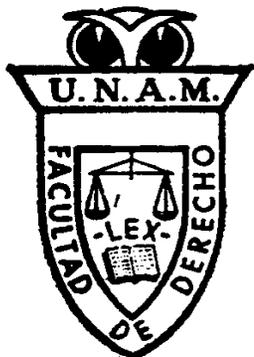
**QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO**

PRESENTA

SUSANA SEDANO CORDOVA

ASESORA

LIC. MARIA DEL CARMEN MONTOYA PEREZ



MÉXICO D.F.

FEBRERO 2010



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A LA VIRGEN DE GUADALUPE Y A DIOS NUESTRO SEÑOR

Por haberme regalado la oportunidad de desarrollar este trabajo, librándome de todo obstáculo o duda que pudieron ser motivo de impedir su culminación.

A MAMI MARY QUE NO ESTA FISICAMENTE CONMIGO.

Pero que desde el cielo recibe este trabajo de tesis que yo le prometí.

A MI HIJO RICARDO OMAR Y A MI HIJA GEIZEL BRENDA.

Por haber creído en mí, darme su confianza, su impulso y su gran amor.

A MI ESPOSO Y COMPAÑERO DE VIDA, EDUARDO.

Por lograr con su amor y nobleza, que no me desesperara y siguiera adelante hasta concluir.

A MIS PADRES, MARILÚ Y SERGIO.

Por sus palabras de aliento, por su apoyo incondicional y por todos estos años de perseverar en que yo realizara este trabajo.

A MIS HERMANOS, CLAUDI, MARY Y SERGIO.

Porque después de todos estos años sin hacer este trabajo, todavía tenían esperanzas en que lo intentaría y lo lograría.

A MIS CUÑADOS, OCTAVIO Y SERGIO.

Por mantener una postura de hermanos y darme su tiempo y apoyo para la conclusión de este trabajo.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO.

Por haberme regalado el privilegio de pertenecer a su cuerpo de estudiantes.

A ESTA HONORABLE FACULTAD DE DERECHO.

Por ser un miembro más en esta carrera, por los conocimientos que cada catedrático en clase me permitió recibir y aspirar a ganarme un título profesional.

A MIS ASESORES EN ESTE TRABAJO, LA LIC. MA. DEL CARMEN MONTOYA PEREZ Y AL PROFESOR JOSÉ AURELIO ZALDIVAR VAZQUEZ.

Por corregirme este trabajo con gran dedicación, con tolerancia y con respeto.

INDICE

“NECESIDAD DE REALIZAR UN ESTUDIO Y TERAPIA PSICOLÓGICOS A LOS PADRES Y MENORES, PARA EL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA”

	Pág.
INTRODUCCION	I
<u>CAPÍTULO PRIMERO</u>	
1. Antecedentes Históricos de la Guarda y Custodia en el Derecho Familiar	1
1.1 Roma	1
1.2 Argentina	7
1.3 España	21
1.4 México	30
1.4.1 México, la Época Prehispánica	30
1.4.2 México y su Derecho Colonial	34
1.4.3 México Independiente	41
1.4.4 México y sus Códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928	46
<u>CAPÍTULO SEGUNDO</u>	
2. Conceptos Generales	59
2.1 Guarda y Custodia de Hijos	59
2.1.1 Naturaleza jurídica y características de la guarda y custodia	61
2.2 La Psicología como Disciplina	64
2.3 Requisitos para conceder el otorgamiento de la guarda y custodia	71
2.3.1 Estudio Psicológico	74
2.3.2 Declaración de los Menores	78
2.3.3 Interés Superior del Menor	81
2.3.4 La intervención del “Mediador Familiar”	85

CAPÍTULO TERCERO

3.Marco Jurídico de la Guarda y Custodia	91
3.1 Declaración de Ginebra de 1924 y 1959	91
3.2 Convención sobre los Derechos del Niño	97
3.3 Código Civil vigente para el Distrito Federal	104
3.4 Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal	110
3.5 Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes	114
3.6 La Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal	117

CAPÍTULO CUARTO

4. Propuestas Actuales, el Determinismo y lo Determinante del Otorgamiento de la Guarda y Custodia de los Hijos	120
4.1 Justificación de Propuesta. Elementos limitados, y alternativos con que cuenta el Derecho Familiar en materia de Guarda y Custodia	120
4.2 Contenido de los resultados del estudio psicológico, para determinar la guarda y custodia de los menores hijos	121
4.3 Reestructuración del “Asistente de menores”	123
4.4 Propuesta de regulación de la continuidad de las terapias psicológicas para los menores en caso de separación de sus progenitores	124

CONCLUSIONES	126
---------------------	-----

ANEXO 1	129
----------------	-----

ANEXO 2	141
----------------	-----

ANEXO 3	146
----------------	-----

BIBLIOGRAFIA	150
---------------------	-----

INTRODUCCION

En 2006 el Poder Legislativo aprobó una reforma que modificó el artículo 283 en el Código Civil vigente para el Distrito Federal en materia de Derecho Familiar, la cual nos lleva a encontrar actualmente una guarda y custodia, a la par con las visitas de forma diferente, pues una es compartida y la otra es asignada judicialmente, sin embargo, este trabajo pretende presentar una disciplina muy en evolución actual, la Psicología, pues ha dado muestras de una gama infinita de herramientas que, de ser aprovechadas por el Derecho de lo Familiar en materia de “Guarda y Custodia”, sería ya una realidad asertiva esa asignación de un Juez de lo Familiar y probablemente existiría a la par una actualización más profunda y humana, en el sentido de que el fin último del Derecho, consiste en perseguir el bien común sobre todo, cuando se trata de las familias, tradicionales o modernas, pero familias.

Este trabajo se integra de Cuatro Capítulos, que en su Primer Capítulo presenta los Antecedentes Históricos de la Guarda y Custodia en el Derecho Familiar, iniciando con el Derecho Romano planteando que existía “la familia”, pero sólo una figura denominada “*Paterfamilias*” fungía hasta su muerte, como guardador, custodiador, padre y dueño de la familia; pues hasta la esposa pasaba a calidad de hija. En Argentina, otro país que también se analiza y del cual se expone que su Derecho Familiar todavía no se ha modernizado, aunque en la actualidad, poco a poco ya lo está haciendo, siguiendo al Derecho Anglosajón en materia familiar; En España, país europeo de igual forma se describe que en materia familiar nos ha regalado sus implicaciones novedosas y avanzadas en materia familiar, y en especial lo que se debe hacer respecto a guarda y custodia de hijos de padres divorciados y de familias monoparentales, actualmente muestra cómo ya está aprovechando a la Psicología y sus herramientas en el Juicio de Divorcio, para el otorgamiento de la guarda y custodia de hijos.

Y finalmente se plantea una reseña de lo que sucedía con los hijos cuando sus padres se separaban y cómo y cuándo nace y se implementa el divorcio en México, mostrando tres épocas: la Prehispánica, la Colonial y la Independiente; y además

define el funcionamiento de lo relacionado a cómo y quién estaba a cargo de la guarda y custodia de los hijos; asimismo presenta cómo se manifestó la Legislatura sobre la materia Familiar al Codificar en nuestro primer Código Civil (el de 1870), donde se planteó por primera vez lo concerniente a las personas y el giro de 180 grados que da en el Código de 1928 en materia de lo Familiar.

En el Segundo Capítulo se hace una exposición de Conceptos Generales, como lo son la guarda y custodia, temas centrales de este trabajo, ambos conceptos plantean lo que significan desde un punto de vista coloquial hasta el amplio e importante concepto de lo que significa en materia Familiar dentro del Derecho Civil Mexicano; también se hace una extensa descripción de lo que la disciplina "Psicología" significa, su funcionamiento y lo que lograría aportar como ciencia a la materia Familiar; qué requisitos se tendrían que llenar para ser sujeto apto, psico-emocional y mentalmente, para otorgarle judicialmente la guarda y custodia de los hijos después del divorcio. Qué estudios psicológicos deberían aplicarle al candidato para éste otorgamiento, antes de concederle esta responsabilidad tan seria como lo es el cuidar y educar a los hijos para sus vidas adultas y estas sean lo más sanamente posible. Así también, tomar en cuenta la narración de cómo se siente el menor hijo antes, durante y después del proceso de divorcio; consultar al mismo Psicólogo, para que éste funcionario alerte al Juez antes de decidir en Sentencia el interés Superior del menor. Y el tema último y más moderno por la reforma de 2005, al respecto se plantea la función limitada, poco importante y extrajudicial del Asesor de Familia, no por ser malo este nuevo implemento, sino porque su función no tiene una relevante intervención dentro de un otorgamiento de guarda y custodia de hijos en el Juicio de Divorcio, además no tiene que ser de profesión Psicólogo forzosamente, y los resultados de su función no determinan intrínsecamente lo que dispone el Juez de lo Familiar en Sentencia. Asimismo se expone cómo se acaba, pierde y suspende con la patria potestad, jurídicamente la guarda y custodia.

En el Tercer Capítulo, se refiere en el Marco Jurídico de la guarda y custodia, desde la Declaración de Ginebra de 1924 y la de 1959, donde nace una verdadera

preocupación a nivel mundial, por los niños y se unen diferentes Naciones para pretender iniciar legislar sobre sus derechos como personitas, después se expone lo que la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989, brinda en riqueza de exigencia a todas las Naciones para que se promulgue una Ley que proteja los derechos de los niños y niñas y cómo lo hace. Después se explica dónde se localizan los artículos que contiene lo relativo a todos los temas que se describen en el Segundo Capítulo, que se encuentran contenidos en el Código Civil y de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal vigente en materia de lo Familiar y se menciona la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la cual induce a la sociedad a que se conduzca con respeto, tomando en cuenta todo lo que debemos proporcionar u omitir en nuestro diario vivir para cumplir con el objetivo de esta Ley, que es el proteger a la niñez y respetar sus derechos.

El Cuarto Capítulo pertenece a la recopilación de las propuestas justificadas, para la realización de este trabajo de Tesis. Tratando de lograr que el otorgamiento de la guarda y custodia de los hijos, después del divorcio no se base sólo en un muy respetable, experimentado y superior criterio de un Juez de lo Familiar; sino con un tanto de humildad profesional, permitirle a la Psicología, disciplina muy en evolución, le proporcione sus propios avances para que esa disposición sea lo más cercano a lograr, por encima de rangos y posturas profesionales, el INTERES SUPERIOR DEL MENOR y nada más, como lo más relevante en materia del Derecho Familiar.

Y este trabajo, termina con todos los puntos y preceptos que se pueden renovar en materia de guarda y custodia.

CAPÍTULO PRIMERO

1. Antecedentes Históricos de la Guarda y Custodia en el Derecho Familiar

1.1 Roma

En Roma en el siglo III a. de C., la familia es definida como un cuerpo totalmente distinto de nuestra sociedad doméstica de la familia natural en el sentido moderno. Lo genuino, lo característico que define un gobernador de entonces Ulpiano¹, como “familia proprio iure” que significa que la familia se funda en la sujeción a la potestad de un *Paterfamilias* viviente, éste es el esposo y padre en ese grupo de personas, quien ejerce el *manus* y la *potestas* maritales sobre la esposa y la *potestas* o patria *potestas* y la guarda y custodia de los hijos; la *mancipium* sobre otros hijos entregados en venta y la *dominica potestas* sobre los esclavos, principales personajes que pudieron ser integrantes de ese grupo llamado familia. Así iniciamos el estudio del Derecho Romano, el principal antecedente y gran fuente histórica de nuestro Derecho Civil en materia familiar.

Por lo tanto, se entiende que el Derecho Romano está integrado por los ordenamientos, normas, instituciones y figuras de carácter jurídico, que regularon la vida de los romanos a lo largo de su historia y que tienen gran influencia en diversos sistemas jurídicos contemporáneos, principalmente en los de origen latino, como es el caso de nuestro Derecho Mexicano. La principal fuente del Derecho Romano que fundamenta casi en su totalidad a nuestro Derecho, es el Documento denominado “Ley de las Doce Tablas”, el cual no era más que el resultado de una comisión especial, una máxima que rige a la ciudadanía romana y a casi toda la ciudadanía latina. Esta Ley es una recopilación de las leyes griegas en aquella época. La tabla IV regía al Derecho de Familia, el cual pertenecía a la rama del Derecho Privado Romano, es decir la que regulaba el ámbito de lo civil, las relaciones familiares y todas aquellas figuras e instituciones jurídicas de donde emana la regulación de los derechos de los menores hijos, los cuales a su vez son reclasificados pues no todos

¹ Iglesias, Juan. “Derecho Romano e Instituciones de Derecho Privado”, 7ª ed., Ed. Ariel, Barcelona 1982, PP. 548 y 549

tenían la calidad de persona.

En el Derecho Romano los hijos estaban sujetos a la tutela paterna mientras no formaran su propia familia, y ésta tutela familiar sólo era ejercida por el tutor (“*adoptio*”) o por el curador personas “*sui generis*”. Como el *Paterfamilias* estas personas dentro de la familia no se encuentran sujetas a ninguna autoridad y podrán ejercer sobre los que dependen de ellos los poderes siguientes: la patria *potestas*, la *manus* y la *mancipium*². Según el lugar y origen de su integración a su “*familis*” (familia) estaban sujetos a esa patria *potestas*, la cual lo facultaba para ejercer la patria potestad, guarda, custodia y patrimonio del menor, debiendo los menores hijos en su calidad de “*alieni iuris*” de “*familia agnatio*” (prácticamente como integrante de una familia, pero sujeto a la autoridad del *sui generis*) estar sin voto ni derechos, solamente los permitidos por su responsable, con una serie de restricciones, preparación bélica, así como condicionarlos y someterlos a restricciones sin que, en ningún momento en esa época en Roma, tuviera alguna importancia lo que el menor pensara, sintiera, dijera o hiciera, pues esto se encontraba negado pero jurídicamente sustentado y bajo una estricta vigilancia.

Sin importar la edad, hasta un recién nacido podría ser un *Paterfamilias*³ por mandato en una sociedad patriarcal típica de la antigüedad; estos personajes de acuerdo a la historia de Roma en general eran adultos, eran los que trabajaban para sostener la casa y tomaban las armas en caso necesario para defenderla y por tanto para toda la familia la única autoridad. Eran quienes tenían la responsabilidad de dirigir a la familia de manera adecuada a sus intereses, no sólo dentro de la propia unidad familiar, sino de la *gens* (grupo religioso) a la que pertenecía y a la que estaba unida por vínculos sagrados.

El “*Paterfamilias*” es la máxima autoridad en la *domus* romana (familia)⁴, gracias a

² Morineau Iduarte, Marta y Román Iglesias González, “Derecho Romano”, 3a.ed. Ed. Harla, México, 1993, Pág.49

³ Ibídem Pág. 50

la patria potestad que ejerce en los hijos hombres, no en las mujeres, sólo ellos tendrían el privilegio de ser reconocidos como personas, dentro de su familia y fuera de ella en la *gens* (comunidad a que pertenecía esta familia) y además sería a la postre el heredero de los derechos de su "*Paterfamilias*", aún la propia esposa y madre biológica de este hijo, no tenían el menor derecho ni mucho menos cuenta con la más mínima autoridad sobre los mismos, pues ella jurídicamente pasa a la calidad de hermana, mientras el "*Paterfamilias*" dispone cual será la ley en Roma, la patria potestad no fue sólo un hecho jurídico reglamentado sino, una consecuencia de la tradición que los romanos seguían por considerarla sagrada.

Gracias a ello, el "*Paterfamilias*" tenía poder legal sobre todos los miembros de su familia, además del poder que le daba ser su mantenedor económico o su representante ante los órganos políticos de Roma. Así mismo todo ser humano que reuniera las cualidades de libertad, ciudadanía y de ser "*sui iuris*" era una "persona" con carácter de respeto⁵ para el Derecho Romano.

La patria potestad es definida como la patria potestas o potestad paterna, es en la actualidad el conjunto de derechos y obligaciones que ejercen los padres o los abuelos paternos o maternos sobre la persona y los bienes de los hijos del matrimonio. En Roma esta potestad era ejercida exclusivamente por el *Paterfamilias*, quien tenía poder vitalicio sobre los miembros de la familia civil o *agnaticia*, poder incluso sobre la vida y la muerte de los mismos. No podía ejercerse más que por un ciudadano romano sobre un hijo también ciudadano⁶.

Este a su vez podía ser titular de derechos y sujeto pasivo de obligaciones, pero no siempre podía ejercerlos, por razones de sexo o por falta de edad, eran considerados „incapaces" toda persona menor de veinticinco años, y al cumplirlos comenzarían su primera etapa sexual, y hasta entonces serían escuchados. Debían pasar por etapas clasificada desde la "*infantia*" que se nombraban "*infans*" hasta

⁴ Margadant S., Guillermo Floris, "El Derecho Privado Romano", 26ª ed., Edit. Esfinge Edo. De México, 2005, Pág. 196

⁵ Ídem

⁶ Consulta. html.rincondelvago.com/derecho-romano_43.html fecha 9 de enero de 2010, 12:54 a. m.

llegar a los siete años, a partir de los ocho hasta los doce años en los varones y, las muchachas a los catorce años, etapa de "*maiores infans*" se les nombra en general "*impúberes*" sin capacidad para exigir obligaciones pero con comprensión de sus actos, y durante esta etapa de juventud se les denomina "*minores vaginti quinque annis*" (púberes menores) entre el comienzo de su pubertad y la llegada de los veinticinco años⁷.

A la familia se le define como el conjunto de personas ubicadas bajo la autoridad de un mismo jefe, el *Paterfamilias*, y ligadas por la *agnatio*; es decir, el parentesco consanguíneo. La familia comprende al *Paterfamilias*, que es el jefe, a los descendientes que están sometidos a su autoridad paternal y a la mujer *in manu*, en calidad de esposa sometida a una condición análoga a la de una hija⁸.

La *infantia*, *minores infans*, descritos con antelación, sin discernimiento para darse cuenta de la importancia y las consecuencias de un acto jurídico. Se contemplaba que, contarían con la garantía de que a su *mayor infantia* como lo dicta esta etapa, ya adquiriría la comprensión del alcance de sus actos, fundado en el mayor desarrollo de su intelecto; sin embargo, para que pudiera realizar actos de tono jurídico, sin la intervención de ningún representante, tutor, o curador o el propio "*Paterfamilias*", inicialmente en este antiguo Derecho Romano era la edad de impúberes.

Pero se analizó por los pretores (figura romana que aplicaban, imponían, discernían y ejecutaban, las leyes) personajes similares a los legisladores actuales, que el desarrollo en los menores, que presentaban físicamente no era el mismo en lo mental, ya que también se les reconocían mínimos derechos como "*alieni iuris*",⁹ porque, a su mayoría de edad, después de los 25 años, los pretores establecieron el seguirlos protegiendo hasta las últimas consecuencias, un año útil posterior.

⁷ Margadants S., Guillermo Floris. Pág. 197, Ob. cit.

⁸ Consulta. html.rincondelvago.com/derecho-romano_43.html, Ob. Cit.

⁹ Margadant S., Guillermo Floris. Pág. 198, Ob. cit.

Se consideraba prudente colocarlos bajo cierta vigilancia de personas capaces, como del “*Paterfamilias*”, o bien un tutor o curador; así fue como se fueron creando diversas *actions* (acciones) que protegían y garantizaban su seguridad pública a través de una medida denominada “*action in integrum restitutio*”, la cual podía ejercer el menor cuando un acto fuese realizado por sus representantes, sin consultárselo o en contra de su voluntad. Existía que si durante su minoría instauraba la petición de esta acción, procediera el acto realizado por el representante indistintamente, se declaraba “*allieni iuris*” o no hecho el acto” y perdía todo efecto y las cosas regresaban a su estado primitivo¹⁰.

El tutor, figura jurídica importante, que codificaba y protegía los derechos de los “*minores*” en Roma, destaca la tutela según Servio Sulpicio, contemporáneo de Cicerón, definió la tutela como el poder dado y permitido reconocido por el Derecho Civil de aquella época romana, que consistía en tener sobre una cabeza la libertad para proteger a quien a causa de su edad¹¹, no puede defenderse a sí mismo. Esta figura cobra una máxima autoridad donde el “*minor*” tendría casi garantizada su protección y guía a lo largo de su *infantia* y pubertad, ya que se entendía que debía existir un elemento más hacia el pupilo, denominación del “*minor*” representado en esta relación jurídica, pues el lazo entre ellos no era consanguíneo sino con un matiz emocional afectivo.

En su desempeño el pupilo personalmente, si realizaba un acto jurídico, para que se validara plenamente, debería de ser en compañía de su tutor, ya que el efecto de su presencia era determinante para lograr que ese acto tuviera validez jurídica.

Otra de las misiones del tutor era la de realizar gestiones como la administración de los bienes de su pupilo, *regenta* (cuidar y responder por los mismos) y practicar la “*Negotia gerit*” gestión que consistía en que el tutor realizaría sólo un acto de tinte jurídico y tal vez mercantil, donde la intención primordial de este hecho era para conservar intacto el patrimonio del infante, previéndose esto le era solicitado al tutor

¹⁰ *Ibidem* PP. 222-223

¹¹ *Ídem*.

realizar un inventario de todos los bienes con los que contaba el pupilo antes de iniciar su tutoría, con el objeto ya mencionado de entregar a su pupilo estos mismos bienes señalados y en buen estado, ya que de lo contrario se expondría a que a petición del propio pupilo, o del pretor, se le condenara por fraude, y de ser así el tutor quedaría condenado a reparar el daño¹².

El curador, de acuerdo con el criterio del autor en comento, no era menos importante, ya que contaba con el privilegio de ser un sabio consejero para la “inexperiencia”, así determinada de los “*púberes menores*” antes de los 25 años, los curadores apoyaban a los menores de edad para tomar buenas y mejores decisiones de vida en el desarrollo de esta etapa: en la época de Marco Aurelio, como lo describe el Profesor Margadant, estos “*minores*” podían pedir a un curador durante toda su minoría (en esta relación jurídica, el “*minor*” casi en general pretendía escoger él mismo al curador), sin embargo, por regla general, el curador no se imponía en contra de la voluntad del *minor* y sí ese curador era para una “*minor mujer*”, esa relación no terminaba nunca mientras los dos existieran¹³.

La primordial función del curador era la de proteger el patrimonio del *minor*, de hacerse cargo de que quienes deseaban negociar con los mismos “*minores*” cumplieran legalmente. Y si no se contaba con esta figura, el que negociaba podía solicitar que el *minor* nombrara un curador, cuando la operación por realizar se tratara de sostener un proceso, de recibir cuentas de la tutela o de recibir un pago, así que sólo cuando el impúber se encuentra en cualquiera de estos casos, debía de requerir la intervención incondicional de un curador. Es evidente que el Derecho Romano es fuente de nuestro Derecho Mexicano y que en la actualidad se sostienen sus fundamentos preponderantemente entre otros.

Los capítulos referentes a la patria potestad y a la tutela, normatividad que sostuvo adecuadamente en aquella época a México, la rigidez era clara y concisa sobre la familia, pero en nuestro país se ha logrado una gran evolución jurídica continúa a

¹² Ibídem PP. 224-225

¹³ Ibídem PP. 224-225

través de los años hasta la actualidad, sobre todo en el Derecho Civil, fundamentalmente en lo relativo a la familia; el valor de sus integrantes y el interés superior del menor, observa minuciosamente los aspectos psicológicos, mentales y educativos, por lo que el Derecho Romano en ésta nación actualmente se encuentra obsoleto para la presente evolución que han tenido las instituciones del Derecho Familiar.

1.2 Argentina

Carlos H. Vidal Taquini, catedrático de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, e investigador afirma que la “Familia en Argentina, es el grupo de personas unidas por vínculos jurídicos, en la medida y extensión determinada por la ley, que surgen del matrimonio y de la filiación legítima, ilegítima y adoptiva”¹⁴. La familia es una institución social, la ley impone la regulación no sólo al matrimonio, sino también a la filiación y a la adopción. La calidad de miembro de la familia depende de la ley y no de la voluntad de las personas. Argentina es una nación, donde los legisladores de acuerdo con este autor, han considerado a lo largo de la vida del país, definir la naturaleza jurídica de la familia.

Las funciones que surgen en este grupo denominado familia en Argentina , en su evolución histórica se encuentra que este se caracteriza, a través principalmente de la importante y reducida sujeción (de los integrantes de la familia a uno de sus miembros), la convivencia (los miembros de la familia que viven bajo el mismo techo, bajo la dirección y con los recursos del jefe de la casa), el parentesco (conjunto de personas unidas por vínculo jurídico de consanguinidad o de afinidad), la filiación (conjunto de personas que están unidas por el matrimonio o la filiación, aunque excepcionalmente por la adopción).

De acuerdo con este autor, la familia es una institución jurídica pero no una persona jurídica. Comenta que en esta materia no cabe aceptar figuras que sean

¹⁴ Consulta. <http://www.monografias.com/trabajos5/fami/fami.shtml#>, fecha 9 de julio de 2008, 4:34 p. m.

nítidamente patrimoniales; respecto de la naturaleza jurídica de la familia se observa que otros autores afirman que carece de sentido pretender descubrir una específica naturaleza jurídica de la familia. La función del Derecho es garantizar adecuados mecanismos de control social de la institución familiar, imponiendo deberes y derechos. Con el surgimiento de la monogamia se satisface la función educacional individualizada claramente por parte del padre y la madre, entre ellos se comparte la tarea de educar a la prole.

En Argentina, el Derecho de Familia está integrado por el conjunto de reglas jurídicas que norman las relaciones jurídicas familiares. En el Derecho de Familia, el orden público domina numerosas disposiciones (las que regulan las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones paterno filiales, las que determinan el régimen patrimonial del matrimonio, la calificación de los bienes de los cónyuges, etc.). El interés familiar limita las facultades individuales a un estado de familia que cuenta con una definición y naturaleza del mismo. Caracterizando la ubicación o emplazamiento que a un individuo corresponde dentro de un grupo social, atribuyéndole un status.

El estado de familia es inherente a la persona, no puede ser invocado ni ejercido por ninguna otra persona que no sea su titular. No puede ser transmitido *mortis causa*. No pueden subrogarse los acreedores del sujeto en sus derechos para ejercer acciones relativas al estado de familia, solamente los derechos y acciones derivados del Estado.

Aunque algunas leyes especiales se aparten en alguna medida del ordenamiento civil para el otorgamiento de ciertos derechos, quienes forman la familia no son otros que los determinados por el Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo Familiar, persiguiendo el objetivo de tener una calidad de mejor persona.

En la primitiva redacción del artículo 219 del Código Civil, se dispuso que el matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de uno de los esposos, (**Anexo 2**, Art. 219), siguiendo esa pauta, en el artículo 198 del Código de Vélez, se

estableció que el divorcio que éste código autoriza, consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que sea disuelto el vínculo matrimonial. Y en cuanto al cónyuge desaparecido o ausente, su ausencia y aún su fallecimiento supuesto, no autorizaba al cónyuge *supérstite* a contraer nuevas nupcias. (Art. 223)¹⁵.

La Ley 23.515 del año 1987, incorporó al Código Civil el divorcio vincular (véase anexo 3), se demanda por causales culpables atribuidas a uno de los cónyuges o a ambos. Pero además, aceptando la perspectiva del divorcio-remedio, la Ley 23.515 mantiene el divorcio por presentación conjunta e incorpora otras situaciones objetivas que denotan el desquicio del matrimonio, o que revelan la imposibilidad de mantener la convivencia, sin necesidad de atribuir hechos culpables a uno o a ambos cónyuges como la separación de hecho sin voluntad de unirse, las alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a las drogas¹⁶.

Varias son las causas con fundamento, en las cuales se puede decretar el divorcio vincular, estableciendo al respecto del artículo 214 del Código Civil vigente 2009, que son causas del divorcio vincular: 1. Las establecidas en el artículo 202 sobre la culpa (causal subjetiva), y 2. La separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años, con los alcances previstos en el artículo 204 y demás artículos subsecuentes del citado Código Civil que se comenta¹⁷.

Según una tendencia, la sentencia de divorcio o de separación personal exige la prueba de la culpa de uno o de ambos cónyuges, y por ello, el divorcio implica una sanción contra el culpable. Otra tendencia manifiesta que la separación personal o el divorcio pueden decretarse sin alegar hechos imputables a los cónyuges, si el vínculo matrimonial está desquiciado no se requieren conductas culpables. La

¹⁵ Sambrizzi, Eduardo A., "Separación Personal y Divorcio", 2a ed., Ed. La Ley, Buenos Aires ,2004, Pág. 154

¹⁶ Consulta. <http://www.monografias.com/trabajos5/fami/fami.shtml#>, Ob. Cit.

¹⁷ Sambrizzi, Eduardo A., Pág. 185, Ob. cit.

separación personal o el divorcio son un remedio al conflicto matrimonial, así que se acepta la separación personal o el divorcio por petición conjunta.

En el Derecho de Argentina en materia familiar, el sistema de la Ley 2393 era el de la sanción en el divorcio por mutuo consentimiento, pues ya estaba excluido y ahora modificado por el decreto citado. En caso de separación de los padres, se determina la guarda, la tenencia y el régimen de visitas, lo cual se confiere a uno de ellos generalmente. El Juez deberá decidir a quién corresponde la guarda de los hijos; si los padres acuerdan mediante convenio, solicitar a quién le corresponderá la guarda y además el régimen de visitas, el Juez lo homologará, salvo que advierta un manifiesto perjuicio para el menor. No mediando convenio o existiendo controversia, tales cuestiones serán resueltas por el Juez.

Durante el matrimonio la custodia de los hijos es compartida, ambos padres ejercen la guarda o custodia de los mismos. Cuando la pareja se divorcia, el peor problema a resolver suele ser la custodia de los hijos ya que ésta es física, mientras que la patria potestad se refiere al conjunto de derechos y deberes que derivan del ejercicio de la paternidad, convivan o no con el menor.

A cualquier progenitor involucrado con sus hijos, la sola idea de separarse de ellos y convertirse en un “visitante”, le provoca un dolor intenso, una desesperación profunda y un desconcierto abrumador, crisis que suele conducir a situaciones de impotencia y autodestrucción personales¹⁸.

A la par en Argentina, existen conceptos psicológicos que explican que, tanto en la primera infancia como en la edad escolar del niño, éste necesita contar con la estabilidad en un domicilio respecto en el cual él sienta una relación de pertenencia¹⁹.

¹⁸ Consulta http://es.wikipedia.org/wiki/Custodia_compartida#En_Argentina, fecha 19 de Enero de 2010, 2:04 p. m.

¹⁹ Stilerman, Martha N., “Tenencia. Régimen de Visitas”, 2a. ed., Ed. Universidad S. R. L., Buenos Aires, 1992, Pág.63

Así mismo el menor requiere de una situación afectiva estable, tendiente a que aún con la disolución del matrimonio de sus padres, no se vea privado de sus afectos paternos; que el generar ingresos para su manutención no ocasione problema entre los progenitores; que el ser criado a la vez por ambos padres, aún separados no ocasione conflicto, de lo contrario, el menor acaba volcando su ira contra su madre o viceversa, quien generalmente se queda con la custodia de los hijos y también con todas las responsabilidades que las tareas de crianza implican. Como los “alimentos” en breve resultan insuficientes y la madre en revire comienza a alienar a su hijo(a) tratándolo como al excónyuge, alimentando culpas con los hijos y postergando su propia vida afectiva y personal.

La custodia compartida, para situaciones como la descrita, se presenta como una opción superadora que permite que el padre pueda seguir criando a los hijos pese al divorcio, que la madre tenga el “confort psicológico” de no asumir sola todas las responsabilidades de la crianza y que los hijos no pierdan a ninguno de sus padres en su rol de criador activo.

En la letra de la ley aún no existe la custodia compartida para los hijos del divorcio. El artículo 206 del Código Civil Argentino dice: “Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su cargo, se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad. Los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el Juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos”²⁰.

Cuando hay hijos, la atribución de la guarda implica el ejercicio de la patria potestad a cargo del cónyuge que mantiene la tenencia de los hijos, sin perjuicio de la relación con el hijo que se queda con el otro cónyuge. Los hijos menores si no han cumplido cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que

²⁰ Consulta http://es.wikipedia.org/wiki/Custodia_compartida#Marco_legal_argentino, Ob. Cit.

afecten al interés del menor. Los mayores de esa edad quedarán a cargo del cónyuge al que el Juez considere idóneo, que casi siempre es con el padre.

Una vez decretada la guarda, es importante determinar el régimen de visitas al padre que no queda a cargo del menor, por lo tanto se le confiere el derecho de visitas más conveniente de acuerdo a las circunstancias del caso. Se suspende el derecho de visita por incumplimiento del alimentante cuando no cumple por malicia, tendiente a perjudicar al hijo.

Respecto a la patria potestad, en su redacción original, se conceptuaba como el conjunto de los derechos de los padres respecto de las personas y bienes de sus hijos menores no emancipados.

Respecto a los derechos y deberes, es de indicar que se confieren a los titulares de la patria potestad, no sólo atendiendo a sus intereses, sino principalmente considerando a los del menor. Los derechos que se confieren implican correlativos deberes.

Encontramos en esta normatividad jurídica los conceptos de: titularidad y ejercicio. La titularidad es el conjunto de los derechos y deberes, que, en principio, corresponden a ambos padres e independientemente. El ejercicio es la facultad de actuar concretamente en virtud de esos derechos y deberes, mismos que corresponden, en unos casos, a uno u otro o a ambos progenitores.

El ejercicio de la patria potestad puede ser: unipersonal, conjunto e indistinto. Modalidades de la patria potestad: 1) Ejercicio unipersonal es cuando todas las facultades de ejercer la patria potestad se concentran en un solo progenitor. Este era el régimen vigente en la ley 23.264 hasta su modificación en el 23 de agosto de 1993, puesto que el ejercicio de la patria potestad estaba exclusivamente en cabeza del padre; 2) Ejercicio conjunto²¹ es el sistema conforme al cual los actos respecto de la vida y los bienes de los menores, deben ser decididos por ambos padres;

²¹ Consulta. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CRC.C.8.Add.2.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CRC.C.8.Add.2.Sp?Opendocument), fecha 6 de julio de 2009, 10:30 a. m.

3) Ejercicio indistinto es el sistema que admite que los actos serán realizados por cualquiera de los padres con plena validez.

El régimen actual de ejercicio es combinando los sistemas de ejercicio conjunto e indistinto.

En ese orden de ideas la patria potestad le corresponde al padre y a la madre conjuntamente, por lo tanto, se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro.

Cuando los padres no conviven, la patria potestad se otorga al progenitor con quien convive el menor, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación.

En consecuencia podemos afirmar que:

- No funciona la presunción legal de consentimiento de un padre respecto de los actos que el otro realiza cuando mediare expresa oposición.
- En caso de que reiteradamente existan desacuerdos entre los padres, el Juez puede, o bien otorgar a uno de ellos el ejercicio de la patria potestad, si advierte que es el otro progenitor, el que constantemente causa los desacuerdos, determinará distribuir las facultades entre ascendientes; pero siempre deberá tomar en cuenta las características y mayores aptitudes de cada uno de ellos.

El 23 de agosto de 1993 entregó Argentina al Comité de los Derechos del Niño un examen de los informes presentados por los Estados partes, con arreglo al artículo 44 de la Convención que en materia familiar incluye puntos sobre la definición del niño que se encuentra en la Ley 23.849, aprobada y ratificada por la República Argentina, que en su artículo 1 establece: “Apruébese la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York (Estados Unidos de América) el 20 de noviembre de 1985,

que consta de cincuenta y cuatro (54) artículos, cuya fotocopia autenticada en idioma español forma parte de la presente ley”²².

La ley 23.849 en su artículo 2, establece que al ratificar la Convención, deberán formularse las siguientes reservas y declaraciones: “La República Argentina hace la reserva de incisos b), c), d) y e) del artículo 21”. Con relación al artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo se debe interpretar en el sentido de que “se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”.

Es de indicar que en la Ley 23.264 sobre filiación en su artículo 240, se suprime todo tipo de discriminación en materia de filiación equiparando a los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y por adopción plena a todos sus efectos civiles, es decir, les otorga los mismos derechos. En su Artículo 240 manifiesta que: “La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este código”.

Todos estos preceptos legales se correlacionan y armonizan con el texto de la Constitución Nacional, y hace especial ahínco en su artículo 16, que dice: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento, no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

En el mismo documento de las Naciones Unidas²³, existe el Decreto 1606/90 que establece los siguientes puntos en su Artículo 2: Son funciones y deberes del Consejo Nacional del Menor y la Familia:

a) Planificar, organizar y ejecutar la política de promoción integral de la minoridad y la familia en el marco de las disposiciones vigentes, los principios establecidos por el Ministerio de Salud y Acción Social.

²² Ídem

²³ Ídem

b) Adoptar las medidas necesarias para contribuir a la consolidación de la familia, orientándola y apoyándola.

c) Coordinar la participación de instituciones públicas, organismos no gubernamentales, entidades vecinales y de bien público en general, en la programación, ejecución y difusión de las acciones locales y regionales tendientes a orientar y promover integralmente a la familia y a todos sus miembros.

d) Promover el desarrollo de la investigación y capacitación en materia de menores y familia.

En el mismo decreto citado en su artículo 14 fracción II, trata la prevención y tratamiento del abandono, especifica que se atenderá a través de servicios y programas públicos o privados la problemática de constitución y afianzamiento del vínculo materno-paterno-filial, para consolidar en esa forma el núcleo familiar, célula primaria de la sociedad.

En caso de no poder evitarse el abandono, aplicará todos los programas tendientes a brindar al niño un ámbito familiar sustitutivo. En especial coordinará sistemas de atención a la problemática del menor en riesgo, en la calle, explotado laboralmente o en toda otra forma que deteriore su dignidad.

El Derecho Civil Argentino en materia familiar dentro del mismo documento antes citado, en su Capítulo III, establece sobre Prevención y tratamiento de la violencia familiar, será atendida por la coordinación de los servicios y programas públicos o privados que eviten, y en su caso superen, las causas de situaciones de maltrato físico y psíquico, negligencias, abusos y toda otra forma de relación intrafamiliar anómala.

Por otra parte, la República Argentina ha ratificado la Convención sobre los Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, y en la Ley 23.054, establece que “ser humano” es considerado así desde su concepción.

En los Principios Generales se encuentran la no discriminación, - El interés superior del niño -. Medidas que tienden a la salud y desarrollo. La normativa jurídica, desde una concepción valorativa filosófica, considera como el supremo valor el “derecho intrínseco a la vida del niño” y castiga penalmente todo atentado a la integridad física, mental y moral del niño desde el claustro materno. Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño defiende “el interés superior del niño”, exaltando el artículo 3 de la Convención (Ley 23.849) entendiendo por niño todo ser humano desde su concepción hasta los 15 años de edad. La Constitución de la nación Argentina en forma expresa en su artículo 14 bis establece la protección integral de la familia.

En el Código Civil de la República Argentina, libro primero de las personas en el Título III, sobre la patria potestad, y/o la guarda de los menores, como lo sustentan los artículos siguientes²⁴: Art. 264: La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. Su ejercicio corresponde:

1ro. En el caso de los hijos matrimoniales, al padre y la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado. Se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos contemplados en el Art. 264 quater, o cuando mediare expresa oposición;

2do. En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro, de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación;

3ro. En caso de muerte de uno de los padres, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la patria potestad, o suspensión de su ejercicio, al otro;

²⁴ Consulta. www.justiniano.com/códigos.../codigo_civil/libro1_secc2_titulo2a3.htm, fecha 12 de julio de 2009, 4:14 p. m.

4to. En el caso de los hijos extramatrimoniales, reconocidos por uno solo de los padres, a aquel que lo hubiere reconocido;

5to. En el caso de los hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos padres, a ambos, si convivieren y en caso contrario, a aquel que tenga la guarda otorgada en forma convencional o judicial, o reconocida mediante información sumaria;

6to. A quien fuese declarado judicialmente el padre o madre del hijo, si no hubiese sido voluntariamente reconocido.

En consecuencia, se otorgará el ejercicio de la patria potestad: En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad del matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación. (Inciso sustituido por Art. 2° de la ley N° 23.515 B. O. 12/6/1987). En el caso de los hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos padres, a ambos, si convivieren y en caso contrario, a aquel que tenga la guarda otorgada en forma convencional o judicial, o reconocida mediante información sumaria. A quien fuese declarado judicialmente el padre o madre del hijo, si no hubiese sido voluntariamente reconocido. (Artículo sustituido por Art. 3ero de la ley actual del Código Civil en 2009, antes la N° 23.264 B. O. 23/10/1985).

Art. 264 bis. Ambos padres sean incapaces o estén privados de la patria potestad o suspendidos en su ejercicio, los hijos menores quedarán sujetos a tutela. Si los padres de un hijo extramatrimonial fuesen menores no emancipados, se preferirá a quien ejerza la patria potestad sobre aquél de los progenitores que tenga al hijo bajo su amparo o cuidado, subsistiendo en tal caso esa tutela aun cuando el otro progenitor se emancipe o cumpla la mayoría de edad. (Artículo sancionado por Art. 3° de la ley N° 23.264 B.O. 23/10/1985).

Art. 264 ter. En caso de desacuerdo entre el padre y la madre, cualquiera de ellos podrá acudir al Juez competente, quien resolverá lo más conveniente para el interés del hijo, por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de

los padres con intervención del Ministerio Pupilar. El Juez podrá aún de oficio, requerir toda la información que considere necesaria, y oír al menor, si éste tuviese suficiente juicio, y las circunstancias lo aconsejaren. Si los desacuerdos fueren reiterados o concurriere cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirlo total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones, por el plazo que fije, el que no podrá exceder de dos años.

Art. 264 quater. En los casos de los incisos 1°, 2°, y 5° del artículo 264, se requerirá el consentimiento expreso de ambos padres para los siguientes actos:

1° Otorgar el permiso necesario para contraer nupcias por ser menor de edad.

2° Asistirlo de educación, capacitación y adiestramiento para una superación personal y profesional.

3° Darle con ejemplo reglas de moral y religión.

4° Otorgar el permiso necesario para salir al extranjero por ser menor de edad.

5° Cuando su declaración sea medular para el otorgamiento de un procedimiento autorizar su intervención.

6° Buscar siempre el beneficio del menor cuando el manejo legal de un bien inmueble o derecho del propio menor sea bajo la regulación judicial.

7° Ejercer actos de administración de los bienes de los hijos, salvo que uno de los padres delegue la administración conforme lo previsto en el artículo 294, del mismo ordenamiento en comento.

En todos estos casos si uno de los padres no diere su consentimiento o mediara imposibilidad para prestarlo, resolverá el Juez lo que convenga al interés familiar. (Artículo sancionado por Art. 3° de la ley N° 23.264 B. O. 23/10/1985).

Art. 265²⁵. Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tienen éstos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios. (Artículo sustituido por Art. 4° de la ley N° 23.264 B.O. 23/10/1985).

Art. 266. De esta legislación decreta que los hijos deben respeto y obediencia a sus padres. Aunque estén emancipados, están obligados a cuidarlos en su ancianidad y en estado de demencia o enfermedad y a proveer a sus necesidades, en todas las circunstancias de la vida en que les sean indispensables sus auxilios. (Artículo sustituido por Art. 4° de la ley N° 23.264 B. O. 23/10/1985).

Art. 268. En relación al deber de proporcionar alimentos a los hijos no cesa aún cuando las necesidades de ellos, provengan de su mala conducta.

Art. 269. Si el menor de edad se hallare en urgente necesidad, que no pudiese ser atendido por sus padres, tienen derecho a los mismos cuidados y auxilios los demás ascendientes, los suministros indispensables que se efectuaren se juzgarán hechos con autorización de ellos. (Artículo sustituido por artículo 4° de la ley N° 23.264 B. O. 23/10/1985).

En el mismo orden de ideas, en el artículo 270 se previene que los padres no están obligados a dar a sus hijos los medios de formar un establecimiento, ni a dotar a las hijas.

Art. 271. En caso de divorcio vincular, separación personal, separación de hecho, o nulidad de matrimonio, incumbe siempre a ambos padres el deber de dar alimento a sus hijos y educarlos, no obstante que la tenencia sea ejercida por uno de ellos. (Artículo sustituido por artículo 2° de la ley N° 23.515 B. O. 12/6/1987).

²⁵ Consulta. Código Civil de República Argentina www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos, fecha 16 de julio de 2009, 7:07 p. m.

Art. 274. Los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por ellos como actores o demandados, y a nombre de ellos celebrar cualquier contrato en los límites de su administración señalados en este Código.

Finalmente, encontramos regulados algunos derechos para los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, como ejemplo de ello lo encontramos en la hipótesis normativa prevista en los artículos 275, 276 y 278 de la ley que se analiza, los cuales a la letra dicen:

Art. 275. Los hijos menores no pueden dejar la casa de sus progenitores, o aquella que éstos les hubiesen asignado, sin licencia de sus padres. Tampoco pueden, antes de haber cumplido 18 años de edad, ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar sus personas de otra manera sin autorización de sus padres. (Artículo sustituido por el artículo 4° de la ley N° 23.264 B. O. 23/10/1985).

Art. 276. Si los hijos menores dejasen el hogar, o aquel en que sus padres los hubiesen puesto, sea que ellos se hubiesen sustraído a su obediencia, o que otros los retuvieran, los padres podrán exigir que las autoridades públicas les presten toda la asistencia que sea necesaria para hacerlos entrar bajo su autoridad. También podrán acusar criminalmente a los seductores o corruptores de sus hijos, y a las personas que los retuvieron. (Artículo sustituido por artículo 4° de la ley N° 23.264 B. O. 23/10/1985).

Art. 278²⁶. Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos menores. El poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores.

Los jueces deberán resguardar a los menores de las correcciones excesivas de los padres, disponiendo su cesación y las sanciones pertinentes si correspondieren. (Artículo sustituido por artículo 4° de la ley N° 23.264 B. O. 23/10/1985).

²⁶ Ídem

Es más que claro que este país no ha evolucionado en materia Familiar a la par de otras naciones a pesar de encontrarnos en el siglo XXI; no todos los países han corrido con tanta suerte de aceptar otras culturas sobre la familia, aunque excepcionalmente, y con sus bemoles, en esta materia, Argentina inicia a modificar su legislación.

Ya que el Derecho Argentino actualmente se encuentra legislando con base en el Derecho Civil en materia Familiar de los Estados Unidos de Norteamérica.

1.3 España

En este país, encontramos que se han realizado una serie de estudios de las implicaciones sociológicas y psicológicas al proceso de separación derivada del divorcio utilizando lo que en los Estados Unidos de Norteamérica se aplica. Una serie de investigadores, sociólogos y juristas españoles han logrado contemplar el concepto de familia considerando la evolución que ha experimentado la sociedad y lo que dentro de ella sucede, estos estudiosos han pronosticado que el número de familias nucleares monoparentales, seguirá creciendo en el futuro, pues han dejado de existir casi, un gran número de familias tradicionales y numerosas²⁷.

Se plantea que lo que era impensable pocos años atrás sobre estas familias, en España, ha pasado a ser hoy en día en su sociedad, como en Estados Unidos de América, país que ha sido ejemplo a seguir, dentro del ámbito de Derecho Familiar en España, pues aunque los Estados Unidos sea un país de América, por igual este país europeo, ya cuenta con una gran población de familia monoparental, la cual consiste en ser aquella que sólo tiene un padre o una madre, la cual se define de manera más rigurosa como “aquella agrupación de hijos en edad infantil que convive de forma continuada con uno sólo de sus progenitores, quien, de hecho o de derecho, ostenta la potestad y custodia sobre ellos”,

²⁷ González Martín, Begoña. “Divorcio y Separación “, Ed. Acento, Madrid, 2003, Pág. 11.

Por su parte, también han proliferado en ambos países un espectacular aumento de las familias llamadas monoparentales y se informa que en los próximos años así continuará, fundamentalmente en las áreas urbanas y mayoritariamente compuestas por la madre y uno o dos hijos. Los datos existentes, tanto en países del ámbito anglosajón como en este, constatan dicha afirmación.

El divorcio en España, se asocia a condiciones socioeconómicas y a procesos psicológicos, igual que en los Estados Unidos con tendencias demográficas y a cambios en los valores culturales y en las actitudes hacia la vida en común. Obviamente, la incidencia de las causas del divorcio ha variado en función de las distintas perspectivas culturales, que describen la nueva convivencia en esas familias monoparentales²⁸.

En cuanto a las causas de separación aducidas por los interesados en las encuestas o investigaciones, Inés Alberdi menciona en su libro *„La nueva familia española”*, que en Europa las razones que invocan un matrimonio, para separarse son generalmente los malos tratos en primer lugar, la infidelidad, la incompatibilidad de caracteres, la falta de comunicación, el alcoholismo, y la toxicomanía del cónyuge, causas que en ese orden se dan de mayor a menor en número, diferente a lo que sucede en los Estados Unidos en América.

Ya que las causas de más frecuencia en igual orden en ambos países, son primero; la negligencia en las obligaciones pecuniarias con un porcentaje del (94.4%), otra causa, la extrema crueldad entre y a los miembros de la familia, es un porcentaje de (72.4%), otra causa es la ausencia voluntaria del demandado durante un año (5.2%), y otra más es el adulterio con un porcentaje del (1.5%); otra causa poco referida es el hecho de ser un bebedor habitual por alguno de los cónyuges, pues esta causa cuenta con el menor porcentaje para ser el motivo de un divorcio ya que tiene el (0.3%), esto lo señala un investigador de nombre Diego Ruiz Becerril²⁹.

²⁸ Ídem

España por un número importante de menores que viven en familias monoparentales, tal y como lo veremos en los apartados siguientes, toma en cuenta las medidas legislativas establecidas en los Estados Unidos que están dando resultado en este país, para lograr el ajuste psicológico óptimo de estos niños que van a depender de forma muy directa de la actuación del progenitor a cargo, el contexto cultural y social de la parentela de familia ahora más próxima. En esta línea se señala que la función educadora de un sólo progenitor fuera, estará sujeta fundamentalmente a las cualidades del progenitor, además de las posibilidades que existan en cada caso en particular.

En España existen grupos de personas, muy preocupados por las consecuencias que causan en la familia, las separaciones de los padres, y cuentan con el apoyo del gobierno, instaurando programas de intervención con familias separadas. El gobierno ha tomado una real e importante preocupación en cuanto al divorcio de los padres en cómo son afectados negativamente los hijos, por tanto se deben desarrollar técnicas y programas constantemente, que le brinden ayuda a los menores a superar de la manera más positiva el problema, evitando de esta forma, desajustes emocionales y conductuales que pudieran repercutir negativamente a lo largo de toda su vida en su adultez.

España siguiendo los adelantos del esquema de los Estados Unidos de Norteamérica, la reforma en materia familiar explicando cómo y por qué dentro de estas situaciones familiares se crean en la década de los 80, diversos programas de intervención con hijos de padres separados, como puede ser el Children of Divorce Intervention Program (CODIP) traducido al español, indica “Los niños del programa de intervención en el Divorcio” bajo la dirección de Pedro-Carroll y Cowen (1985), entre otros³⁰. Donde se sustenta España para adoptar esas investigaciones e implementarlas.

²⁹ Véase. González Martín, Begoña. “Divorcio y Separación “, Ed. Acento, Madrid, 2003, Pág. 17

³⁰ Consulta. Véase vlex.com/vid/derecho-familia-43965674, fecha 24 de Marzo de 2009, 11:00 a. m.

El gobierno de España también se ha preocupado por cumplir con lo necesario para trabajar con los progenitores de las familias rotas ya que, como se ha expuesto, es necesario que ellos se encuentren equilibrados después de la separación, para que sus hijos obtengan adaptación emocional pronta y sin tantos daños, a las nuevas circunstancias familiares; de igual forma se ha expuesto la relevancia, para alcanzar este propósito, de las relaciones paterno-filiales y las de los progenitores entre sí.

No obstante lo anterior, la realidad es que los padres en esos países, con frecuencia experimentan problemas de inadaptación personal tras el divorcio, también las relaciones con sus hijos y entre ellos mismos son inadecuadas, provocando graves consecuencias negativas y peor aún decisivas en la formación de los menores. Con el propósito de mejorar estos factores se han desarrollado programas de intervención de un Psicólogo en el equipo del juzgado de lo familiar, como lo implemento Estados Unidos, para otorgar la guarda y custodia, en juicio de divorcio.

También en España existen las Intervenciones orientadas a padres, siguiendo a las reglas norteamericanas implementadas por Barber (1995), pues cabe señalar que los programas de intervención con padres separados se deben centrar en las prácticas de crianza y han de poseer ciertos requisitos irrenunciables, como son: la información sobre el desarrollo evolutivo de los menores; sobre la naturaleza real de los cambios en las relaciones familiares; el estilo de la toma de decisiones; las técnicas de supervisión y las estrategias de supervisión; aclaración sobre los estereotipos negativos sobre los hijos de padres divorciados; enseñar a adaptarse a su nueva realidad, a los cónyuges divorciados con normas y expectativas respecto a su prole; así como técnicas de autocontrol para criar y educar a sus menores hijos, para que no sean el blanco de sus frustraciones después del divorcio.

En Estados Unidos hasta 1986, se aplican una serie de métodos e instrumentos específicos de evaluación psicológica de custodias, pues existía escasa investigación empírica que sirviese como guía para orientar a los profesionales de la

evaluación judicial, pero no así psicológicamente, para el otorgamiento de la guarda y custodia. Es a partir de ese año, cuando la comunidad psicológica se torna más fructífera en este campo, ya que se forman asociaciones en diferentes Estados de la unión americana, como la “Psychological Association” asociación creada en los estados de Oklahoma en 1988, en Georgia en 1990 y en Nebraska en 1993; o la “State Board of Psychological Examiners” fundada en New Jersey en 1993³¹.

Por lo que es de destacarse que los Estados Unidos de Norteamérica toma en cuenta el dictamen de un Psicólogo, para decretar en Sentencia, el fallo de quién de los progenitores se encuentra apto para responsabilizarse en condiciones más saludables psicológica y emocionalmente para la guarda y custodia de los hijos³². Situación que ya lo esta aplicando en materia familiar, España.

Es importante destacar que es en la década de los 80 cuando se despierta el interés por el desarrollo de tests e instrumentos específicos. En esta área de intervención podemos destacar el trabajo llevado a cabo por Bricklin (1984), quien elabora una serie de escalas para la evaluación de custodias, o el instrumento diseñado por Ackermann y Schoendorf (1992) que suponen un gran avance en este sentido, por citar dos de los más frecuentemente utilizados. En apartados posteriores trataremos este tema de manera más exhaustiva.

Por otro lado, diferentes autores han propuesto modelos procedimentales y protocolos de actuación para evaluaciones de esta naturaleza. Destacan los trabajos desarrollados por Skafte (1985) y por Schutz y cois. (1989), por ser los primeros en esta faceta (Ackermann y Ackermann, 1997). Hemos de significar también los modelos elaborados por Stahl (1994), Ackermann (1995), Collier (1996), Schwartz y Kaslow (1997).

³¹ Véase, la Consulta de la nota (16) Consulta. <http://www.monografias.com/trabajos5/fami/fami.shtml#>, fecha 9 de julio de 2008, 4:34 p. m. para todos los autores que se mencionan.

³². Véase, la Consulta. <http://www.monografias.com/trabajos5/fami/fami.shtml#>, fecha 9 de julio de 2008, 4:34 p. m. de la nota (16) para todos los autores que se mencionan.

Igualmente, la investigación realizada por Keilin y Bloom (1986) y replicada por Ackermann y Ackermann³³ (1997). En ambas se exploran las prácticas realizadas por Psicólogos y otros profesionales de la salud mental en casos de evaluación de custodias. Su objetivo consiste en determinar el tipo de procedimiento, así como los instrumentos y métodos utilizados más frecuentemente por los evaluadores.

Para ello, Keilin y Bloom (1986), con una muestra de 82 profesionales, emplean un cuestionario compuesto por 70 ítems (preguntas y esquemas) que se incluyen en las siguientes áreas de evaluación: datos sociodemográficos, prácticas de evaluación de custodia realizando practicas (procedimiento usado, utilización de co-evaluadores, honorarios), toma de decisión sobre el tipo de custodia y recomendaciones finales.

El estudio de Ackermann (1997) añade al cuestionario de Keilin y Bloom (1986) investigadores Psicólogos pioneros, 42 ítems que engloban variables consideradas en la evaluación de custodias en la última década, resultando un formulario total de 112 ítems. En este caso la muestra final del estudio ascendió a 201 profesionales. En las dos investigaciones, las áreas de evaluación son semejantes, con escasas variaciones, como por ejemplo el hecho de que Ackermann y Ackermann (1997) plantean cuestiones acerca de las observaciones conductuales, que los primeros autores no habían incluido.

El Estado está preocupado porque se le practiquen periódicamente análisis de los métodos utilizados en evaluación de custodias, los resultados de las investigaciones de Keilin y Bloom (1986) y Ackermann y Ackermann (1997) servirán de base en este punto, y se irán exponiendo a medida que se vayan analizando los métodos de evaluación que más frecuentemente se emplean en este ámbito: la entrevista, la observación conductual y los principales tests psicológicos, utilizados con niños y con adultos.

³³ Ídem

Se clasifican en un índice que contiene diversos y muy importantes temas para este trabajo como son: el proceso de separación/divorcio y sus etapas, efectos de la separación y divorcio de los padres, repercusiones de la separación en los hijos, fenómenos asociados al proceso de separación y divorcio, sobrecarga/opresión (*Overburdened*), síndrome de alienación parental (SAP), ilusión de reconciliación, variables relacionadas con un buen ajuste post-separación en los niños, conclusiones y bibliografía sin embargo sintetizado he presentado los tópicos más relevantes.

En el Código Familiar vigente en España en el capítulo IX³⁴ se regulan los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio y en sus diversos artículos hace referencia a la guarda y custodia y sus requisitos para obtener y regular la patria potestad, aún con otra redacción planteada similarmente ya en México lo refiere.

El artículo 90 de dicho ordenamiento establece que, los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, y en acuerdo al estudio psicológico practicado previamente por el Psicólogo a cargo, el Juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento.

La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada (perfil psicológico) y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del Juez nueva propuesta para su aprobación, si procede.

Y así dentro del artículo 92 del Código Familiar al manifestarse que, “se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y

³⁴ Ídem

tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos. Pudiendo los padres acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir del resultado del perfil psicológico, el mejor beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges”.

Y en el punto 6 del mismo artículo, se indica que “en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba psicológica practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.

En el punto 7 del mismo precepto, se regula “no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e intimidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas (incluyendo prueba psicológica), la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.

Dentro del contenido de este mismo artículo encontramos el punto 9 que menciona que “el Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados incluyendo el del Psicólogo, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores”.

Por otra parte en el artículo 154 se regula que los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres mencionando por primera vez a la patria potestad la cual

se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física, esta potestad comprende:

- Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

Al respecto y tratándose del menor acogido se debe de respetar el derecho que tiene a que sus padres, abuelos y demás parientes lo visiten y relacionarse con él; ese derecho podrá ser regulado o suspendido por el Juez, atendiendo las circunstancias y el interés superior del menor.

Y finalmente, en su capítulo V. de la Adopción y otras formas de protección de menores, sección primera de la guarda y acogimiento de menores en su minoría de edad, se precisa que se cuenta con un centro de atención encargado de guardar y custodiar a los hijos de padres no aptos y los ascendientes en segundo grado tampoco los recibirán, según determinación del Juez.

Dicho centro es una entidad pública que se hará cargo de los gastos, cuidados y guarda de los menores que se declaran en desamparo, decretando en la sentencia la pérdida de la patria potestad de los padres y no encontrar beneficio para los menores que estén bajo el cuidado de otro pariente, permaneciendo en ese lugar hasta lograr la recuperación de la patria potestad sobre el menor.

En España, la Psicología es una disciplina que auxilia al juzgador con sus estudios para el otorgamiento de la guarda y custodia de los hijos a la persona que aprobó las diversas pruebas entre ellas la psicológica a que fue sometida esta persona designada.

1.4 México

1.4.1 México, la Época Prehispánica

México es un país rico en sucesos históricos que si bien aún en la época de nuestros antecesores, los Aztecas, Mayas, Tarascos, Mixtecos, Zapotecas, Olmecas, Teotihuacanos y los Toltecas entre otros, no contaban con la tecnología actual ni las ciencias como las que ahora tenemos, llámense Informática, Física Nuclear o cualquier otra ciencia moderna, tampoco contaban con una disciplina jurídica precisa, compilando leyes en un documento, pues ellos escribían en piedras y en papel amate, ni mucho menos había nada específico sobre el Derecho Familiar, sin embargo existieron respetables reglas de comportamiento, en lo familiar y formas de organización de carácter político, social y económico, eran imperios grandiosos como los aztecas, los mayas, y toltecas, estas culturas se enaltecen en la historia propia de México, pues estas son las más significativas y mejor conocidas por su importancia y gran trascendencia hasta nuestros días. Debido a que en su existencia hubo conquistas, alianzas, y posesiones territoriales, de gran envergadura en nuestros territorios mexicanos como, la ciudad de Chichén-Itzá³⁵.

Y así diversas ciudades como Mayapán y Uxmal donde los mayas, una cultura que era dirigida por un jefe nombrado Kukulcán, que perduró por 200 años durante los cuales florecieron las ciencias y las artes, influenciando a los toltecas, pero entre las guerras, predominaba siempre la ley del más fuerte y con más avances en conocimientos, destacaban por su organización social, los propios mayas, cultura que se dividía en clases sociales³⁶.

De la cultura maya surgieron descubrimientos universales como darle o concebir forma al número cero, pues es una cultura admirada por todos los investigadores por su gran destreza para las matemáticas y la astronomía, ellos fueron quienes

³⁵ De Morán, C. "Historia De México", 24ª ed., Ed. Porrúa, México.1992. Pág. 125.

³⁶ Barrales Valladares, José., "Síntesis de la Historia de México", 8a ed., Ed. Harla, México. 1988, Pág. 11.

dieron pauta a la creación del calendario ya que les debemos el saber: ¿que es un día, un mes o un año, cuando y cómo se formaron y el porqué?; sin embargo no se cuenta con detalle la situación de sus derechos específicos dentro de la familia, ya que se entiende que su gobierno se consideraba en “*estricto sensu*” religioso por su adoración a los dioses.

De ésta época se tiene conocimiento que corrió desde el Siglo III a. C. hasta el Siglo IX a. C. período denominado “Periodo Clásico”. Durante los Siglos X al XII, el centro de México fue dominado por Tula, la capital de los Mesoamericanos, pero particularmente la península de Yucatán, donde se encuentra hasta ahora, la ciudad de Chichén-Itzá³⁷.

En la región de lo que ahora es Oaxaca, los mixtecos iniciaron un proceso expansionista que los llevó a ocupar los Valles Centrales donde habitaban los zapotecas.

Moctezuma Ilhuicamina I funda Tenochtitlán sitiada donde actualmente se encuentra el Templo Mayor en el Centro Histórico de la Ciudad de México, este jefe llegó a ser Gobernante y dictando leyes sabias que protegieron a la sociedad mexicana, juntó a los templos de sus diversos dioses, fundó las escuelas llamadas Tepochcalli, y el Calmécac, donde se impartía enseñanzas religiosas y buenas costumbres.

La religión fue el eje de la vida azteca y su fuerza orientadora. La vida en su totalidad giraba en torno de ella, y su preocupación era agradar a los dioses para obtener su ayuda que fue factor importante del poderío de la triple alianza. Por otro lado, en lo que se refiere al interior de las familias, la educación era impartida por el jefe de familia que era el padre, enseñando al hijo varón especialmente, el oficio o arte que él practicaba, así como otras virtudes.

Mientras la madre se encargaba de enseñar a las niñas las labores propias del

³⁷ Ídem

hogar como el coser, barrer, moler maíz, etc., de tal manera que estuviera muy bien preparada para ser una buena ama de casa y una madre de familia educadora. Esta educación familiar se completaba con lo recibido en las escuelas religiosas, Tepochcalli-escuela popular³⁸- y el Calmécac-escuela de nobles³⁹- los estudios en esta escuela eran más intensos y amplios, pues abarcaban la biología, la medicina, las matemáticas, la astrología, organización política, táctica y estrategia destinada a la clase superior, distinguida por su cultura, posición y desarrollo de habilidades especialmente guerreras.

Las niñas eran atendidas en el templo de Sacerdotisas y allí aprendían a mejorar las habilidades caseras, pero también tomaban parte de las danzas y el canto para ceremonias religiosas, se les inculcaban virtudes; y las faltas a estas enseñanzas las hacían sujetas de severos y rigurosos castigos, la clase media estaba formada por las familias de los artesanos y de los labradores.

Los aztecas tenían derechos y obligaciones para los grupos más reprimidos como lo eran los esclavos, pues en aquel entonces en nuestras culturas sí podían tener ciertas libertades, propiedades, o dejar la condición social de esclavos y volverse civiles por matrimonio con el amo o la ama, o enrolarse en el ejercito; siendo estas culturas las más reconocidas que extienden sus leyes a casi todas las regiones y crean su calendario tan reconocido y valorado hasta ahora, “Calendario Azteca” o “Piedra del Sol”, el cual cuenta perfectamente con los trescientos sesenta días que formaban un año exacto, continuando con sus gran dominio y superioridad sobre las demás Tribus se distinguían por su cultura y posición.

Los aztecas, llegaron a dominar a casi todas las demás culturas, situación que queda plasmada en los “Códices” pinturas jeroglíficas que nos narran la vida y costumbres de ese pueblo.

³⁸ Barrón de Morán, C. PP. 125 y 126., Ob. cit.

³⁹ Ídem

Los Códices más apreciados son:

a) El Códice Vaticano (libro sagrado de los toltecas).

b) Códice de Sahagún y el Códice Mendociano, (pintados después de la conquista, por los descendientes mexicas que sobrevivieron durante el gobierno del virrey de Mendoza, así como otros tan importantes como los señalados), la Tira del Museo y Jeroglífico de Sigüenza.

Además de que gracias a su gran valor no nos convertimos en una colonia de España, pues a pesar del saqueo que nos realizaron los españoles por orden y ambición de Hernán Cortés, esta cultura formó grupos de familias que se unían por sus semejanzas ideológicas o por sus ritos religiosos, divididos por parcelas, de acuerdo con las necesidades de cada familia pero si desaprovechaban esas parcelas y no las trabajaban, no podían venderlas; establecieron su propia forma de gobierno y sus reglas de Derecho pues ellos formaron sus Tribunales de Justicia establecidos inicialmente por Moctezuma I, bajo el mando de Emperador que estaba a cargo de cada uno de los Calpullis (grupos de familias parecidas)⁴⁰.

Para su gobierno, la ciudad se dividía en cuatro Calpullis, cada uno independiente en asuntos internos; pero con su representación en la Asamblea General. Así se creaban barrios de esas culturas y continuaron hasta que subió al trono Moctezuma Xocoyotzin conocido como Moctezuma II, quien se envaneció de llegar a gobernar, dejando su calidad de gobernado humilde y sencillo que al llegar a ser gobernante se vuelve temeroso y fue quien recibió la tan temida profecía de sus dioses la “Conquista por hombres blancos y barbados”. El consejo tomaba los acuerdos que debía de hacerlo el gobernante administrador y otro el ejecutor. A los pueblos sojuzgados se les dejaba gobernarse por sí mismos.

La Justicia la impartían funcionarios especiales y un Tribunal Superior, esta fue una de las características más importantes que se inculcaba, el Espíritu Guerrero, que junto con su poder de organización y su rigurosa disciplina, hacía a sus ejércitos

⁴⁰ Ibídem PP. 11 y 172

poderosos. Los caballeros Tigres y Águilas tenían conocimientos y adiestramiento especiales y dirigían a los ejércitos de los confederados, bien equipados y disciplinados.

En resumen la familia azteca y las demás culturas de aquella época en México antes de la conquista, era de carácter patriarcal, estaba sujeta a la autoridad absoluta del padre, quien tenía derecho de vida y muerte sobre sus hijos y resolvía todo lo de la familia, como nación guerrera, prevalecía la poligamia, pero sólo los hijos tenían derecho a heredar la condición de las personas, ya que eran de la nobleza y no de la esclavitud.

1.4.2 México y su Derecho Colonial

Con la invasión de Cortés, hemos de indicar que llega a las islas de sacrificio y a San Juan de Ulúa en 1519, y en Chalchiuecan reciben Cortés los embajadores de Moctezuma II⁴¹ por el temor que siempre le tuvo a la profecía de que -serían conquistados por hombre blanco y barbado-, y al saber que coincidía esta descripción con la persona de Hernán Cortés, ya no lo reciben defendiendo el territorio para no ser conquistados, sino con grandes obsequios de piedras preciosas y en oro puro, ya que este territorio era rico en oro, plata y cobre sobre todo con piedras preciosas en excelentes montajes y figuras, pues la orfebrería era una de las mejores destrezas que estas culturas practicaban y en supuesto agradecimiento por estos regalos, Cortés hizo entrega de baratijas a nuestros antecesores, como simples espejitos, cinturones, piedras de vidrio, etc., aprovechándose del deslumbramiento de nuestros precursores, con sus bazofias se extiende, logrando así hacerse de seguidores principalmente de los cempoaltecas que venían desde la Villa Rica de la Vera –Cruz.

Este fue el comienzo de la saqueadora invasión que realiza el español Hernán Cortés, y al sorprenderle la organización y belleza de la ciudad así como el crecido

⁴¹ *Ibidem* Pág. 172.

número de habitantes con que contaba dicha ciudad y las condiciones en su naturaleza, ya que su orden político y social lo sorprenden, sobre todo sus riquezas. Entonces recorriendo diversas rutas en su nombre, las tropas españolas siguen invadiendo y el propio Cortés hace prisionero a Moctezuma II y descubre un tesoro muy cuantioso de oro, plata y piedras invaluable, girando todo en torno a sus caprichos de ambición expresada a través de su actuar. Desobedeciendo aún a su autoridad española, atormenta a uno de nuestros antecesores más valientes que defiende los territorios mexicanos, muy a pesar de esos terribles tormentos a los que fue sometido Cuauhtémoc, Hernán Cortés nombra este territorio como “La Nueva España”.

Finalmente, el 13 de Agosto de 1519, oficialmente se renombra el Anahuac de origen Náhuatl y se confiere el término de “Nueva España”; además Cortés había finalmente ganado la lucha contra el pueblo mexicana y casi todas las culturas. Cortés, haciendo acopio de ser el vencedor, dio la orden de que los indígenas sobrevivientes vencidos terminaran de derrumbar Tenochtitlán y dejaran limpia la ciudad, ya que sólo quedaban ruinas, escombros y hedor. Mientras ellos y Cortés pudieran hacer funcionar las estructuras teocráticas y garantizar su expansión, sus tropas aguardarían en lo que ahora es Coyoacán, pero Cortés instala un grupo en ese lugar, “un Ayuntamiento” que inicialmente le confiriera facultades para proceder a crear el Ayuntamiento de México.

No obstante, en la cultura mesoamericana se crearon espacios educativos formales donde los guerreros, los astrónomos y los dirigentes adquirirían la educación para los indígenas, propiamente dicha y sistemática, lo que inició en la Nueva España durante el período colonial. En los Siglos XVI y XVII coexistieron dos visiones paradójicas pero complementarias en torno a la población indígena en nuestro país.

Por una parte, en muchos lugares del actual territorio mexicano, la administración colonial desplegó una política de segregación social fundada en estigmas racistas y sistemas jerárquicos que relacionaban determinados atributos biológicos, somáticos y genéticos con las características morales, estéticas e intelectuales de razas

específicas. Los invasores, en su mayoría, se identificaban con la raza superior y percibían a los indígenas como si fueran de raza inferior y a su vez, la población aborigen se convence de la capacidad de esta raza para la castellanización y así adquirir nuevos valores culturales acerca de la propiedad, el trabajo, el uso de la riqueza y el buen comportamiento moral.

Las órdenes religiosas desplegaron, en consecuencia, acciones educativas sistemáticas a través de las escuelas eclesiásticas, los seminarios y las tareas de evangelización y castellanización dirigidas a las dos clases de indígenas (nobles o esclavos) como inferiores. Por otra parte, los Misioneros católicos se esforzaron en difundir el catolicismo entre los indios, interviniendo más que en su eliminación, en la conformación de nuevas identidades locales y regionales.

El proceso de conversión religiosa no resultó totalmente exitoso, a pesar de que los frailes, los virreyes y las autoridades coloniales lucharon contra la vigencia de los cultos antiguos y las religiones que dominaron fueron lo que ellas llamaron “prácticas de idolatría”, incluidas la superstición, la adivinación y el degüello de criaturas y consumo de su carne. Habiendo sugerido someter a los practicantes a la autoridad de la Inquisición, los indígenas de las regiones montañosas y alejadas simulaban su conversión al catolicismo, manteniendo vivos sus cultos antiguos.

Simular la conversión religiosa a través del sometimiento al bautizo en los nuevos templos católicos, ayudó a los pueblos indios a negociar y a mantener el control comunal sobre sus tierras en las haciendas coloniales, en los repartimientos y en las posteriores Intendencias. La autonomía relativa de los pueblos indígenas se veía también favorecida por la prohibición de la mezcla de castas, creando concepciones culturales distintas a las de los colonizadores acerca del uso y la distribución de la riqueza, o el significado atribuido al trabajo, al ocio, la embriaguez, los bailes y a las fiestas comunitarias.

La familia mexicana en la Colonia es una organización social compuesta por los

diferentes grupos indígenas⁴². Algunas sociedades indígenas conceden gran importancia a la cooperación económica entre marido y mujer, y otras a la que se origina entre hermanos y hermanas.

A los grupos locales de tipo clan se les solía conceder un poder limitado, los lazos conyugales no podían ser disueltos por deseos de cualquiera de las partes, sólo el hombre podía repudiar a su mujer. La infidelidad es sancionada, ya que se ejerce cada vez más a medida que progresa la evolución social, porque si la mujer se acordara de las antiguas prácticas sexuales y quisiera renovarlas se castigaba rigurosamente, más que en ninguna época anterior, por lo tanto, la poligamia es prohibida terminantemente por las autoridades eclesiásticas.

El Virreinato conservó el sistema de privilegio masculino heredado de sus dos vertientes, ambos se centran en el papel de la mujer en el matrimonio y en la maternidad, pero el hecho dista del derecho y así tenemos que, según los decretos reales, el español y el indígena eran teóricamente iguales, ya que sucedía algo similar con las mujeres que se consideraban iguales al varón de su raza; pero como en todas las sociedades una cosa es el ser y otra el deber ser.

La mujer española casada tenía la categoría de menor de edad, y aunque podía heredar propiedades, títulos y negocios, sus derechos quedaban subordinados al marido quien era el administrador de los bienes; era el estado de viudez el que le permitía a la mujer la plena capacidad de ejercicio pues hasta entonces podía administrar sus bienes y tenía el derecho de ejercer la patria potestad sobre sus hijos menores. Si bien también el indígena era considerado menor de edad ya que era un ser humano potencialmente sujeto a la protección del cristianismo, el indio era tratado como un esclavo por naturaleza.

En este marco de ideas, la mujer indígena tenía igualdad legal respecto al varón, pero en la práctica estaba oprimida por partida triple: sexo, raza y clase. Su trabajo era el doméstico, que incluía las faenas pesadas del campo y la artesanía, pero

⁴² Consulta. www.monografias.com/trabajos6/fame/fame.shtml de fecha 4 de agosto de 2009.

también era colocada en el servicio de las casas de españoles.

El concubinato de españoles con mujeres indígenas, equivalía según Rosario Castellanos⁴³ a un matrimonio mal encausado, ya que la concubina indígena fue tratada como un animal doméstico que se desechaba, y en cuanto a los bastardos nacidos de ella eran criados como siervos de la casa grande, vagando entre las poblaciones de indios y españoles, por lo que el término mestizo se identificó con el de ilegítimo. El sector femenino mestizo de la población tuvo distintas funciones y trabajos en gran medida, determinados por la región que habitaba y el lugar que ocupaba su familia en la producción.

Estas mujeres en las ciudades y pueblos realizaban servicios, vendían alimentos y cubrían las faenas de criadas en las amplias casas de los españoles; en el campo se dedicaban a las labores domésticas y agrarias. En cambio las negras y los negros se consideraban infames de sangre y su status de esclavos se transmitía por vía materna, y eran colocados en los trabajos más ingratos y peligrosos.

Las mujeres de la época colonial tenían una parte activa en su sociedad, las de estratos menos privilegiados cumplían labores tradicionales, que en el campo incluía la elaboración de textiles, cerámica y las actividades agrícolas y se seguían vistiendo como antaño. Las de las ciudades y pueblos vendían en los tianguis o mercados diversas mercancías y podían cumplir servicios sociales como surtir el agua, se acomodaban entre la servidumbre de los sectores acomodados de la población.

Las mujeres que recibían educación eran las criollas. Sin embargo, se consideraba a la mujer encargada de su casa y aún la de más status no necesitaba de mayores conocimientos, ya que la única meta en su vida sólo consistía en producir una abundante prole; para cumplir ese cometido bastaba un buen funcionamiento de las hormonas, una resistencia suficiente para obtener esa meta, pero no se necesitaba ni elocuencia, ni ingenio, ni memoria, ni libertad, ni capacidad para

⁴³ Ídem

administrar ciudades, mucho menos para aspirar a cualquier clase de estudios superiores.

El matrimonio se mantenía como la instancia apropiada para la mujer y la maternidad como su vocación natural, éste matrimonio sería arreglado por los padres y la dote tenía un papel importante en el negocio. El adulterio para la mujer significaba una dura y tremenda condena de destierro o exilio o repudio por su propia familia, y para el marido una ley laxa. Aquellas mujeres que deseaban un nivel superior de conocimientos debían de contar con el apoyo económico para pagar un maestro particular y el permiso de un padre tolerante.

El papel de la mujer como persona o como ciudadana seguía soslayándose por el sistema dominante. Sucedió algo similar con la mujer trabajadora: había una mayor participación en la producción, pero difícilmente podían considerar al trabajo un elemento liberador. Su opresión específica ya no lo era tanto por raza, cuanto por clase y sexo, y la sufría en un contexto de conflictos manifiestos de circulación de ideas políticas y coyunturas favorables para la emancipación del país para el tránsito de Nueva España a México, ¿hasta dónde se podría emancipar ella como género?

Además, muy pronto se apreciaron los beneficios prácticos de la catequesis, que promovía la sumisión y la docilidad de los indígenas. Primero en las islas del Caribe y muy pronto en tierra firme, se comprobó que la imposición del credo cristiano iba necesariamente unida a la de una nueva ética. Entre los pueblos que ocupaban el territorio que hoy llamamos México, la moral cristiana exigió la adopción de hábitos de comportamiento que, en muchos casos, modificaban radicalmente las costumbres prehispánicas.

Tal choque produciría inevitablemente un desconcierto inicial, seguido de un proceso de adaptación más o menos exitoso según las circunstancias. Esto fue lo que sucedió con los ritos y normas relacionados con el matrimonio y con la vida familiar, donde el cruce de culturas produjo resultados imprevistos en los espacios

de la intimidad y de la conciencia individual, que influyeron profundamente en el proceso de formación de identidades.

Desde los primeros momentos de la conquista, y sobre todo desde la llegada de los misioneros franciscanos a la Nueva España, se iniciaron los intentos de imposición de creencias y prácticas de vida familiar, con las consiguientes respuestas de asimilación, adaptación por convivir con una sola mujer, mientras conservaban en viviendas vecinas en torno al mismo patio, a las restantes esposas rechazadas con sus hijos respectivos, la presunta libertad de decisión e igualdad ante el sacramento de hombres y mujeres, nobles y plebeyos, y la indisolubilidad del vínculo conyugal, obligaba a la mujer al cuidado de los hijos, siendo también el deber de ella el educarlos.

En contraste con esto, las culturas indígenas regulaban los matrimonios mediante normas que prescindían de la voluntad de los contrayentes y trasladaban la responsabilidad de la elección a los padres, a quienes incumbía la responsabilidad de decidir el matrimonio de sus hijos, reconocían como atribuciones de la comunidad la intervención en el arreglo de los enlaces, y como concesión realista, la existencia de diferentes tipos de uniones, más o menos solemnes y más o menos duraderas.

Además, disponían sistemáticamente de dos distintos patrones de organización: conyugal y familiar. Asumían como derecho y obligación de los nobles el ejercicio de la poligamia, mientras que los macehuales (los plebeyos que constituían la inmensa mayoría de la población) tenían una sola esposa.

Era obvio que las costumbres matrimoniales y familiares de los nobles no podrían perdurar en una provincia del imperio español; pero tampoco el modelo cristiano arraigó plenamente. Sólo en las áreas rurales pudieron los indígenas mesoamericanos mantener simultáneamente sus tradiciones comunitarias y la obediencia a los preceptos de la Iglesia, llegando a un conformismo que fue generalmente bien aceptado.

El matrimonio fue prácticamente universal y temprano, con lo que se satisfacían las exigencias de la Iglesia y los intereses de la comunidad y se mantenía la costumbre de que fueran los padres de los novios quienes arreglasen el matrimonio, con ayuda de alguna mujer en funciones de casamentera.

El hecho es que, a lo largo de todo el periodo colonial, se mantuvieron en el campo las costumbres familiares basadas en el matrimonio como unidad familiar, con celibato casi inexistente, escasísima incidencia de relaciones extra conyugales y nula presencia de hijos naturales. Los estudios disponibles muestran que las mujeres se casaban antes de los 17 ó 18 años y que daban a luz un promedio de 7 hijos durante su vida fecunda.

Algo similar sucedía en poblaciones más numerosas y urbanizadas, e incluso en proximidad de españoles y mestizos, siempre que se mantuviera la cohesión interna de la comunidad indígena y el peso de sus propias autoridades (Rabell 1990, 17 y 21-26)⁴⁴. Las ciudades, y en particular la capital del virreinato, mostraban un panorama enteramente distinto, con lo que lo podríamos calificar de completo desorden familiar, que en la época se denunciaba como vergonzosa corrupción de las costumbres.

Al final de esta época en México, la patria potestad ya no era tan rotunda sólo para los padres, sino que además de haber logrado el que los jóvenes se emanciparan de los padres a los 21 años, ya se empezaba a considerar a las mujeres viudas, solteras o abandonadas, como sujetos de derecho a la patria potestad, lo que anteriormente sólo era exclusivo de los padres hombres.

1.4.3 México Independiente

Las causas internas que prepararon la guerra de la independencia fueron: la injusticia social, el desequilibrio económico y la política monopolista de la Metrópoli,

⁴⁴ Véase. Consulta. www.monografias.com/trabajos6/fame/fame.shtml de fecha 4 de agosto de 2009.

el acaparamiento de los altos puestos públicos y los privilegios de los españoles, así como las diferencias entre el alto y bajo clero.

El Ayuntamiento de México estaba conformado de tres miembros: los Licenciados Primo de Verdad, Juan Francisco de Azcarate y Fray Melchor de Talamantes, quienes pensaban que la Colonia dependía del rey de España, y puesto que la autoridad de ellos, no existía ya, alentaron a que se llevara a cabo una *Junta de Gobierno* con el pueblo, misma que fracasó, pues estos precursores, con la idea de plantear al pueblo la independencia de México, fueron capturados, Verdad y el padre Talamantes murieron en prisión, y Azcarate fue puesto en libertad en 1811⁴⁵.

La élite novohispana no era ajena a los cuestionamientos acerca de la encarnación de la soberanía de los territorios bajo el dominio español. Ante las abdicaciones de Bayona, esta élite de letrados se dividió claramente en dos partidos. Para algunos, cuyo portavoz era la Real Audiencia de México, el poder en Nueva España seguía radicando en el rey Fernando VII, aunque momentáneamente se encontrara ausente. Por lo tanto, la estructura social de la Nueva España debía seguir inmutable y seguir como vasallos de la Corona española.

Para los otros la situación era más compleja, como los medios pacíficos para lograr la independencia no dieron resultado, se organizaron juntas de conspiración para sublevarse. Mariano Michelena organizó una junta en Valladolid, que fue descubierta; la de Allende en San Miguel⁴⁶ contaba con varios adeptos, entre ellos, Aldama y Abasolo.

La junta de Querétaro fue la más importante; Doña Josefa Ortiz de Domínguez era el alma de la conspiración, Miguel Hidalgo y Costilla e Ignacio Allende entusiastas y decididos. Al saber de la denuncia de la conspiración, Hidalgo inició en Dolores la guerra de Independencia el 16 de Septiembre de 1810. Don Miguel Hidalgo siendo cura católico, era culto y sabía de las crueldades que se cometían con nuestros

⁴⁵ Barrón de Morán, C., "Historia de México", PP. 228 -232, Ob. cit..

⁴⁶ Ídem Pág. 235

antepasados indígenas, rebelándose por esos terribles tratos.

Al declarar los pensadores de la insurgencia la Independencia de la nueva nación, también declaraban el rompimiento con el sistema social colonial, esto comienza con la Constitución de 1812, donde se declaraba la Soberanía Nacional y reconocía a las Cortes como representantes, se considera innecesario hacer la descripción con absoluto detalle de la lucha de independencia por no ser objeto de este trabajo; sin embargo, es de precisar que se firmó la declaración de independencia el 6 de noviembre de 1813.

Aunque las fuerzas de Morelos tuvieron éxito inicialmente, las autoridades coloniales vencieron el sitio de la ciudad de México. La nación mexicana, que por trescientos años ni ha tenido voluntad propia, ni libre el uso de la voz, sale entonces de la opresión en que ha vivido. Así se dieron una serie de sucesos a raíz de esa promulgación, pues entre guerras y luchas lograron, aquellos aguerridos caudillos que dieron su vida, para obtener finalmente la independencia de México; sin embargo, sólo se había logrado la independencia de España, pero no lograban ponerse de acuerdo en cuanto a quiénes debieran llevar el gobierno de nuestra nación. Ya era el año de 1821, y otro gran personaje era Agustín de Iturbide, quien perseguía a esa Independencia pero con tintes conservadores de un Imperialismo, y no una República como buscaban en su lucha los insurgentes; estos deseos opuestos ocasionaron más años de problemas, pues se encontraron en un país, sí independiente, carente de experiencia en autogobernarse, entonces los criollos, españoles y militares trataban de obtener los mejores puestos, incluso el propio Iturbide quien siempre propuso una alianza.

Una Junta de Gobierno Provisional, convocando a la paz y al orden, forma un Congreso, integrado por Iturbidistas, Republicanos y Borbonistas, pensando que dejarían de luchar, y no sucedió; por el contrario este congreso, se disolvió y se creó otro nuevamente, que finalmente resuelve el declarar a la Nación Mexicana, una “República Federal”. Nombrando a Guadalupe Victoria, como primer Presidente en México, éste ordena la pena de muerte para Agustín de Iturbide, y en el año de

1824, creándose una segunda Constitución, se establece la República Representativa Popular y Federal; pero no cesa el imperialismo inglés y el norteamericano de luchar por apoderarse de la economía de nuestro país⁴⁷.

La pobreza del gobierno mexicano lo obliga a aceptar empréstitos ruinosos y se crean partidos políticos por los masones, aunque muy lentamente sus luchas prosiguieron, logrando apartar al Clero de la educación y la declaran laica y gratuita para todo el pueblo mexicano, en la nueva Constitución de 1836, que sustituye a la federalista de 1824, y legalmente se adopta la República Centralista.

Para comprender las normas que se aplicaban en materia familiar, era necesario el tener una información de esta envergadura, para saber que el surgimiento de la familia como institución tiene una íntima relación con el surgimiento del Estado como ámbito de poder autónomo, con relación a la Iglesia, quienes se disputan tener el control sobre el matrimonio y la familia. Así, la familia se convierte en tema del discurso moral de la iglesia y cívico del Estado. Temas como la monogamia, la indisolubilidad del vínculo conyugal, el “amancebamiento” y el concubinato, la educación y alimentación de los hijos, así como el tema de los hijos naturales, son materia del discurso de autoridades cívicas y eclesiásticas que intentan poner orden en prácticas que rebasan toda reglamentación.

Legislaciones civiles, decretos, concilios y pragmáticas harán positivas las normas sobre el matrimonio, sin embargo una serie de transformaciones que tienen que ver con el surgimiento de la “Opinión Pública” y el incremento de la alfabetización, revolucionarán el poder casi tiránico que la familia ejercía sobre el individuo, encontrando nuevas formas de desarrollo personal e individual fuera del ámbito íntimo, en los espacios públicos, en los clubes sociales y políticos, cafés, escuelas, círculos de lectura, el teatro y los centros de diversiones y juegos.

Con el fortalecimiento de los Estados nacionales hacia la segunda mitad del siglo XIX, la familia se fortalece como la “célula básica de la sociedad”, desde donde los

⁴⁷ Barrón de Morán C. “Historia de México”, PP. 263 y 264. Ob. cit.

niños aprenden y reproducen a la misma; la familia realiza las funciones de educación de los hijos dentro del ámbito familiar y reproduce el orden del Estado por el ejercicio del poder jerárquico, ejercido por el padre sobre su mujer y los hijos.

Sin embargo, la progresiva liberalización de la educación familiar conlleva a que el aprendizaje de la vida en sociedad se transfiriera de la familia al colegio, con el consiguiente debilitamiento de la institución familiar y un fortalecimiento del individuo; se opera una sustitución de la autoridad de la familia sobre el individuo por el Estado, con el consentimiento de aquélla.

Así, la familia ha dejado de ser una institución fuerte, se “desinstitucionaliza”; es preferible la escuela a la familia, aquélla reemplaza a ésta, dejando de ser la “célula de la sociedad” al transferir su función de reproducirla al colegio⁴⁸.

Y aunque prevalecen las contradicciones entre legislación y prácticas, tanto la Iglesia como el Estado imprimen en la familia su carácter jerárquico, y ésta conoce una “*época de oro*”, que se extiende hasta la segunda mitad del siglo XIX. Este giro en la relación familia-sociedad-individuo, implica que las funciones de la familia, reducidas a las funciones privadas, sean absorbidas por el individuo, con la consecuencia de la “informalidad” de las familias que rompen incluso con el modelo de las familias nucleares tradicionales, aumentando los porcentajes de las familias compuestas simplemente de la madre y los hijos, familias de un sólo miembro y las actuales unidades de convivencia.

En el seno de la vida privada familiar nace la de los individuos y a pesar de que el matrimonio es indisoluble, la madre realiza las labores del hogar y es responsable del cuidado y educación de los hijos; ya en definitiva se le toma en cuenta como persona apta para tal derecho, tanto que si se da la separación, la mujer tiene la custodia de los descendientes, aunque no en orden judicial como derecho sino como obligación.

⁴⁸ Consulta. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CRC.C.8.Add.2.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CRC.C.8.Add.2.Sp?Opendocument), fecha 6 de julio de 2009, 10:30 a. m. Ob. Cit. de nota (21).

1.4.4 México y sus Códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928

El Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California, del 13 de diciembre de 1870, es el primer esfuerzo serio de codificación civil que fue realizado por el Presidente Benito Juárez, el cual ostenta con la orden inscrita de “comenzará a regir el 1º. de Marzo de 1871”⁴⁹.

Este Código presenta como preámbulo de su contenido lo denominado “Exposición de los Cuatro Libros del Código Civil del Distrito Federal y territorio de Baja California”; cada libro que a su vez se subdivide en títulos y estos en capítulos. Los libros que integraban dicha codificación son: Libro Primero, “De las Personas”; Libro Segundo, “De los Bienes, la Propiedad y sus diferentes modificaciones”; Libro Tercero “De los Contratos” y Libro Cuarto, “De las Sucesiones”.

El Libro Primero, contiene todo lo concerniente a las relaciones familiares, donde en el Capítulo V, relativo al Divorcio inicia con el Artículo 239⁵⁰ que ordena: “El Divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio”; se suspenden sólo algunas de las obligaciones civiles, que son descritas en los artículos del 240 hasta el 246. No obstante, desde el artículo 240 se señalan 7 causales que darán lugar al Divorcio; continuando en los demás artículos las causas y consecuencias de sus efectos, con algunas restricciones muy conservadoras, propias de aquellos tiempos, como lo menciona el artículo 247 que a la letra dice:

“El Divorcio por mutuo consentimiento, no tiene lugar después de veinte años de matrimonio, ni cuando la mujer tenga más de cuarenta y cinco de edad”⁵¹. Asimismo, en el artículo 248, se plantea la situación de los hijos estableciendo: “Los cónyuges que pidan de conformidad su separación de lecho y habitación, se acompañarán de los bienes durante el tiempo de la separación”.

⁴⁹ Aguilar Ortiz, J.M. “Código Civil Del Distrito Federal Y Territorio De Baja California” Tipo. 1ra. De Sto. Domingo Núm. 5, México.1873, Pág. 31.

⁵⁰ Ídem.

⁵¹ Ibídem. Pág. 33.

Otro de los artículos que pondera la preocupación por los hijos, durante este proceso, es el 253, el cual ordena que “al decidir sobre la separación, el Juez aprobará el convenio a que se refiere en el artículo 249 (describe los elementos que deberá contener el convenio relativo a la separación), si al convenir no se violan los derechos de los hijos o de un tercero”.

En los siguientes artículos se disponen los términos del proceso del Juicio de la separación, pues el criterio jurídico de los Legisladores de antaño, era muy insistente en la normatividad de la figura el divorcio que sólo sería una denominación; pues su tendencia intrínseca de los preceptos de este Capítulo muestra su total inclinación a la separación únicamente, casi obstruyendo la posibilidad de extinguir el vínculo matrimonial.

Sin embargo, y después de muchos requisitos a cumplir por los aspirantes a la separación, si el Juzgador considera la posibilidad de que se dé ésta y admitiera la demanda presentada por los interesados, como lo establecía el artículo 266: la norma regula las medidas preventivas en forma precautoria, pues indica claramente “Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges”, observándose lo dispuesto en los artículos 268, 269 y 270 del citado ordenamiento⁵².

Estos artículos se refieren a las personas que se harán cargo del cuidado de los hijos, mencionando que, al llegar a la sentencia ejecutoriada del divorcio, si se hubiere encontrado a uno de los cónyuges no culpable, a ese se le otorga la potestad de los hijos; pero no así si ambos son culpables, ya que de acuerdo con los artículos que se encuentran en el capítulo de la tutela, será nombrado un tutor responsable de los hijos menores. En artículos siguientes, ordena que los abuelos serán considerados, o los tíos y/o hermanos mayores, si así lo manifestaran; y finalmente estos preceptos ordenan, que los padres que fueran declarados culpables del divorcio, pierdan la patria potestad y no quedan eximidos de las obligaciones para con sus hijos, sobre todo de alimentarlos.

⁵² *Ibidem*, Pág. 35.

Pero es de hacer énfasis en los subsecuentes preceptos, pues el Legislador de entonces dispone, en el artículo 271, que el cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo su poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras viva. En el siguiente artículo 272, se dispone que en caso de no existir ascendientes sobre quien recaiga la patria potestad, se proveerá de un tutor a los hijos a la muerte del cónyuge inocente.

Además se impone al hijo el deber de cohabitar en el mismo sitio del pariente asignado, también se describe que debe educársele “convenientemente”⁵³ respecto a la forma de educarlo, en el artículo 296 se dispone que: “El padre o el pariente asignado para ejercer la patria potestad, deberá a la par ejercer la facultad de corregir y castigar templada y mesuradamente, pero contará con que la autoridad auxiliará á los padres en el ejercicio de esta facultad, para hacerlo de una manera prudente y moderada, cuando sean requeridas las circunstancias para ello”, y finalmente queda prohibido para el potestado intervenir en juicio sin autorización del pariente responsable de la patria potestad. Concluye indicando que quedaba prohibido para el potestado, intervenir en juicio sin autorización del pariente responsable de la patria potestad hasta los 21 años, la mayoría de edad entonces, como lo marca el artículo 388, que se localiza en los Títulos Séptimo y Octavo, “De la Patria Potestad” que se divide en tres capítulos:

El Capítulo I “De los efectos de la patria potestad respecto de las personas de los hijos” (artículos 389 a 399); Capítulo II “De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo” (artículos 400 a 414); Capítulo III “De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad” (artículos 415 a 429).

Un breve comentario al Título Octavo del Código. Respecto al capítulo I, principia con un artículo de los que la doctrina denomina como leyes imperfectas, pues tal disposición no se encuentra provista de sanción (artículo 389). Únicamente

⁵³ Ibídem PP. 46 y47

establece el deber a cargo de los hijos de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

El Capítulo I trata “De los efectos de la patria potestad respecto de las personas de los hijos”. Este Apartado se encuentra dentro de los artículos 389 al 399, estableciendo que la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos menores de edad no emancipados, ya sean legítimos, legitimados o reconocidos (artículo 390); se confirma que la patria potestad en este código se integra por un conjunto de derechos o facultades que se ejercen sobre la persona y los bienes de los hijos (artículo 391); en cuanto a su ejercicio, se lleva a cabo en primer lugar y en forma exclusiva por el padre; en segundo lugar, por la madre; en tercer sitio, por el abuelo paterno; en cuarto, por el abuelo materno; en quinto, por la abuela paterna; y en sexto, por la abuela materna (artículo 392)⁵⁴. Además, al momento de determinar a quienes corresponde el ejercicio de la patria potestad, se coloca en primer lugar al padre y en segundo lugar a la madre con lo que la figura paterna se ubica dentro de la familia en un plano preferencial, lo que da como resultado la existencia de una jerarquía patriarcal dentro del núcleo familiar, con actitudes y comportamientos de dominación masculina.

Funciones atribuidas en primer lugar y en forma exclusiva al padre (artículo 392-I); quien actúa como jefe de su familia (exposición de motivos) con la obligación de educarlos convenientemente (artículo 395); con la facultad de corregir y castigar templada y mesuradamente (artículo 396); contando con el auxilio de las autoridades en el ejercicio de esta última facultad (artículo 397); y con la limitante para los hijos de que no pueden comparecer en juicio ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del padre (artículo 399).

Tal actitud preferencial al sexo masculino se explica, en parte, con la Ley sobre el Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859 (expedida en Veracruz por Benito Juárez, en su calidad de Presidente Interino Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos), que en su artículo 15 establecía los requisitos que debían satisfacer

⁵⁴ Ídem

tanto el hombre como la mujer para unirse en matrimonio. Como se aprecia en el fragmento que a continuación se transcribe:

Artículo 15. “Que el hombre cuyas dotes sexuales son principalmente el valor y la fuerza, debe dar, y dará a la mujer, protección, alimento y dirección, tratándola siempre como a la parte más delicada, sensible y fina de sí mismo, y con la magnanimidad y benevolencia generosa que el fuerte debe al débil, esencialmente cuando éste débil se entrega a él, y, cuando por la sociedad, se le ha confiado. Que la mujer, cuyas principales dotes son la abnegación, la belleza, la compasión, la perspicacia y la ternura, debe dar y dará al marido, obediencia, agrado, asistencia, consuelo y consejo, tratándolo siempre con la veneración que se debe a la persona que nos apoya y defiende, y con la delicadeza de quien no quiere exasperar la parte brusca, irritable y dura de sí mismo”⁵⁵.

En este artículo se pondera la calidad del hombre dentro de la familia como el “jefe de familia”, con lo que la mujer es colocada en un plano secundario; en consecuencia, es el padre el que tiene la facultad de corregir y castigar a sus hijos, templada y mesuradamente (artículo 396).

En el Capítulo II “De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo” se encuentra regulado el desarrollo y desempeño del encargado en turno de la patria potestad del hijo, de cómo y en que condiciones se llevará a cabo la administración de los bienes, propiedad del menor. Este contenido se encuentra dentro de los artículos 400 al 414, los cuales regulan lo relativo sobre, a quién le corresponde el cumplimiento del deber de administrar los bienes del hijo, las vías de procedencia de dichos bienes, las sanciones correspondientes para no lucrar con esos bienes, el curso de la administración, las limitaciones del goce del usufructo de los bienes del hijo, las causas de extinción de esta obligación, así como la rendición de cuentas al hijo al cumplir éste la mayoría de edad, ya mencionada en texto anterior. Y finalmente, en el Capítulo III que se denomina “De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad”, encontramos que dichas cuestiones se regulan en los artículos 415 al 429, en donde inicialmente ordena tres causas por

⁵⁵ Consulta.<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/8/dtr1.htm#2>, fecha 3 de septiembre de 2009 9:00 a. m.

las que se acaba la patria potestad que son: “por la muerte del responsable de la patria potestad, por la emancipación del hijo y por la mayoría de edad”. Como la administración de los bienes puede exigir una instrucción superior, se autoriza al padre para que pueda nombrar uno o más consultores, cuyo dictamen haya de oír la madre.

Posteriormente, estas normas plantean los motivos de “pérdida” del desempeño del cargo de potestante, si los tribunales tienen conocimiento de que éste, con extrema severidad, educa al hijo o lo orilla a la corrupción por malos ejemplos o consejos⁵⁶. Este Título se cierra con las causas por las que se suspende el ejercicio de la patria potestad y dentro de ellas, cuatro situaciones que causan esta suspensión. Primero por incapacidad declarada judicialmente; segunda causa, por malos manejos en la administración de los bienes; tercera por la ausencia declarada en forma; y la cuarta y última, que dispone este ordenamiento pionero del Derecho Civil, por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

Reforzando aún más la figura paterna, el padre en agonía está en posibilidad de designar en su testamento uno o más consultores (artículo 420), quienes dictaminarán sobre los actos, en ejercicio de la patria potestad, que él haya determinado en vida expresamente. Con lo cual la madre supérstite ejerce una patria potestad limitada a la voluntad de su difunto esposo, y si la madre dejare de atender el dictamen del consultor, podía ser privada del ejercicio. Posición aplicable tanto a la madre, como a la abuela de los hijos (artículos 420 y 423), situación por demás desequilibrada para con las mujeres, ya se trate de la madre o la abuela.

En los siguientes artículos, los legisladores instituyen la figura del consultor, que el padre que en testamento asigna, cuyo dictamen la mujer está obligada a obedecer, pues de no ser así, sería privada de toda autoridad sobre sus hijos (artículo 423). En este Código la patria potestad siempre es renunciable (artículo 424); el que renuncia a su ejercicio no puede recobrarlo (artículo 425); además, la patria potestad se pierde por segundas nupcias cuando la ejercen la madre o la abuela, y

⁵⁶ “Código Civil Del Distrito Federal Y Territorio De Baja California”, Pág. 48. Ob. Cit.

se recobra si volviesen a enviudar (artículos 427 y 429). Estos son algunos elementos que nos permiten integrar el concepto de patria potestad, derivado del Código Civil de 1870.

Como se aprecia, tenemos en este código una institución jurídica de ejercicio predominantemente masculino, que coloca a la mujer en situación de desventaja dentro de la familia, ya sea ésta la madre, la hermana o la abuela, pues su papel social estaba supeditado a la decisión masculina, llámese padre, hermano o abuelo.

Como características o cualidades de la patria potestad, tenemos:

- Un titular dominante, que es el padre.
- El carácter de renunciable, sin posibilidad de recobrar su ejercicio, correspondía únicamente a la madre, abuelos y abuelas.
- Se podía recobrar el ejercicio perdido por haber contraído segundas nupcias, por parte de la madre o la abuela, si volviese a enviudar.
- La existencia del consultor, figura que continuaba las conductas establecidas por el padre en vida, en ejercicio de la patria potestad⁵⁷.

Como se infiere, la posición de la mujer en la familia es muy distinta a la del hombre, lo que da como resultado una patria potestad que se ejercita básicamente con criterio masculino.

Código Civil Del Distrito Federal Y Territorio De La Baja California y Tepic, del 31 de marzo de 1884

El Código Civil de 1884 presenta escasas variantes respecto del Código Civil de 1870. Reproduce los preceptos del Código anterior en cuanto a la naturaleza del divorcio, sus efectos y formalidades, reduciendo los trámites necesarios para la

⁵⁷ Consulta. [http:// www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/8/dtr1.htm](http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/8/dtr1.htm) #3, Ob cit.

consecución del mismo, y le agregó seis causas más al Código derogado (el Código Civil de 1870 estableció siete causas para solicitar el divorcio).

Este código regula la patria potestad, dentro del libro primero, De las personas; Título Octavo, De la patria potestad⁵⁸ Capítulo I, De los efectos de la patria potestad respecto de las personas de los hijos (artículos 363 a 373); capítulo II, De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo (artículos 374 a 387); Capítulo III, De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad (artículos 388 a 402).

Se reducen a tres las causales para suspender la patria potestad (el Código Civil de 1870 consideraba cuatro causas de suspensión), pues excluye el caso del hijo pródigo administrador de bienes (artículo 391). Por lo demás, subsiste el texto del Código Civil de 1870, en virtud de que el Código Civil de 1884 reproduce los artículos correspondientes a la patria potestad.

Este Código es el primero que compila por primera vez la patria potestad con un estilo exegético (explicativo), pues transcribe los artículos que integran cada uno de los capítulos (son tres) que corresponden a este título, y en seguida hace un análisis muy cuidadoso de cada artículo, recurriendo desde sus antecedentes hasta la fecha. Para comprender mejor su articulado este autor explica y nos proporciona con su bien documentado estudio, la evolución que presenta al considerar a la figura de la patria potestad, desde la época en que era un poder extenso y cruel, menciona el maestro Lic. Agustín Verdugo⁵⁹, lo que se ha considerado que hacía del padre un absoluto soberano respecto de la persona y de los bienes de sus hijos, hasta convertirla en sagrado depósito de inmensa responsabilidad, pues podía exponerlos, venderlos y ellos nada adquirirían ni poseían.

⁵⁸ Ídem

⁵⁹ Véase. Consulta. http://books.google.com.mx/books?id=PKUYAAAAYAAJ&dq=principios+del+derecho+mexicano+por+agustin+verdugo&source=gbs_book_other_versions_r&cad=3 Principios de derecho civil mexicano: comentados según los más célebres jurisconsultos, las leyes antiguas romanas y espaldas y las ejecutorias de los diversos tribunales de la República, Volumen 4. Agustín Verdugo, José Portillo editor Gonzalo A. Esteva, 1888 bibliografía que procede de Universidad de Harvard., fecha 17 de octubre de 2009 11:00 a. m.

Fue necesario el transcurso de mucho tiempo para que los romanos exclamaran con Marciano: “*patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere*” traducida al español es el deber de entregar piedad en la patria potestad, y no por las atrocidades dejar de ejercerla o abusar de ella. (Dig. Lib. 48, tít. 9.1).

Considera a Theodocio el Grande como el “consagrador” de los derechos de la madre, nadie mejor para defender y amar a los hijos que la madre, desde luego si el padre habría fallecido y este no había designado tutor o tutor legítimo, y si la madre juraba no contraer segunda nupcias⁶⁰.

Así, con mucha cautela, se le permite a la mujer la injerencia en el ejercicio de la patria potestad, como cuando Justiniano preocupado por la suerte de los hijos en caso de divorcio, ordenó que ellos quedasen en poder del cónyuge inocente, aún cuando fuese la madre⁶¹. El autor también se refiere a dos decretos de la Revolución Francesa (28 de agosto y 20 de septiembre de 1792) en los que se abolió el poder paterno sobre los mayores de edad y fijaron ésta en los veintiún años.

Nos remite a la exposición de motivos del Título IX, Libro 1o. del Código de Napoleón, que definía a la patria potestad como: “Un derecho fundado sobre la naturaleza, confirmado por la ley que da al padre y a la madre durante un tiempo limitado y bajo ciertas condiciones, la vigilancia de la persona, la administración y el goce de los bienes de sus hijos”.

Precisa el autor, que el espíritu de nuestros legisladores ha sido que domine en el ejercicio de tan importantes funciones de el jefe de familia, la más absoluta y perfecta unidad. Se habla del poder paterno, que en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, este poder se transmite al supérstite. Considera el autor a la familia como una escuela para todas las virtudes, y el asilo sagrado y protector en favor de

⁶⁰ Véase. Consulta de nota 55.

⁶¹ Ídem

los débiles hijos. Nos dice el autor que la patria potestad es una institución eminentemente moral.

Tratándose de los consultores que el padre fallecido haya designado en su testamento, cuyo dictamen deben oír la madre y las abuelas, según sea el caso, implica en forma por demás manifiesta una muestra de incapacidad femenina⁶².

Se comenta la causal de pérdida de la patria potestad, fundada en que la madre o la abuela viuda vivan en mancebía, argumenta el autor que tal situación no está considerada en nuestras leyes como delito, aunque se da una escandalosa inmoralidad.

Respecto a la causal de pérdida de la patria potestad, consistente en que la madre o abuela pasen a segundas nupcias, el autor cita a varios autores al respecto, con lo que se coloca a la mujer en desventaja respecto de su cónyuge: refiere que el padre que vuelve a casarse queda dueño de sí mismo y de sus negocios, no teniendo necesidad de nadie para realizar el bien de sus hijos; cosa distinta sucede con la madre que pasa a segundas nupcias, cesa de pertenecerse⁶³.

Otra obra digna de mención es la de Manuel Mateos Alarcón, “Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal, promulgado en 1870”, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884. Obra en seis tomos publicada entre 1885 y 1900.

Dedica esta obra, la lección XV, a la menor edad y a la patria potestad. Tales lecciones llegaron a gozar de tal prestigio, que fueron adoptadas como texto, prácticamente, en todas las escuelas de jurisprudencia de la República, e influyeron decisivamente en nuestra jurisprudencia⁶⁴.

⁶² Ídem

⁶³ Ídem

⁶⁴ Ídem

No podemos dejar de mencionar la obra de quien fuera el Secretario de la Comisión que revisara el Código Civil de 1870 y que diera como resultado el Código Civil de 1884: Miguel S. Macedo, datos proporcionados para el estudio del nuevo Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. Documentos oficiales relativos a la reforma del Código Civil y notas comparativas del nuevo código, con el Código de 1870, México, 1884.

El Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal de 1928

En el Código Civil del Distrito Federal y territorio de Baja California de 1884, sólo se cumplió con la ambición política de Manuel González, quien fuera Presidente de México en la época señalada, lo llevó a lo absurdo, y hubo quien lo secundó en poner en vigor un nuevo Código Civil para México, resultando nuevamente una mala copia del de 1870.

En consecuencia, el país entró en una convulsión, como resultado de los treinta y tantos años del régimen porfirista, y así le tocó a Venustiano Carranza lo que se refiere a las Leyes de Derecho Familiar, por ser el primero que separara formalmente el Derecho Familiar de la materia Civil, logrando que naciera la idea de una Ley del Divorcio Vincular de 1914. Es en el Estado de Veracruz que se promulga la primera ley que disuelve el vínculo matrimonial por mutuo consentimiento y otras causas, durante la estancia de Venustiano Carranza en ese lugar como encargado, no titular, del poder ejecutivo,.

Con la promulgación de nuestra Carta Magna se crea la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 que muestra su preocupación, pues tanto la Ley del Divorcio como ésta, son producto del Plan de Guadalupe de 1913, y por supuesto, de la fracción constitucional que en su momento va a originar la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Ley sobre Relaciones Familiares, históricamente es un hecho notable, porque en el artículo quinto transitorio de la misma, se establece específicamente que toda la materia del Código Civil que en ese tiempo establece en vigor, quedaba abrogada del Código citado. Que la ley tendría vigencia local y que todos y cada uno de los Estados de la República deberían promulgar aquélla, para que todos los conflictos de Derecho Familiar se resolvieran con la nueva ley y no con el obsoleto y caduco Código Civil de 1884⁶⁵.

Es conveniente informar en cuanto a la promulgación de esta ley, que tuvo vigencia en el Distrito Federal hasta el primero de octubre de 1932, y en otros, como en el Estado de Guanajuato, hasta 1967, situación que en su momento comentaremos ampliamente, porque es en el año de 1983 cuando en el Estado de Hidalgo, al margen del Código Civil y del de Procedimientos Civiles, se ponen en vigor un Código Familiar y otro de Procedimientos Familiares para cada entidad, ratificando la separación legislativa.

Por conflictos entre Plutarco Elías Calles, los legisladores, la sociedad y el factor laboral, se publicó este Código durante cuatro años en el diario oficial, desde 1928, incluso con el grave error de que fue hasta 1932 que entró en vigor este Código Civil y de Procedimientos Civiles, para el Distrito Federal; manteniéndose en vigor el de 1884, debido a la existencia de conflictos internos que postergaron la promulgación del Código Civil de 1928, hasta el primero de octubre de 1932.

Este Código, sin ninguna innovación, copia el Código de Napoleón, y en lo referente al Derecho Familiar, específicamente el tema de este artículo, lleva el divorcio con un sin número de causales, incluido por supuesto el que procede por mutuo consentimiento⁶⁶.

⁶⁵Consulta. [http:// www.oem.com.mx/oem/notas/n597612.htm](http://www.oem.com.mx/oem/notas/n597612.htm)) García Criado, Ma. De las Viñas y otros, fecha 14 de Septiembre de 2009,5:35 p. m. .

⁶⁶ Consulta. [http:// www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/8/dtr1.htm](http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/8/dtr1.htm) #36, Ob cit.

Sigue la historia con sus mínimas reformas sin perder la esencia y sentido del precepto en materia de guarda y custodia, y de patria potestad.

Este Código permaneció vigente en el Distrito Federal hasta el primero de junio del 2000, fecha en que la Asamblea Legislativa reforma el Código Civil para el Distrito Federal. Estableciendo un profundo interés por el bien de la familia, sosteniendo en dicho ordenamiento que todas las normas de Derecho eran de orden público y afirma que la autonomía de la voluntad en los actos jurídicos del Derecho Familiar no opera, desapareciendo los criterios canonistas y privativos del Código de Napoleón, para crear, por primera vez, verdaderas normas jurídicas protectoras del núcleo social fundamental de México y la humanidad, que es la familia.

Actualmente, es suficiente mencionar que el artículo 138 Ter del Código Civil vigente para el Distrito Federal en cuestión, dispone que todas las normas de Derecho Familiar son de orden público e interés social⁶⁷, y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros con base en el respeto a su dignidad. También se impone en dicha normatividad “el deber” de los miembros dentro de la familia, de observar entre ellos mismos la consideración, la solidaridad, y el respeto recíprocos, en el desarrollo de las relaciones familiares en primer lugar.

⁶⁷ Consulta. [http:// www.oem.com.mx/oem/notas/n597612.htm](http://www.oem.com.mx/oem/notas/n597612.htm)) García Criado, Ma. De las Viñas y otros, Ob. cit.

CAPÍTULO SEGUNDO

2. Conceptos Generales

2.1 Guarda y Custodia de Hijos

Custodia es una situación jurídica que implica cuidado directo y vigilancia inmediata de un menor, derivada de la filiación o parentesco, de una sentencia judicial o de la determinación contractual de los sujetos a quienes corresponde originariamente. El origen de la custodia no es necesariamente la filiación o la patria potestad, sino que puede ser, sustancialmente, una resolución judicial o la determinación contractual de los ascendientes a quienes corresponde. Se refiere exclusivamente a sujetar jurídicamente al cuidado y vigilancia de una persona a un menor de edad⁶⁸.

Dentro del Derecho Argentino la guarda es la tenencia y vigilancia del menor, es por demás autoritaria, ya que en primer término, los padres tienen el derecho de tener consigo a sus hijos, cuidarlos y vigilarlos, aún se encuentre designada la guarda o tenencia por divorcio correlativamente, pues los hijos tienen la obligación de vivir en las casas junto a sus progenitores y no pueden dejarla sin su permiso, ya que si dejaran su casa por voluntad propia o por consejo de un tercero, cuentan con el respaldo del Estado para dirigir la obediencia a la autoridad de los padres. Inclusive es tal el efecto de la guarda obligada, por ambos lados, que de cometer un menor de edad un delito en contra de tercero, quien responda es el progenitor a cargo, en vía penal⁶⁹.

Guarda y Custodia es cuando se produce una separación o divorcio y hay hijos en común, la guarda y custodia de ellos puede ser adjudicada a cualquiera de los dos progenitores, la decisión final depende de varios factores. Ya que la guarda y custodia, es un concepto que define con quién va a convivir el hijo y quién lo cuidará

⁶⁸ De La Mata Pizaña, Felipe y Roberto Garzón Jiménez., "Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito federal", 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2005, Pág. 258.

⁶⁹ Borda, Guillermo A. "Tratado de Derecho Civil, Familia II", 9ª ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1993, Pág.148.

durante el proceso y posteriormente al fallo del divorcio⁷⁰.

Sin embargo, en el sentido más que natural y coloquial, en nuestro idioma castellano, “Guarda”, viene del verbo latín de *guardare* o en español que significa “Guardar” es proteger algo de valor contra un posible riesgo. En general encontramos sinónimos⁷¹ que nos describen el significado real y tan importante que se logra obtener de su aplicación: “Defender”, “Proteger”, “Resguardar”, “Cubrir”, “Amparar”, “Preservar”, “Auxiliar”, “Socorrer”, “Ayudar”, “Recomendar”; desde un lenguaje laico “Apadrinar”; desde el lenguaje jurídico “Tutelar”, “Patrocinar” o “Guardar”.

La custodia es el término que secunda al anterior, del cual, al hacer un análisis de raíz, nos encontramos que su concepto literal es casi, en su narración el mismo que el anterior, “el guardar, el defender, el vigilar un tesoro (cosa material), el escoltar a un funcionario público, ejemplo un Rey, un Presidente, etc.

Que finalmente nos lleva a un par de conceptos textuales jurídicamente casi pleonásticos y reiterativos como lo presenta Rafael De Pina Vara⁷², “El guardar es cuidar, custodiar, vigilar y cumplir”. Sin embargo se percibe del legislador la doble importancia de su existencia como una figura fundamental en el tema central en la familia y en la sociedad, ya que con tal relevancia debe ser contemplado y aplicado en los miembros de las familias sobre quienes recaen y deciden la vida adulta de cada individuo en todos sus aspectos de vida.

⁷⁰ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Lic. Elizabeth González Reguera Ponencia presentada en el Congreso Internacional del Derecho Familiar, Tomo: IV, Julio de 1996. Tesis: XX.97 C. Pág. 1 de aquí salio este pie de Pág. Consulta. <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-195s.pdf>, fecha 20 de Enero de 2010, 2:15 p. m.

⁷¹ Autores México-chilenos, “Diccionario de Sinónimos y Antónimos y Sinónimos en inglés” Coedición Cía. Ed. Nauta y Planeta Chilena, Chile y México, 1992, Pág. 133.

⁷² De Pina Vara, Rafael y De Pina, Rafael “Diccionario de Derecho”, 26ª ed., Ed. Porrúa, México. 1998. Pág.207.

2.1.1 Naturaleza jurídica y características de la guarda y custodia

La naturaleza jurídica de la guarda y custodia consiste en una tenencia, que por su puesto debe ser legal, derivada de la filiación entre padres e hijos. Pues al tener la guarda y custodia, la finalidad de su cuidado y vigilancia, no sería posible realizarla sin tener al menor en el mismo techo para poderlo atender y guiar, así como satisfacerle todas sus necesidades.

Esa tenencia, normalmente la ejercen tanto padre como madre, sin embargo, a falta de uno de ellos, la ejercerá quien tenga consigo al menor, pues es muy importante este concepto cuando tenemos “niños ante el divorcio de sus progenitores”. Ya que será un Juez de lo Familiar quien elija a la persona idónea para atender a los menores, quienes deben ser guardados y custodiados, sin ningún perjuicio a quien no se le confiera de seguir ejerciendo la patria potestad sobre los menores, y por lo tanto, mediante el derecho de visita compartida, seguir conviviendo con los menores, vigilando su desarrollo cuidadosamente y su educación, así como aportando medios económicos para su subsistencia.

Por lo que se considera que la naturaleza jurídica de la guarda y custodia es el derecho que tiene el menor de ser cuidado por sus padres, tanto en su integridad física, como psico-emocional y mentalmente, ya que ésta es una obligación inherente de ellos, para el desarrollo integral del menor desde su concepción.

Características que se pueden enunciar de la guarda y custodia⁷³:

- La primera característica de la guarda y custodia es que es obligatoria, además de ser un derecho de los padres al contraer matrimonio y concebir un hijo; y su negativa traería como consecuencia el abandono del menor y dicha conducta se convierte en un delito, el cual es debidamente castigado y sancionado por la legislación penal.

⁷³Consulta, http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?pagename=Portal_del_Derecho/Page/FichaFaq&idTematica.tematica&p18k, fecha 16 de Septiembre de 2009, 11:15 a. m.

- Otra característica es que puede ser provisional o definitiva, ya que en caso de divorcio, o separación, cuando los padres no se ponen de acuerdo en quién la tendrá a su cargo, será el juzgador de lo familiar, quien mediante el procedimiento adecuado, y a petición de parte, señalará, en una audiencia extraordinaria, en la que oirá la opinión del menor en su declaración ante el asistente de menores, y tomando en consideración, las pruebas ofrecidas, entre ellas las psicológicas de los padres, o ascendientes aspirantes en segundo grado (abuelos), se otorgará la guarda y custodia provisional al progenitor o abuelo, que el Juez considere más apto.
- Generalmente y de acuerdo a la edad de los menores, la guarda y custodia debe determinarse por convenio de los progenitores, misma que será otorgada a ambos padres, pero si no es así tiene la madre la preferencia si los hijos son menores de doce años.
- Una vez resuelto el procedimiento de orden familiar, en Sentencia definitiva se determinará en quién recaerá la guarda y custodia de los menores definitivamente, de acuerdo a las pruebas aportadas por las partes, y que el Juez haya tomado en cuenta al emitir su resolución pero siempre buscando el interés superior del menor.
- Otra característica de la guarda y custodia de los menores es que puede ser otorgada, en casos específicos extremos, a una Institución de Gobierno asignada por el Juez de lo Familiar.
- También la guarda y custodia es gratuita, ya que no contempla remuneración alguna, aspecto que es diferente con la patria potestad. En la que existiendo bienes propiedad del menor administrados por el progenitor, este tiene derecho al usufructo legal de los mismos; los bienes adquiridos por otro medio que no fuere su trabajo, tendrá derecho a la mitad del usufructo, pero ese derecho se mantendrá mientras no se pierda la patria potestad o el menor se emancipe o renuncie a recibir el usufructo.

Causas de extinción de la guarda y custodia en vía provisional

Desde su asignación judicial, en cualquier momento podrá ser revocada la guarda y custodia por el juzgador de lo familiar, sí así lo estimara conveniente, al tener conocimiento de que el menor se encuentra sufriendo algún tipo de violencia por el progenitor o ascendiente designado para su guarda, o por escuchar al menor en declaración manifestando violencia en su contra frente al asistente.

Alicia Pérez Duarte⁷⁴ señala una serie de diferencias entre la custodia y la patria potestad, pues en el Derecho Familiar Mexicano establece que la custodia tiene especial relevancia, pues está dirigida a la atención de la niñez como complemento de la patria potestad y en estrecha relación con ésta. Sin embargo, esta autora nos dice el sentido que se le da precisamente a la guarda de una persona, que es hacerse cargo de la misma con toda diligencia y cuidado, ya que tiene esa obligación.

En el Derecho en comento, se le encuentra en expresiones tales como: << poner a los hijos al cuidado de... >>; << los hijos quedarán en poder de... >>; << a quien sean confiados los hijos >>; << guarda de la persona y bienes>>. Se le define como “El derecho y la obligación que tiene una persona (normalmente el padre o la madre) de dar alojamiento y conservar con ella a un menor, o bien, establecer su residencia en otra parte”⁷⁵.

Tratándose de las personas menores de edad, el Código Civil para el D.F. vigente (2009), diferencia los conceptos de patria potestad y custodia, como instituciones referidas al bienestar y cuidado de la niñez, pero distintas entre sí. La custodia sólo comprende los cuidados de la persona del hijo o hija y la patria potestad abarca tanto a su persona como a sus bienes⁷⁶.

⁷⁴ Véase, De la Mata Pizaña, Felipe y Roberto Garzón Jiménez, “Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito federal”, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2005, Pág. 258.

⁷⁵ Ídem

Por otra parte, la patria potestad es una cualidad que faculta a los padres legalmente a ejercer la responsabilidad hacia el cuidado de su menores hijos, hasta que⁷⁷ se pierde por resolución judicial; se suspende por desinterés o incapacidad declarada, que generalmente no se vuela a recuperar; se limite cuando uno de los progenitores contrae segundas nupcias; o se termine por mayoría de edad. En vía definitiva la guarda y custodia se extingue por las mismas causas que la patria potestad: con la salvedad que en la guarda y custodia, aunque se suspenda se puede recuperar; no así la de pérdida, por ser irreversible y fatal. En conclusión se obedece a una rígida interpretación de la ley, incorruptible a partir del cambio legislativo en materia familiar, ya que la creación de los Tribunales especializados y de juicios por controversias familiares, el rango inquisitorio y de amplios poderes discrecionales del Juez autorizan a actuar de oficio, buscando éste el interés superior del menor.

2.2 La Psicología como Disciplina

Esta disciplina es de extrema importancia para un momento tan álgido, como lo es una separación de los padres que deciden hacerlo ya sean los dos o uno de ellos, pues es el momento de mayor tensión para los hijos, no así el divorcio legal, frecuentemente durante la separación se rompe la comunicación entre los miembros de la pareja y se deja a los niños en la ignorancia sobre lo que está sucediendo. Este desconocimiento les llena de confusión y temor. A menudo, los más pequeños imaginan que tienen la culpa de que uno de los padres se haya ido del hogar⁷⁸.

⁷⁶ Ídem

⁷⁷ Véase Agenda Civil del D. F. 2009, „Código Civil vigente para el Distrito Federal’, 18ª ed., Ediciones Fiscales, ISEF México Enero 2009, Art.641. PP 58 a 61.

⁷⁸ Parkinson. Lisa, “Mediación Familiar, Teoría y Práctica: Principios y Estrategias Operativas”, Ed. Gedisa, Barcelona, España, 2005, Pág. 171.

Algunos estudios psicológicos señalan que menos del 50% de los hijos de familias separadas o divorciadas tenían un contacto frecuente con el progenitor con el que no cohabitan, la mitad de estos niños y niñas, desconocían generalmente dónde vivía ese progenitor que con mayor frecuencia se trata de los padres y no tanto de las madres, sobre todo aquí en este país⁷⁹.

Como en todos los tiempos, los datos aportados por los estudios psicológicos arrojan una alarmante estadística sobre los niños y niñas que experimentan la separación y/o el divorcio de sus padres, pues se refleja entre otros aspectos, en la salud, especialmente en enfermedades psicosomáticas. Se explica que la raíz de la citada enfermedad viene de la alteración en su sistema emocional y mental, presentan cambios radicales en conducta sobre todo en las escuelas, se aíslan, se agreden o agreden a otros; estos son algunos de los múltiples síntomas que presentan los chicos, y si no cuentan con padres sanos, es difícil y muy largo el periodo para sanear esas áreas de la salud. Sin embargo existen importantísimas disciplinas que otorgan un apoyo profesional a un problema de esa envergadura, una de esas disciplinas es la Psicología, que a continuación se describirá⁸⁰.

Psicología etimológicamente como palabra, viene del griego psyche, que se traduce en alma. En Grecia, al decir que la Psicología “es la ciencia del alma” (Aristóteles), nos comenta que es la ciencia que estudia e investiga sobre los contenidos de la consciencia, y que como ciencia descubre los fenómenos psíquicos que suceden en la mente. Sin embargo, fue insuficiente en aquella época el poder describir la amplitud de los recursos que ésta ciencia ha logrado en el siglo XXI, pues el problema permaneció por no encontrar un sentido entendible y preciso de lo que es el alma, la consciencia o los fenómenos psíquicos. Pero aún así son los padres de esta ciencia los pensadores griegos, considerados, como una comunidad muy filantrópica e interesada en la mente de la humanidad.

⁷⁹ Ídem.

⁸⁰ Ibídem Pág. 172

Actualmente no son pocos los que definen a la Psicología como disciplina de la ciencia de la conducta, ya que ésta es una actividad propia de los organismos vivos para mantenerse y conservar la vida. Si no adoptáramos conductas, moriríamos. Lo que genera la conducta son los estímulos exteriores e interiores⁸¹.

La historia de la Psicología en el último siglo es la historia de su lucha por independizarse de la Filosofía.

En los últimos cien años numerosos investigadores han intentado independizar a esta ciencia de la Filosofía, destacando su carácter experimental, es decir, prescindiendo de toda preocupación metafísica y limitándose al análisis de hechos observables, considerándose una ciencia particular independiente.

En este siglo XXI, ya se entiende claramente la definición de la conciencia, pues ésta consiste en que cada ser humano como persona cuenta con la capacidad para percibirse a sí mismo al actuar, al pensar y al sentir, lo externo e interno. Tenemos conciencia cuando sabemos lo que está aconteciendo en nuestro “Yo” como lo define Sigmund Freud, gran Psicólogo modernista del siglo pasado; ese yo es el sentir propio del humano, es lo que nos lleva a tener conocimiento de nuestro mundo interior, y ese conocimiento se va a reflejar en el mundo exterior y en nuestras relaciones con otras personas⁸².

La conciencia presenta algunas propiedades claramente diferenciadas: dinamismo, unidad o totalidad, subjetividad, intencionalidad y conocimiento certero; mientras que la noción de vida psíquica se refiere al objeto que estudia la Psicología y, por lo tanto, se aproxima a lo que se define como psique.

A través de la Psicología experimental, cuya finalidad es investigar la conducta, se formulan teorías que tratan de establecer leyes de acuerdo con las cuales se

⁸¹ Consulta <http://www.monografias.com/trabajos13/tescricim/tescricim.shtml>, Ob cit.

⁸² Ídem

pueden entender los comportamientos. Los resultados se basan siempre en la experiencia y experimentación.

Esta disciplina en su evolución y sus estudios modernos ha llegado a reconocer que existe término que se denomina “Familia Psicológica” donde la Psicología entiende a la Familia como un grupo. Para la formación de la personalidad, el medio económico social dentro del cual se encuentra la familia influye ya que la familia es una fuerte influencia en la definición del carácter en la persona, la figura paterna y materna representa todo para el niño, la madre es la inspiradora de los valores y la creatividad y el padre es el responsable de la dirección y la coherencia familiar.

Sin embargo, dentro de lo que conocemos como Psicología Social, encontramos a la Familia como el primer grupo de pertenencia, según Theodore M. Newcomb, “La Familia es el primer grupo de pertenencia” y para él existen familias rígidas e imperativas, existe un contraste que identifica entre familias de “Samoanos y de Anglosajones” y estriba básicamente en la rigidez de la conducta, mientras que un niño de Samoa puede abandonar a su familia para irse con otra, en la familia anglosajona no es posible.

También la familia tiene mucho que ver en los grupos secundarios, que son mediadores con respecto a las actitudes, aunque si bien es cierto puede deberse a situaciones de imitación, pero se ha demostrado que sí es un factor de control respecto de la sociedad.

Como se explica, la familia para la Psicología es una forma de organización y es una forma de desarrollo de la personalidad del sujeto, no dista mucho de la concepción sociológica de familia, puesto que en ambas encontramos el mismo objetivo, las mismas diferencias y las mismas características, podemos concluir que la aportación que hace la Psicología de Familia es básicamente en relación de una fuente creadora y amoldadora de la personalidad del sujeto.

La historia de la infancia es, en buena medida, la historia de la familia, catedrático investigador de Psicología en los Estados Unidos, De Mause (1982), pp.16-20.

Este autor considera que la fuerza central de los cambios históricos la constituyen los cambios “psicogénicos” de la personalidad, determinados por las relaciones entre padres e hijos durante varias generaciones, pues los padres se enfrentan por segunda vez a las ansiedades de su propia infancia a través de sus hijos, y en la medida en que puedan hacerlo en las mejores condiciones, se dará una evolución de las relaciones paterno-filiales, ya que el adulto busca reducir la ansiedad que le provoca la aproximación con el niño a través de su propia crianza, este autor concluye su teoría, afirmando que los padres maltrataron por costumbre a sus hijos y que el trato respondía a reacciones proyectivas de los padres hacia los niños, ya que durante muchos años buscaron cariño maternal en sus descendientes. Incluso este autor atribuye que la falta de cuidados y atención a los hijos, les trajo retraso en su desarrollo en algunas épocas de la historia⁸³.

Existe la Psicología Evolutiva que es relativamente nueva, pues es en este siglo XXI que surge como disciplina que a través de sus investigaciones mucho más profundas que antes, encuentra cómo una vez que la infancia como categoría social estaba firmemente asentada y que los estudios de la niñez permitieron aventurar hipótesis de la existencia de leyes comunes, con el proceso de crecimiento de los seres humanos⁸⁴.

Dichas teorías han intentado explicar de qué manera se van adquiriendo las nuevas conductas, especialmente durante los primeros años de la vida, en los que el ser humano tiene que aprender prácticamente todas las habilidades necesarias para vivir y relacionarse en la sociedad a la que pertenece. Y así se crean escuelas que siguen estas teorías que le dan fundamento y se llevan a la práctica cotidiana profesional. La escuela del psicoanálisis, que nace de las investigaciones en Psicología, logra obtener que el nivel de los padres del psicoanálisis como Sigmund Freud, quien basa sus teorías en lo sexual, en el yo, en el ello y en el súper yo, para determinar el yo como identidad individual. Mientras que Erik H. Ericson funda su

⁸³ González Contró, Mónica. “Derechos Humanos de los Niños: una Propuesta de Fundamentación” Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM Serie Doctrina Jurídica, Núm.425, MÉXICO. 2008. Pág. 59.

⁸⁴ Ídem PP.69 y 70.

teoría, centrando sus estudios en que la influencia de la interacción social determina la identidad del yo, principalmente lo que vive la persona en su infancia dentro de la familia.

Así, al igual que la disciplina de la Psicología le dio un concepto a las distintas conductas dentro de una familia, también existe una “Familia Jurídica” en el Derecho en México y retomaremos algo que dice Edgar Baqueiro Rojas⁸⁵ “Nuestro Código Civil no define ni precisa el concepto de Familia”.

Tal y como atinadamente Baqueiro lo señala; existe dentro de una dogmática jurídicas muy simple, el concepto de familia, el cual es “El conjunto de relaciones derivadas del matrimonio y la procreación, unidas por el parentesco”. Desde éste punto de vista podemos entender que una pareja constituye una familia; sin embargo, es menester decir que no consideramos que todos los parientes formen parte de la familia en el sentido estricto.

La misma ley determina hasta qué grado existe el parentesco, así tenemos que en línea recta no tiene límite, sin embargo, en la línea colateral sólo será hasta el cuarto grado; luego entonces podremos armar una definición de Familia Jurídica, retomando los aspectos ya mencionados, y podríamos comenzar diciendo que familia es “Una institución jurídica en la cual tendrán una relación de derechos y obligaciones desde la pareja, y en línea recta sin límite de grado y en línea colateral hasta el cuarto grado”⁸⁶.

Debemos entender que el Derecho será el que le dé la legitimidad ante el Estado para la creación de la familia, es decir, mientras que para la Sociología o la Psicología pudieran existir familias, no necesariamente para el Derecho ésta podría existir, sin embargo en el momento en que se constituya jurídicamente la familia, existirá como grupo social y existirá con las características psicológicas de familia.

⁸⁵ Consulta, www.monografias.com/trabajos13/.../tescrim.shtml –“Violencia Familiar” punto 2.3, Ob. Cit.

⁸⁶ Ídem.

El inicio del problema teórico de nuestro Derecho es que ni en el Código Civil del Distrito Federal, ni en la muy poca dogmática mexicana encontramos un concepto real de matrimonio, y como ya lo señalamos en la introducción, esas discusiones estériles respecto de que si es un contrato o no, ello no es materia para ser estudiada en el presente trabajo, y por comodidad es preferible entender al matrimonio que ha sido necesario reformarlo conforme a los cambios sociales, como la reciente reforma del 29 de Diciembre de 2009 publicada en la Gaceta Oficial para el Distrito Federal⁸⁷, por aprobación al matrimonio entre personas de mismo sexo, pues no importando según el legislador este factor a la integración de la familia, pues los contrayentes voluntariamente se unen en matrimonio, con el propósito de convivencia permanente para el cumplimiento de todos los fines de la vida, acto jurídico que propaga la fundamentación de una familia que a posteriori, albergará hijos, quedando protegida, por un acta de matrimonio que el Estado certifica.

Y es voluntario porque en su generalidad los contrayentes exteriorizarían su aceptación al matrimonio. Con referencia al Estado de Hidalgo, documento ya tan criticado, el Código Familiar que otorga el concepto de familia y en su artículo Primero refiere:

El artículo 1° del código en comento, señala: .- “La familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato; por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad”.

Si analizamos, nos daremos cuenta de que la tesis sociológica de familia se encuentra inmersa dentro del concepto que señala y existe la amalgama de los conceptos sociológico, psicológico y jurídico.

⁸⁷Gaceta Oficial del Distrito Federal, “DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL Y DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL D.F.” publicada el 29 de Diciembre de 2009.

2.3 Requisitos para conceder el otorgamiento de la guarda y custodia

Hoy en día Juzgados de Familia, Prisiones, y Fiscalías solicitan la intervención de los Psicólogos en diversos procesos penales⁸⁸. Esta participación ha ido en aumento, debido al gran apoyo que brindan a las autoridades procuradoras e impartidoras de justicia.

Dentro del ámbito de lo penal, la evaluación de las características psicológicas de las personas está tomando gran auge, lo cual busca apoyar a los diversos campos de los conflictos jurídicos. Un aspecto de la contribución de los Psicólogos es la elaboración de estudios psicológicos; los cuales apoyan al Juez a elaborar de forma más justa su sentencia, ya que le permiten comprender aspectos de la persona en el proceso legal correspondiente.

Este enfoque se inclina más a los procesos jurídicos civiles en materia familiar y se exponen modos y técnicas de evaluación en procesos de guarda y custodia, no sin antes definir lo que es un estudio psicológico, cómo se integra el papel que juega el Psicólogo como profesional responsable de llevar a cabo dichas evaluaciones.

Los padres que inician el divorcio, en general sienten ansiedad y preocupación a la hora de transmitir a los hijos la decisión de la separación, ya que frecuentemente los padres no saben qué decir al respecto a los niños; otros prefieren aplazar o dosificar esa información inventando excusas, como el que uno de los progenitores se va a ir un tiempo o está trabajando fuera; sobre todo a hijos pequeños, tal vez de 4 o 5 años, pero finalmente algunos padres optan definitivamente por no decir nada por no suponerlo necesario, por lo tanto esta opción requiere de una orientación profesional preferentemente en vía psicológica para instruirlos sobre el cómo anunciar a los hijos, la decisión de su próximo divorcio⁸⁹.

⁸⁸ Consulta, www.psicjurid.com.mx/.../1Peritajes%20psicolgicos%20en%20procesos%20de%20guarda%20..., fecha 28 de Septiembre de 2009, 2:04 p. m.

⁸⁹ González Martín, Begoña., "Divorcio y Separación", Pág.69, Ob. Cit.

A medida que las tasas de separación/divorcio se han incrementado, resulta cada vez más cotidiana la intervención del Psicólogo en procedimientos de familia, especialmente para ofrecer valoración y asesoramiento sobre el sistema de guarda y custodia más adecuado para los menores que se encuentran implicados en el proceso.

La guarda y custodia es la titularidad irrenunciable que comprende el cuidado y educación diario de los hijos, así como la toma de decisiones inmediata.

El progenitor que no ejerza la patria potestad, tiene el derecho de relacionarse con los hijos menores bajo resolución judicial.

Cuando el futuro y la formación de un hijo está en juego, no hay recursos que resulten inútiles para garantizarlo. Estos requisitos son una serie de actitudes constantes que un padre o una madre en su diario vivir hereda, determina y desafortunadamente afecta la vida de los hijos. Es por esto que presentaremos lo que se debería tomar en cuenta para otorgar el regalo más grande que un ser humano tiene en sus manos que consiste en la vida de otro ser humano denominado “hijo” y por esto se toca este tema tan estudiado y tan investigado por la Psicología, que proporciona una gama de recursos a nuestro Derecho.

Los primeros estudios realizados sobre la custodia compartida, indicaban que los niños afrontan mejor la situación de la separación o el divorcio cuando la madre ostenta la custodia, siempre y cuando puedan ver frecuentemente al padre. Los trabajos de Hetherington, Cox y Cox⁹⁰ también informan de los beneficios del contacto continuado con el padre, cuando la madre es la responsable de la custodia, siempre que la intensidad del conflicto entre la pareja no sea demasiado elevada y que ambos sean personas emocionalmente estables.

No obstante, las fallas metodológicas de estos estudios pioneros, especialmente por el sesgo de las muestras seleccionadas, propiciaron nuevas investigaciones con

⁹⁰ Véase. Consulta. <http://www.psicjurid.com.mx/.../1Peritajes%20psicologicos%20en%20procesos%20de%20guarda%20...>, nota 87

muestras de niños que vivían con sus madres, confirmándose algunos efectos positivos cuando existía contacto con el padre no custodio, aunque sin evidenciar cuáles eran los beneficios que derivaban del contacto elevado con el progenitor ausente del hogar. En esta línea de investigación, otros estudios hallaron que los beneficios en los hijos con contactos habituales con el padre no custodio surgían a determinadas edades y en períodos concretos de tiempo después de la separación o el divorcio, pero no de forma generalizada, pues cuando el contacto era frecuente, los chicos mostraban niveles bajos en su autoestima.

Es más, cuando los niños vivían con su madre y un sustituto del padre, el contacto elevado con el padre biológico no establecía relación con la incidencia de problemas de conducta en el hijo. En cambio, cuando vivían con el padre y una sustituta de la madre, esos problemas eran menos frecuentes cuando tenían a menudo contacto con la madre biológica.

En la separación o divorcio, los trastornos psicológicos en los padres y en los hijos sobre la provisión de estabilidad afectiva y emocional que requiere el desarrollo infantil, puede verse seriamente amenazada especialmente cuando el apego aún no está suficientemente afianzado.

Es conocido al respecto, que la mayor proporción de menores tiene una media de edad de seis años o menos en el momento de la ruptura, de cuyo conjunto una gran parte muestra más desajustes psicológicos a lo largo de su vida que los que pertenecen a familias intactas; si bien tales desajustes no siempre alcanzan niveles clínicos, se hace resaltar que la calidad de las relaciones afectivas que se forman en la infancia determina la capacidad para establecer relaciones íntimas durante toda la vida adulta⁹¹, de modo que la relación entre el niño y sus padres es para siempre, siendo un vínculo que los une en el espacio y perdura en el tiempo.

Por ello, los niños que en la infancia tienen una base de seguridad y pueden contar con las figuras parentales, desarrollan y afianzan el suficiente sentimiento de

⁹¹ Ídem.

confianza en sí mismos como para relacionarse con el mundo de manera sana y provechosa: cuanto más seguro sea el vínculo afectivo de un niño con los adultos que lo cuidan y educan, más garantía hay de que se convierta en un adulto psicológicamente adaptado e independiente y de que establezca buenas relaciones con los demás.

2.3.1 Estudio Psicológico

En ese proceso de transformación de individuo biológico en persona, la afectividad ocupa un lugar excepcional. Desde muy tempranamente, los bebés empiezan a desarrollar vínculos afectivos con ciertas figuras significativas del entorno familiar: se trata del apego. A medida que esos lazos afectivos se van consolidando, se despierta en el niño la necesidad de adentrarse y explorar otros entornos sociales que, externos al entorno cotidiano, constituyen el mundo.

Para que esto tenga lugar, es necesario que los adultos respondan en empatía a las demandas de afecto y protección que reclama el bebé.

Los primeros hechos históricos que tienen relación con la intervención del Psicólogo en el contexto legal y que facilitaron el establecimiento de un nuevo campo de investigación, se remontan a los últimos años del siglo XVIII y tiene sus raíces en Europa. Esta concepción de la Psicología dentro del marco legal es llamada Psicología Jurídica (Garzón, 1998). En esta labor de la Psicología convergen de manera directa dos disciplinas en particular: la Psicología y el Derecho (Sobral, Arce y Prieto, 1994)⁹².

El estudio psicológico⁹³ que es la principal aportación del Psicólogo en este ámbito, puede ser de tres tipos: el peritaje penal, el civil familiar y el civil laboral. La pericial en materia familiar está dirigida a la decisión sobre tutela, guarda y custodia, adopción, divorcio y nulidad. Hasta este punto hay que mencionar que la actuación

⁹²Véase. Consulta, <http://www.psicjurid.com.mx/.../1Peritajes%20psicologicos%20en%20procesos%20de%20guarda%20...>, nota 87

⁹³ Oñativia, Oscar V., “TEST GRUPAL” Editorial Humanitas, Colección Guíndame, Argentina, 1993, Pág. 67

de un Psicólogo en el proceso judicial es el de realizar peritajes psicológicos, que es distinto de diagnosticar y dar seguimiento con el tratamiento (Clemente y Ríos, 1995).

En concreto, el Psicólogo se encarga fundamentalmente de dictaminar sobre la idoneidad de que la guarda y custodia de los hijos del matrimonio en litigio le sea concedida a uno u otro de los cónyuges, y, de modo casi extraoficial, de ofrecer una serie de pautas de comportamiento para que las ulteriores relaciones paterno-filiales se desarrollen de la forma más correcta posible. La evaluación pericial se lleva a cabo en un tiempo breve y determinado, no es una relación terapéutica sino de análisis y diagnóstico. Véase anexo 1.

El estudio psicológico es de una de las más importantes herramientas a las que se pueden recurrir. El Psicólogo, desde el juzgado, puede actuar como asesor del Juez que reclama sus servicios y como colaborador del abogado en la resolución del procedimiento familiar en todos los momentos del mismo y con un enfoque interdisciplinario (Bernal y Martín, 1990)⁹⁴.

Las solicitudes de dictamen se refieren, en la mayoría de los casos, a la determinación de cuál de los dos progenitores es el más idóneo para ostentar la guarda y custodia del menor o menores, y cuál es el régimen de visitas más adecuado para el progenitor no custodio. Los casos en que es requerido el dictamen psicológico, normalmente se trata de asuntos litigiosos por lo que los progenitores se encuentran en desacuerdo, no acuden a la exploración pericial con ánimo adecuado, lo que puede acarrear graves repercusiones en los menores.

La ruptura de la pareja es un acontecimiento que perturba la vida diaria de todas las partes, pero tiene especiales repercusiones en los hijos. Los hijos sienten con

⁹⁴ Ritvo Ira D. Glick, Eva C., “Terapia De Pareja y Familiar”. Aula Práctica. Manual Moderno. Colombia, 2002, Pág. 114

preocupación el que sus padres dejen de estar juntos, les afecta mucho más cuando viven la amarga experiencia de los conflictos entre los progenitores y no digamos cuando además existe el maltrato.

El estudio psicológico puede ser solicitado a iniciativa de las partes, el Ministerio Fiscal o del Juez, siendo este último quien resolverá lo conveniente sobre su pertenencia, y designará lo que haya de ser objeto de reconocimiento, que podrá coincidir con lo solicitado o, por el contrario, modificar sus términos.

Los dictámenes de custodias suelen abordar al menos alguna de las cuestiones relativas a la adaptación de los hijos a nivel familiar: percepción filial de las figuras parentales, relaciones fraternales, preferencias de custodia de los hijos y comprensión que ellos tienen del conflicto y la separación parental. Se han considerado habilidades parentales y dimensiones del estilo de cuidado/educación parental muy diversos estilos disciplinares parentales.

Como puede verse, el conglomerado de contenidos de los estudios en asuntos de dictámenes psicológicos de guarda y custodia es enorme; ya que puede establecer claramente la capacidad y competencia de los padres para tener, o en su caso perder, la patria potestad, siempre anteponiendo el bienestar de los hijos como máxima prioridad. Los informes que sean solicitados ya sea por el Ministerio Público o el Juez, requieren cubrir contenidos referentes al objeto de la pericia, la metodología detallada de las operaciones realizadas y las conclusiones que se deriven de las mismas. Se entiende libre de formas siempre que contenga tales aspectos, por ejemplo ⁹⁵:

- Introducción. Datos que permitan identificar el caso, el perito y el objeto de la pericia.
- Metodología. Empleada para facilitar la comprensión y, en su caso, la replicabilidad del estudio.

⁹⁵ Ídem.

- Trayectoria del problema. Breve exposición de los antecedentes históricos, evolución y situación actual.
- Evaluación psicológica. Realizada a los miembros de la familia, a los adultos y a los menores, así como el patrón de dinámica familiar.
- Valoración. En función de los datos obtenidos: del proceso familiar, de las alternativas parentales, y necesidades filiales.
- Conclusión. Se trata de dar respuesta clara y concisa al requerimiento judicial.

Se intentará buscar la solución que menos pérdidas ocasionen a los hijos. Se recabarán datos por diferentes vías que permitirán la explicación, evaluación y respuesta del requerimiento solicitado.

Cuando las respuestas de los adultos a las necesidades del niño son estables, consistentes y amorosas, la convicción de que se es muy valioso para los padres se irá afianzando cada vez más, instaurándose los fundamentos del desarrollo del sentimiento de confianza básica en sí mismo, sustentado en la seguridad de disponibilidad incondicional de los padres, lo que proporciona recursos imprescindibles ante cualquier situación que pueda implicar peligro o amenaza a su persona y en todas sus etapas de niñez, adolescencia, juventud, madurez y hasta en la vejez.

Los especialistas en la materia ahora saben que los niños y las niñas que se crían dentro de un ambiente con ambos padres partícipes y dedicados, tienen aptitudes cognoscitivas y motoras más sólidas, disfrutan de una salud mental y física óptima, se convierten en personas más hábiles para resolver problemas y tienen más confianza en sí mismos, son curiosos y demuestran empatía. También indican tener una sensibilidad moral más alta y un mayor control de sí mismo.

Kyle Pruett⁹⁶, comenta en *Fatherneed* sobre otro estudio científico importante que conectaba la participación positiva del padre con los siguientes factores:

- Menores niveles de conducta perturbadora;
- Menos expresiones de ira, depresión y mentiras;
- Obediencia a los padres, amabilidad con otras personas, sentido de responsabilidad;
- Menos problemas conductuales en los niños varones;
- Niñas más felices, más seguras de sí mismas y dispuestas a probar cosas nuevas.

Estos elementos fundamentales para la participación del padre servirán de respaldo para los programas de Head Stuart, en sus gestiones para fomentar la participación del padre. El primer elemento proporciona estudios actualizados que se han realizado en torno al papel esencial que desempeñan los padres en el desarrollo saludable de sus hijos.

Además existen razones para asistir a los niños de verdades reales, pero con asistencia adecuada, sobre todo para el proceso de un divorcio entre sus padres, pues ellos (los niños) reaccionan mejor cuando se les dice la verdad y son acompañados de un Psicólogo en tan drástica situación de cambio de su diario vivir, pues su realidad interfiere en el sentido de la lógica del niño, pudiéndole atraer un difícil entorpecimiento en su desarrollo integral, dificultar en su futuro la toma de decisiones⁹⁷.

2.3.2 Declaración de los Menores

Es muy importante lo que genera la convivencia cotidiana del padre varón con el o los hijos menores, pues es totalmente perceptible en los resultados de los niños,

⁹⁶ Consulta, http://eclkc.ohs.acf.hhs.gov/hslc/espanol/For%20Parents/parent_pub_00001e_072005.html, fecha 30 de Septiembre de 2009, 10:45 p. m.

⁹⁷ González Martín, Begoña., Ob. Cit. Pág. 70.

entre ellos: el desarrollo cognoscitivo, los logros deportivos, los puntajes de matemáticas y la lectura, como también los problemas conductuales. El hecho de que contemos con este beneficio debiera producir inquietud en aquellos que no cuentan con estos recursos, W. Jean Yeung, Sociólogo de la Universidad de Pensilvania⁹⁸. Durante las últimas cuatro décadas, la ausencia del padre ha surgido como uno de nuestros mayores problemas sociales. Sabemos que los niños que se crían en un hogar sin el padre sufren daños permanentes, son más susceptibles de llegar a la pobreza o salirse de la escuela, ser adictos a las drogas, tener un hijo fuera del matrimonio o terminar en la cárcel. La ausencia del padre no es la única causa de estas cosas, pero nuestro país debe reconocer que es un factor importante. Los estudios son absolutamente evidentes, el único ser humano capaz de frenar la agresión antisocial de un niño es su padre biológico. Shawn Johnston, Psicólogo forense⁹⁹.

Existe una cantidad considerable de material publicado sobre estudios que documentan los beneficios positivos que brindan los padres a la vida de sus hijos. La revisión de una serie de estudios realizados desde 1980 en materia de participación del padre y bienestar infantil, mostró “un gran número de vínculos significativos entre la participación positiva del padre y el bienestar de sus hijos”. En un caso, el análisis de más de cien estudios sobre el vínculo entre padres e hijos indicó que tener a un padre cariñoso y afectivo era tan importante para la felicidad, el bienestar y el éxito social y académico del niño, como tener una madre cariñosa y afectiva.

Algunos estudios señalaron que el amor del padre constituía el beneficio más marcado para algunos resultados positivos importantes del bienestar infantil. Weinraub, en la publicación “*Fatherhood: the Myth of the Second Class Parent*” que traducido en español quiere decir “Paternidad: El Mito de la Segunda Clase de

⁹⁸ Véase Consulta, http://eclkc.ohs.acf.hhs.gov/hslc/espanol/For%20Parents/parent_pub_00001e_072005.html, Ob. Cit.

⁹⁹ Ídem.

Padres” señala que: “No cabe duda que el padre contribuye de manera importante al desarrollo infantil, en especial el padre afecta considerablemente el desarrollo del papel sexual en el niño y la niña, las aptitudes cognoscitivas y la motivación de obtener logros”¹⁰⁰.

Un estudio que se publicó casi diez años después en *Developmental Psychology*, que en español quiere decir “progreso psicológico”, indicó que tanto los niños como las niñas de edad preescolar con un buen modelo de padre, tenían mejores aptitudes verbales, comparadas con aquellas de familias sin padre o con un padre dominante. La investigación realizada por Ross Parke indica que la participación del padre durante los primeros meses de vida del pequeño contribuye a un mayor desarrollo intelectual, desarrollo motor y físico en el niño.

El notable investigador sobre paternidad, Henry Biller¹⁰¹, indica reiteradamente que los niños con un padre que participa en su educación son personas más seguras de sí mismas y tienen un mayor éxito para solucionar rompecabezas complejos y laberintos matemáticos y lógicos.

Es posible que ésta incidencia se deba a la tendencia de que los padres se especializan más en los problemas de tipo analítico y tienen más interés en éstos. Norma Radin¹⁰² indicó que una participación del padre más activa contribuía a mejores competencias matemáticas en las niñas pequeñas con seguridad, confianza y apego. Bebés entre un año y medio y dos años, que tienen a un padre preocupado y comprometido en su vida, son niños más seguros y más susceptibles de explorar el mundo que los rodea con un entusiasmo y curiosidad cada vez mayores, comparado con niños que no tuvieron cerca a su papá o no tuvieron un padre comprometido y cercano. El juego activo del padre en situaciones frustrantes

¹⁰⁰ Ídem.

¹⁰¹ Véase Consulta, http://eclkc.ohs.acf.hhs.gov/hslc/espanol/For%20Parents/parent_pub_00001e_072005.html, nota 95

¹⁰² Ídem.

del niño, fomenta las competencias de éste en torno a la resolución de problemas e incentiva su independencia.

Por ello para el juzgador es de suma importancia escuchar al menor en cuanto a la relación afectiva que tiene con cada progenitor.

2.3.3 Interés Superior del Menor

Este principio rector, nace de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, es en este sentido, y como ya lo veremos en su capítulo respectivo en este trabajo, un principio que da la pauta de actuación, de obrar, para que prevalezca primordialmente lo que beneficie a la niñez sobre todo lo demás, imponiéndose a todos los órganos del Estado involucrados en la protección de menores, resultando, por imperio de la propia Convención, extensivo a las organizaciones privadas de bienestar social con idéntico fin¹⁰³.

El análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños, en diferentes sistemas jurídicos revelan una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños, que ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el Derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres y los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos¹⁰⁴.

Como una medida relevante relacionada con el menor, es el dejar bien claro que, por vía resolución judicial, en acción de la administración pública, actos de los progenitores, tutores o guardadores, siempre y en todo caso, para dotar su función de eficacia, o para negársela se tomará en cuenta el principio universal que ha de

¹⁰³ M. Weinberg, Inés. “Convención Sobre Los Derechos Del Niño”, Ed. Rubinzal-Cutzoni, Argentina, 2002, Pág.101.

¹⁰⁴ Consulta, <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf> –, Fecha 6 de Oct. de 2009, 12:07 p. m.

prevalecer sobre todo y sobre toda consideración, que es el interés y beneficio del menor, ya que la Ley hace referencia a la adopción de medidas que tienen como sujeto u objeto al menor, la legislación tanto nacional como internacional, subrayan elementos prioritarios y singulares en su favor¹⁰⁵.

España, en su Constitución, en el artículo 39 se ocupa de que los Poderes Públicos aseguren la protección integral de los hijos, de que los padres les presten asistencia de todo orden y de que gocen de la protección prevista en los Tratados Internacionales, que su primordial fin son la niñez mundial, su cuidado, su protección y su suprema importancia, como son la Declaración de Ginebra de 1959, la Convención sobre de los Derechos del Niño de 1989, y otros más¹⁰⁶.

Posteriormente, se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres. Esta segunda fase, tiene como característica principal que el Estado pueda asumir en ciertos casos la tutela del niño o impartir órdenes para su educación, como ocurría con el Tribunal de la Cancillería que actuaba en nombre de la Corona Británica o disposiciones como la del Código de Napoleón que permitía que el Tribunal -para un mayor bienestar de los niños- pudiera alterar las reglas de custodia de los hijos en caso de divorcio.

En consecuencia, se puede decir que en América Latina esta evolución se deja ver también en el Derecho Civil en materia del Derecho Familiar, para presentarse con mucha claridad a partir de la legislación de protección dictada a comienzos de este siglo.

El principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso, de considerar el interés del niño como un interés que debía ser públicamente y por consecuencia, jurídicamente protegido. Tanto en Asia, Oceanía

¹⁰⁵ Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis y Otros., "Temas de Actualidad en Derecho de Familia", Ed. Dykinson, Madrid, 2006, PP. 23 y 24.

¹⁰⁶ Ídem

y África, las leyes promulgadas por el Imperio Británico consideraron este principio para la resolución de los conflictos de familia, y en muchos lugares han sido refrendadas por legislaciones posteriores.

Una de las paradojas de la evolución del Derecho de la infancia es que, si bien en un primer momento se avanzó a través del reconocimiento del carácter público de la protección de los intereses de los niños, posteriormente ha sido necesario reconocer la necesidad de limitar las facultades del Estado para intervenir en los asuntos de la infancia, lo que ha debido hacerse con especial preocupación en el ámbito de la aplicación abierta o encubierta de mecanismos del sistema punitivo hacia los niños.

Con las leyes de menores, especialmente en América Latina después de la conquista de España, los niños no fueron suficientemente protegidos de la arbitrariedad privada y quedaron expuestos a diversas formas de abuso público, antes desconocidas, debido a la indiferencia de los órganos del Estado hacia la infancia. Sólo con el proceso iniciado con la Convención en el que los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos, los niños podrán oponer sus derechos como límite y orientación tanto de la actuación de los padres, como del Estado.

También, la evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción del “interés superior del niño”, ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924¹⁰⁷ que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como “los niños primero”, hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, y su posterior incorporación, no sólo en la Convención sobre los Derechos del Niño, como lo señalamos al principio de este punto, sino también, en la Convención sobre

¹⁰⁷ Ídem.

la eliminación de todas las formas de “Discriminación contra la Mujer” (artículos 5 y 16)¹⁰⁸.

De este breve análisis se desprende que el principio del interés superior ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño, y que ahora que la construcción jurídica de los derechos del niño ha alcanzado un importante grado de desarrollo, corresponde que este principio sea interpretado según este nuevo contexto.

Cuando los niños eran considerados solo objetos dependientes de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad, este principio fue importante para resaltar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona; ahora que, al menos en el plano normativo, se ha reconocido al niño como un sujeto portador de derechos, el principio debe ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria.

La función del interés superior del niño en este contexto es iluminar la conciencia del Juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas.

El interés superior del menor es la prioridad de tomar en cuenta el Derecho de las Niñas y Niños sobre cualquier otro derecho de persona¹⁰⁹, garantizando siempre el bienestar óptimo en su salud bio-psico-social; que siempre tengan cubiertas sus necesidades básicas de alimento, educación, ambiente de respeto, aceptación, afecto, armonía; fomentar siempre su autoestima, nunca se deberá utilizar ningún descalificativo, sobrenombre o apelativo de burla, de minimizar, ni exagerar en cuidados sobreprotectores, ni en excesos permisivos, por la vulnerabilidad de su criterio infantil en desarrollo; brindarle todos los elementos necesarios para crearle una personalidad sana, madura, responsable; solicitarle de acuerdo a su edad

¹⁰⁸ Ídem.

¹⁰⁹ Agenda Civil del D. F. 2009, „Código Civil vigente para el Distrito Federal”, 18ª ed., Ediciones Fiscales, ISEF México Enero 2009, Págs.55.

exigencias claras, sin el recurso de ningún tipo de violencia, y mucho menos que deje problemas en su sistema psico-emocional, y afecte, su desarrollo normal; en “*stricto sensu*” que se logre poner a su disposición todo lo que asista para un desarrollo integral a cada persona en su infancia.

2.3.4 La intervención del “Mediador Familiar”

Antecedentes históricos¹¹⁰. Según el Repertorio Jurídico de Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos de Guillermo Cabanellas, la palabra mediación fue sinónimo de “*intercessio*”, que en Derecho Romano se caracterizó por los diferentes significados que se le dio a la misma. Se entendía esa mediación como la oposición que un Magistrado podría esgrimir a la medida que podía adoptar otro de sus pares.

En realidad se consideraba como un veto especial de las instituciones colegiadas de la antigua Roma, también esa intercesión o mediación surgía cuando una persona tomaba a su cargo la deuda de otro, careciendo de interés personal, para ello lo podía hacer obligándose por un tercero, sustituyendo al primer deudor, como ocurre en la novación o gravando una cosa mueble o aceptando una hipoteca en garantía de la deuda ajena.

Especialmente, se consideraba como “El acto en virtud del cual una mujer garantizaba con sus bienes la obligación o deuda de otro”. Gramaticalmente la palabra mediación, deriva del latín “*mediatio*” o “*mediationis*”¹¹¹, que significa: La acción y efecto de mediar; de ahí, que mediador es el que media; el que interviene para resolver algún conflicto, haciéndolo como una parte neutral para proponer una solución.

¹¹⁰ <http://www.oem.com.mx/elsoldemexico/notas/n192149.htm>. artículo del periódico “El Sol” por Julián Guitron Fuentes, del 4 de marzo de 2007 fecha 4 de Diciembre de 2009, 2:00 p. m.

¹¹¹ Ídem

La mediación surge cuando se participa en los aspectos de Derecho Internacional, Laboral o Mercantil, con el propósito de aliviar la tensión, delinear una amenaza, desaparecer la beligerancia que en un momento dado puede provocar un conflicto. Sin embargo, últimamente los legisladores han creado esta institución como parte importante para solucionar los conflictos en materia Familiar, resulta más interesante este estudio y proponer cuestiones sobre el mismo, para que pueda adoptarse como un órgano colectivo que ayude a la solución de los conflictos en materia familiar, antes de que los mismos sean materia de juicio o hayan llegado a los Tribunales.

La mediación es una acción llevada a cabo por un tercero¹¹², entre las partes que consienten libremente, participan y a los cuales corresponderá la decisión final que adopten sobre la resolución de sus problemas. El fundamento de la mediación es la negociación y la tarea del mediador consiste en introducir algunas características especiales para modificar el enfoque basado en la confrontación, que plantea la negociación como un campo de batalla y orientarla hacia la solución del problema de índole familiar en especial.

Podemos encontrar antecedentes de las técnicas de mediación en diversos lugares del planeta y en tiempos remotos; en China y Japón están fuertemente arraigadas, pues tienen una gran tradición en estas técnicas; a finales del siglo XX, en los Estados Unidos, en España y en Inglaterra, las instituyeron sus legisladores respectivos, y se convirtió en un método de resolución de conflictos judiciales. Precisamente en los Estados Unidos, el Estado de California, pionero en el tema de la mediación, puso en vigor desde el día 1 de Enero de 1988, *Mandatory Mediation Act* traducida al español Ley de Mediación Obligatoria¹¹³, legislación incluida en el Código Civil de California, que obliga al sistema judicial a poner a disposición a las partes dicha mediación, sobre todo en cuestiones de custodia y visitas en el

¹¹² Consulta, <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/10272/218/1/b15134830.pdf> -, fecha 8 de Oct. de 2009, 5:12 p. m.

¹¹³ García García, Lucía. "Mediación Familiar, Prevención y Alternativa al Litigio en los Conflictos Familiares", Ed. Dykinson, Madrid, 2003, Pág. 124.

contexto de separación o divorcio, que además debe ser profesionalmente un Psicólogo titulado; y en México, nuestros Legisladores lo incluyen en materia familiar, a partir del día 5 de julio de 2005.

Se introdujo este sistema por emigrantes chinos a Estados Unidos, aunque en México contábamos con muy pocas instituciones mediadoras públicas para llegar a un acuerdo de un conflicto en materia laboral, por ejemplo las funciones que realizan entidades gubernamentales como la Procuraduría de la Defensa del Trabajador, donde se media para lograr un acuerdo patrón – trabajador, asentado en un convenio.

La Mediación Familiar como función cuenta con principios y características que debieran ser tan funcionales para lograr llegar a resolver sin los menores conflictos, una desintegración familiar, estos son: la voluntariedad, la imparcialidad-neutralidad, la confidencialidad de carácter personalísimo, el respeto prioritario al acuerdo de las partes y actuar de buena fe, sin intereses personales¹¹⁴.

El mediador funciona y actúa a modo de incatalizador, educador y comunicador, que ayuda a las partes a identificar y clarificar los temas objeto de controversia, a canalizar sus sentimientos de una forma positiva a generar opciones que faciliten la resolución del conflicto, con el fin de evitar el enfrentamiento en los tribunales¹¹⁵.

En México, el mediador debe proponer principalmente las estrategias para resolver las situaciones que resultan más problemáticas y susceptibles de mediación, como lo es la guarda y custodia para la protección a los menores en los procesos de divorcio de los progenitores.

En la Mediación Familiar, como forma de respuesta a los conflictos familiares se encuentra la mediación en la protección de menores. Este es un sistema de protección social de menores que se dirige a la salvaguarda de los niños y evitar el

¹¹⁴ *Ibíd*em, PP. 135-150.

¹¹⁵ *Ibíd*em Pág. 151.

maltrato infantil. Generalmente se incluyen como partes a los padres y a la institución de protección como el Consejo de Familia, aunque también pueden incluirse al niño, a los padres adoptivos y trabajadores sociales ajenos a la institución.

Las cuestiones que deben ser abordadas en las sesiones de mediación se refieren a los tipos de servicios que deben ser obtenidos, las condiciones que deben darse antes de que el niño pueda volver a la casa con un solo progenitor, alternativas de atención al niño, los términos en que pueden producirse las visitas de los padres, formas de respuestas no violentas a los conflictos familiares, así como la negociación de la finalización voluntaria de los derechos paternos con vistas a la adopción.

La mediación puede ser utilizada en los casos en que un menor no se encuentre en riesgo inmediato de maltrato, cuando se pretende el interés del menor está basada en un acuerdo voluntario de las partes para negociar, cuando las partes están capacitadas psíquica o legalmente para tomar decisiones por sí mismos y cuando no está pendiente una pena por las cuestiones que han de ser tratadas en la mediación. Es por tanto vital que los padres acepten que se trata de un procedimiento para ayudar y proteger a sus hijos, y que comprendan los conceptos de protección del menor y de mediación.

Entender que se trata de una actuación legal pero dirigida a conseguir acuerdos en intereses comunes, a motivar sus propias decisiones para que sean duraderas y consigan mantener mejores relaciones con su hijo en el futuro. Si este punto no se consigue se tendrá que acudir a un procedimiento de protección tradicional.

Existe también la mediación familiar en la separación y divorcio¹¹⁶, consiste en que una persona neutral sirva para apoyar la toma de decisiones respecto al proceso de que una pareja desee la separación y el divorcio, en las cuestiones generales que se relacionan con la forma de comunicar a los hijos la separación, decidir quien

¹¹⁶ Ídem

debe tener la custodia de los hijos, pactar el régimen de las visitas, de los alimentos o de pensión alimenticia, decidir de qué forma se lleva a cabo la liquidación del régimen económico y revisar y actualizar los pactos hechos tiempo atrás.

La mediación familiar va a buscar fundamentalmente el formular un proyecto de solución, someterlo a las partes involucradas; es decir, recomendar un acuerdo que ponga fin al conflicto y sobre todo que evite la acción de intentar un juicio en Tribunales.

La labor que va a desempeñar el mediador, al acudir ante los Tribunales es el evitar en lo posible esas controversias en juicios largos, tediosos y caros que mucho dañan a la familia.

La naturaleza jurídica¹¹⁷ de la mediación familiar es una instancia no judicial, integrada por el Consejo de Familia. Este Consejo que presta asesoría en conflictos familiares, se integra por cinco profesionales de las siguientes especialidades:

Una Licenciada o Licenciado en Derecho, quien será la Presidenta o Presidente del Consejo; una Psicóloga o Psicólogo, con dos años de ejercicio en su especialidad, contados a partir del día siguiente de su examen profesional, quien fungirá como Secretaria o Secretario del Consejo; una Trabajadora o Trabajador Social; una Pedagoga o Pedagogo y una Médica o Médico General.

La esencia de la instancia no judicial, está en encontrar la fórmula, las palabras, los compromisos, las promesas, que satisfagan equitativamente, en equilibrio, a las partes en conflicto, logrando la solución no judicial al problema planteado; para restablecer las relaciones familiares entre sus miembros. Ayudando a resolver diferencias.

Es un sistema de negociadores que presta ayuda imparcial y que favorece y procura de manera rápida e informal a resolver el conflicto. El Consejo de Familia,

¹¹⁷<http://www.oem.com.mx/elsoldemexico/notas/n192149.htm>. artículo del periódico “El Sol” por Julián Guitron Fuentevilla, Ob. cit.

también tiene la naturaleza jurídica de actuar como auxiliar en la administración de la justicia, en la medida técnica que a cada miembro corresponda, en todas las cuestiones de índole familiar.

Características del Organismo Mediador. Como se ha destacado, deberá sumar sus esfuerzos y conocimientos, para lograr el planteamiento adecuado del problema y las posibles soluciones.

- Debe ser un organismo hábil y sugerente. Consejeros amigables que permitan con sus buenos oficios, mejorar la relación en conflicto
- Aclarar dudas, satisfacer los agravios, mitigar los rencores, limar las diferencias, para salvar la dignidad y el orgullo -no la soberbia- de cada uno de los miembros de la familia en conflicto, debe proponer una solución y someterlo a las partes involucradas y recomendar soluciones.
- Celebrar las reuniones que sean necesarias con las familias que soliciten su consejo y orientación, para hacerles ver las verdaderas causas de su problemática y evitar en lo posible, los conflictos jurídicos en los Tribunales respectivos.
- El organismo mediador debe conciliar, una vez hecho el análisis del conflicto, debe citar a las partes a una plática conciliatoria, que se pueda con humanismo resolver el conflicto; la mediación en las desavenencias familiares, será una práctica constante que realice el Consejo de Familia, para evitar en la medida de lo posible, el mayor número de juicios en los Tribunales respectivos.
- Siempre procurará avenir a las partes en conflicto para evitar los grandes problemas que les pueden ocasionar juicios largos y costosos que sólo deterioran la unidad familiar. Por eso se creó la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal¹¹⁸, el Federal.

¹¹⁸ Consulta, <http://www.tsjdf.gob.mx/justiciaalternativa/presentacion.htm> - 44k, fecha 15 de Oct. de 2009,3:46 p. m.

CAPÍTULO TERCERO

3. Marco Jurídico de la Guarda y Custodia

3.1 Declaración de Ginebra de 1924 y 1959

La Asociación Internacional de Protección a la infancia promulgó la primera declaración sistemática de los Derechos del Niño, principios que fueron redactados por la pedagoga Eglantyne Jebb. Esta declaración de Ginebra fue aprobada por la Sociedad de las Naciones Unidas en su quinta Asamblea el 26 de diciembre de 1924 y también se denomina “Declaración o Carta de Ginebra”, la cual fue revisada en 1946.

Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, los hombres y mujeres de todas las naciones, se reconoció que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma.

Este documento contiene siete principios fundamentales, referidos exclusivamente a los niños, y desde luego diseñados por una especialista en la educación, donde nos percatamos que es fundamental el aspecto pedagógico de las cuestiones relacionadas con los derechos de los niños. Por su importancia y brevedad a continuación se transcriben¹¹⁹.

La Declaración de Ginebra de 1924 establece:

- I. El niño debe ser protegido excluyendo toda consideración de raza, nacionalidad o creencia.
- II. El niño debe ser ayudado, respetando la integridad de la familia.
- III. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material, moral y espiritual.

¹¹⁹Sajón Rafael. “Derecho de Menores”, Ed. Abeldó-Perrot, Buenos aires, Argentina, 1990, Pág. 484.

- IV. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos.
- V. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad
- VI. El niño debe de disfrutar completamente de las medidas de previsión y seguridad sociales; el niño debe, cuando llegue el momento, ser puesto en condiciones de ganarse la vida, protegiéndole de cualquier explotación.
- VII. El niño debe ser educado, inculcándole la convicción de que sus mejores cualidades deben ser puestas al servicio del prójimo.

Esta declaración fue elaborada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) y adoptada y aprobada por la Asamblea General de la ONU, el 20 de Noviembre de 1959. También conocido como el Decálogo de los Derechos del Niño¹²⁰.

Se establecen diez principios fundamentales que tienden a la protección y a proporcionar cuidados especiales con el fin de que el niño pueda tener una infancia feliz, pues la humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle.

Éstos son los principios de la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959¹²¹:

PRINCIPIO 1. Establece que los derechos enunciados en la Declaración serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna.

PRINCIPIO 2. Prevé que el niño gozará de protección especial y podrá disponer de las oportunidades y servicios que le permitan desarrollarse en forma sana y normal, en condiciones de libertad y dignidad a fin de crecer no sólo física, sino también mental, moral y socialmente.

¹²⁰ Consulta. <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/69/tc.pdf>, fecha 2 de Octubre de 2009, 11:09 p. m.

¹²¹ Consulta, <http://www.cndh.org.mx/estatales/tabasco/derninos.htm> -, fecha 20 de Octubre de 2009, 4:02 p. m.

PRINCIPIO 3. El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.

PRINCIPIO 4. El niño tiene derecho a disfrutar de los beneficios de la Seguridad Social, por lo tanto de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados. Los cuidados especiales que se le brinden al menor y a su madre, deben garantizarse desde antes de su nacimiento.

PRINCIPIO 5. Los niños con alguna enfermedad o discapacidad física o mental, deben recibir tratamiento, educación y cuidados especializados. Pueden aprender muchas cosas si se les dedica atención y cuidados adecuados.

PRINCIPIO 6. Los niños, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesitan de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberán crecer bajo el cuidado y responsabilidad de sus padres; salvo casos excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y autoridades, tienen la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia.

PRINCIPIO 7. El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le debe dar una educación que favorezca su cultura general y le permita desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, para llegar a ser un miembro útil a la sociedad. El niño debe disfrutar de juegos y recreaciones.

PRINCIPIO 8. Los niños deben ser los primeros en recibir protección y socorro.

PRINCIPIO 9. El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada y, en ningún caso se le permitirá que se dedique a alguna ocupación o empleo que pueda perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

PRINCIPIO 10. El niño debe ser protegido contra las prácticas discriminatorias. Si alguno es diferente al resto de los demás porque habla otro idioma, tiene otros gustos, otras costumbres, otras ideas, otra religión o viene de otro pueblo, no debe hacérsele sentir inferior o extraño, tiene los mismos derechos que los demás. Cualquiera que sea el color de la piel, de sus ojos o de su cabello, tiene derecho a ser respetado. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.

En 1953, la Asamblea de las Naciones Unidas se decidió que la UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia) continuará sus funciones en forma permanente como organización mundial de protección a la infancia, labor que hasta la fecha lleva a cabo.

Por lo que se refiere a México, en agosto de 1973¹²², se efectuó el Primer Congreso Nacional sobre el régimen jurídico del menor, considerándose en ese entonces, crear un orden normativo aplicable en forma exclusiva al niño, lo que dió como resultado diversos anteproyectos de códigos del menor.

La Asamblea General de las Naciones Unidas instituyó en 1979, el Año Internacional del Niño, con el ánimo de atender al niño en todas sus facetas a nivel mundial. Como lógica consecuencia, en 1980 se adicionó al artículo 4to, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos un sexto párrafo, el cual consagra como deber de los padres velar por el derecho de los menores, que a la letra, establece: “Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental”.

Como podemos observar, el niño es el ser más desprotegido de esta tierra, porque no fue sino hasta el siglo XX que nos empezamos a preocupar por ellos, pero no tan profundamente como se esperaba, ya que tuvieron que pasar veinte años para que la primera Declaración tuviera efectos en los diferentes países, todo debido a la

¹²² Consulta. <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/69/tc.pdf>, Ob. Cit.

gran problemática que se viene presentando con respecto a su situación social, y sin dejar de hacer la aclaración que aún no se justifican las consideraciones que fueron establecidas en la Asamblea General de las Naciones Unidas y que fueron ratificadas en la Cumbre Mundial a favor de la infancia en el año de 1990, en el que asistieron más de 70 países.

En esencia, los derechos de los niños que se propusieron en esta Declaración versan lo siguiente:

- El derecho que tiene todo niño a disfrutar de los derechos enunciados en esta Declaración mismos que le serán reconocidos sin excepción, distinción o discriminación alguna.
- El de gozar de una protección especial que le permita desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.
- Establece el derecho a un nombre y una nacionalidad, desde el momento que nacen.
- Tanto los niños como sus madres, gozarán de los beneficios de la seguridad social, lo cual les permitirá crecer y desarrollarse en buena salud, asimismo establece que tendrán derecho a disfrutar de alimentación vivienda, recreo, y servicios médicos adecuados.
- De manera muy especial, determina el derecho de tratamiento, la educación y el cuidado especial que requiera en su caso específico el niño impedido física, mental y socialmente.
- Señala como un derecho de la niñez, el de crecer en un ambiente familiar armonioso, con afecto, con seguridad moral y material, caracterizado por el amor y la comprensión. Establece como una obligación para la sociedad y las autoridades públicas, cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia.
- El derecho a la educación, gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales, que favorezca su cultura general y le permita, en

condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil en la sociedad.

- El goce del derecho a disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, orientados hacia los fines perseguidos por la educación.
- Establece que el niño será el primero que reciba protección y apoyo en cualquier circunstancia.
- El niño gozará de la protección contra toda forma de abandono, crueldad, explotación y todo tipo de trata.
- Bajo ninguna circunstancia se le debe permitir al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada, que se dedique a ocupación o empleo que perjudique su salud o su educación o que impida su desarrollo físico, mental o moral.
- Al niño se le protegerá de las prácticas que fomenten la discriminación de cualquier índole.
- Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes¹²³.

La pedagoga Englantine Jebb ya mencionada, es la fundadora de la Unión Internacional Para el Bienestar del Niño y la Caja Británica de Ayuda al Niño, a ella se debe esta Declaración de Ginebra de 1924. En esta Declaración y en la de los Derechos Humanos de la ONU, se señala para ambas que el Niño “debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes”.

¹²³ Consulta, <http://www.derechosinfancia.org.mx/>, Equipo de la red por los derechos de la infancia en México, PP.1 y 2, fecha 21 de Octubre de 2009, 11:08 a. m.

3.2 Convención sobre los Derechos del Niño

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante su Resolución 44/25, adoptada en New York, E.U. el 20 de noviembre de 1989, aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, a su vez expresó el deseo de que los Estados firmaran y ratificaran la Convención o se adhirieran a ella cuanto antes, ya que en la Declaración de Ginebra realizada en 1959, por su carácter de texto sin obligaciones jurídicas para los Estados participantes, se desarrollaron otras herramientas que intentaron garantizar de manera eficaz el cumplimiento de estos derechos, siendo este evento y el principal objetivo la protección a los niños; así nuestro país México, comparte la inquietud y el interés de las demás naciones para perfeccionar los derechos del niño.

El Senado Mexicano aprueba esta adherencia el 19 de junio de 1990, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 31 de julio del mismo año, entrando en vigor el 21 de septiembre de 1990.

Para el 31 de enero de 1991 la Convención había sido firmada por 130 Estados, 67 de las firmas habían sido seguidas por la ratificación correspondiente, cuatro Estados más lograron adherirse y otros 71 países que decían estar en total apoyo lo hicieron 2 o 3 años después. Los datos anteriores muestran que la ratificación de los Estados a esta Convención Internacional ocupa un lugar preponderante con relación a la ratificación de otros instrumentos internacionales que ha promovido la ONU.

Esta Convención o CDN¹²⁴ es un tratado internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, misma que posee 54 artículos reconociendo que todas las personas menores de 18 años tienen derecho a ser protegidos, desarrollarse y participar activamente en la sociedad, estableciendo que los niños son sujetos de derecho.

¹²⁴ Consulta. http://es.wikipedia.org/.../Convención_sobre_los_Derechos_del_Niño, fecha 27 de Octubre de 2009, 5:30 p. m.

Las Naciones Unidas aprobaron en 1948 la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” que implícitamente, incluía los derechos del niño, sin embargo, posteriormente se llegó al convencimiento que las particulares necesidades de los niños debían estar especialmente enunciadas y protegidas. La CDN es el tratado internacional que reúne al mayor número de Estados participantes. Ha sido ratificado por todos los Estados del mundo, a excepción de Somalia.

Principios fundamentales que se encuentran contenidos en el preámbulo de este tratado¹²⁵.

- Participación: Los niños, como personas y sujetos de derecho, pueden y deben expresar sus opiniones en los temas que los afecten. Sus opiniones deben ser escuchadas y tomadas en cuenta para la agenda política, económica o educativa de un país. De esta manera se crea un nuevo tipo de relación entre los niños, niñas y adolescentes y quienes toman las decisiones por parte del Estado y la Sociedad Civil. (Art.12 CDN).
- Supervivencia y Desarrollo: Las medidas que tomen los Estados Parte para preservar la vida y la calidad de vida de los niños deben garantizar un desarrollo armónico en el aspecto físico, espiritual, psicológico, moral y social de los niños, considerando sus aptitudes y talentos. (Art.6 CDN).
- Interés Superior del Niño: En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas, de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (Art.3 CDN).
- No Discriminación: Ningún niño debe ser perjudicado de modo alguno, por motivos de raza, credo, color, género, idioma, casta, situación al nacer o por padecer algún tipo de impedimento físico. (Art.2 CDN).

¹²⁵ Ídem.

- La Convención sobre los Derechos del Niño. Este es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora y articula la gama completa de derechos humanos de los niños: derechos civiles y políticos así como derechos económicos, sociales y culturales. Sus artículos se encuentran organizados de la siguiente forma:
- Nos lleva a conocer el deber de la humanidad de proporcionar a los niños cuidado y asistencia especial en razón de su vulnerabilidad, señalando en forma muy especial la primordial responsabilidad de la familia en lo referente a su protección y asistencia, reitera la necesidad de una protección en vía jurídica, pero también humana, antes y después de su nacimiento, la importancia del respeto a los valores culturales de la comunidad del niño y el papel crucial de la cooperación internacional para que los derechos del niño se hagan realidad¹²⁶.
- En los primeros 41 artículos, se estipulan los derechos humanos de todos los niños y niñas, los cuales se deben respetar y proteger, y exige que estos derechos se apliquen a la luz de los principios rectores de la Convención. Para su estudio y lograr tener una visión más clara de los derechos que se contemplan en esta parte, se pueden organizar en tres grupos.
 1. Primer grupo: derechos individuales del niño, como el derecho a la vida, a la libertad, entre otros tantos.
 2. Segundo grupo: derechos del niño, en su relación con los demás, al expresarse, al manifestar su real pensamiento sobre cualquier tema, etc.
 3. Tercer grupo: referentes a su familia, teniendo en cuenta que son los padres o tutores quienes garantizarán el cumplimiento del goce de sus derechos.

¹²⁶ Consulta, http://www.cndh.org.mx/Principal/juridica/tratint/fr_trat.htm. Pág.1, fecha 12 de Octubre de 2009, 7:19 p. m.

Los artículos 42 y 45 abarcan la “obligación de los Estados Parte el difundir los principios y las disposiciones de la Convención entre los adultos y los niños; la aplicación de la Convención y la verificación de los progresos alcanzados hacia el cumplimiento de los derechos de los niños mediante las obligaciones de los Estados Parte: y la responsabilidad de presentar informes de los Estados Parte”¹²⁷.

Los Estados, antes de ratificar la Convención, o poco después de hacerlo, tienen que armonizar su legislación nacional con las provisiones del tratado, excepto en los casos en que las normas nacionales ofrezcan una protección superior. De esta forma, las normas en materia de la infancia no son ya una mera aspiración, sino una obligación nacional de los Estados. Tras la ratificación, los Estados se responsabilizan pública e internacionalmente de sus acciones a través de la presentación de la información que rindan sobre la aplicación respectiva de la Convención.

Y las cláusulas finales (artículos 46 a 54) abarcan el proceso de adhesión y de ratificación de los Estados Parte; la entrada en vigor de la Convención; y la función como depositario del Secretario General de las Naciones Unidas.

El artículo 3 de la Convención establece imperativamente que: todas las medidas concernientes a los niños, que sean tomadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, como los tribunales, las autoridades administrativas, u órganos legislativos, su primordial consideración será el: “Interés superior del Niño”¹²⁸. Es de toda obviedad que la propia frase, contiene en su esencia que con atento y profundo conocimiento deberán calcularse y examinarse los pros y contras de las propuestas de solución en todos los, casos en referencia a los niños, desde las intervenciones directas de los Estados en sus jurisdicciones, o bien de las autoridades locales, hasta el contexto privado interno de la vida íntima de familia, tratando por lo alto de asegurar y proteger los derechos de la infancia. Por lo que se explica qué es y qué significa el “Interés superior del niño”:

¹²⁷ *Ibidem*, PP. 9, 10 y 11

¹²⁸ *Ibidem*, Pág. 3.

a) Los órganos legislativos deberán con interés superior, supervisar que las leyes respectivas a cuestionamientos, conflictos o controversias relativos a los niños, buscarán el mayor beneficio para ellos, y de la mejor manera.

b) Los órganos que aplican tales leyes, como, los tribunales y otras entidades correlativas, que resuelvan directamente los casos que se mencionan en el punto anterior, tendrán que fundamentar con mucho cuidado las decisiones tomadas para dar la mejor solución en beneficio primordial de los niños.

c) Y finalmente cuando autoridades en materia administrativa, intervienen dentro del ámbito de sus funciones, como es el caso de la distribución de los presupuestos, deberá tenerse especial atención en las políticas de la infancia, donde las repercusiones de estas recaerán sobre las vidas de los niños y esos recursos asignados deberán cubrir en su mayor alcance, las necesidades principales de los niños, sobre otras necesidades.

Aunque claramente se presupone que siempre se ha contemplado el interés superior del niño para tomar cualquier decisión en cualquier ámbito, no se limita a las actividades públicas, ya que por ende deberán ser las instituciones privadas con más que irrefutable obligación, las que apliquen este fundamental principio consignado.

También este Instrumento contiene en sus diversos artículos subsecuentes lo relativo a: la supervivencia y el desarrollo, que en general establece los más mínimos aspectos que deberán cubrirse de los niños, por sus progenitores y de no contarse con la colaboración respectiva de los padres, exigirse a través de las autoridades respectivas por un número limitado de parientes que colateralmente pueden acudir para exigir o bien poner al tanto a las diversas autoridades, que por sus funciones perseguirán de oficio, y actuarán procedimentalmente para dar cumplimiento sin tregua a las necesidades que sean planteadas por y para beneficio de cualquier niño que lo necesite.

Así tenemos el artículo 12, relativo a la participación del niño en algunas áreas, como la toma de decisiones ciudadanas o bien de expresar sus inquietudes al gobierno de las funciones que le afectan en su persona. Este artículo es uno de los que más controversia ha causado, debido a que el mismo tratado que se comenta, plantea un límite de edad para que el niño deje de necesitar un vocero que manifieste su pensar, su sentir y su actuar, pues en nuestro país la mayoría de edad se alcanza a los 18 años, contradictoriamente será hasta ese momento cuando el niño cuente con la capacidad legal exigible para solicitar o manifestar, por su propia voz, lo que a su derecho convenga en cualquier ámbito de su vida.

Son verdaderas joyas las que establece este tratado en cuanto a remitir a sus integrantes afiliados, a darles total prioridad a los niños en general. Sin embargo efectivamente, la Convención es el documento con la más clara fundamentación de los derechos humanos básicos de más amplia aceptación por todos los países del mundo. Este documento internacional es de suprema utilidad incrementando el gran protagonismo de los niños y las niñas en la tarea por lograr el respeto universal de los derechos humanos, ya que se compone de una serie de normas y obligaciones básicas que deben disfrutar durante su infancia todos los niños y las niñas en todas partes, sobre la tierra, sin discriminación alguna. Estos Derechos son con exactitud:

- El derecho a la supervivencia y no explotación;
- La plena participación en la vida familiar, cultural y social.

Todos los derechos descritos en la Convención se ajustan a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de todos los niños.

La Convención protege los derechos de la niñez al estipular pautas en materia de atención de la salud, la educación y la prestación de servicios jurídicos, civiles y sociales. Los Estados Parte de la Convención están obligados a establecer y poner en práctica todas las medidas y políticas de conformidad con el interés superior del niño y de la niña.

Se debe destacar el hecho de que la Convención concede la misma importancia a todos los derechos de los niños, por lo tanto, no existe ningún derecho “pequeño” ni tampoco una jerarquía de los derechos humanos, ya que los derechos enunciados en la Convención tanto los civiles y políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales son indivisibles, y están relacionados entre sí, es decir, que las decisiones relacionadas con uno de los derechos deben examinarse a la luz de otros derechos de la Convención, este carácter indivisible de los derechos es una de las claves que permiten interpretar la Convención como el máximo tratado sobre la infancia y sus derechos, ya que su objetivo principal es la personalidad integral del niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño refleja una nueva perspectiva en torno al niño, ya que establece que los menores no son la propiedad de sus padres ni tampoco son los beneficiarios indefensos de una obra de caridad, sino por el contrario, son seres humanos y los destinatarios de sus propios derechos. La Convención ofrece un panorama en el que el niño es un individuo, miembro de una familia y de una comunidad, con derechos y responsabilidades adaptados a la etapa de su desarrollo, y al reconocer los derechos de los niños de esta manera, la Convención orienta firmemente su mandato hacia la personalidad integral del niño.

Esta Convención confirma que los niños tienen el derecho a expresar su punto de vista y a que sus opiniones se tomen en serio y se les otorgue la importancia que merecen, pero no establece que los puntos de vista de los niños sean los únicos a tener en cuenta. Asimismo, indica notoriamente que los niños tienen la responsabilidad de respetar los derechos de los demás, especialmente los de sus padres y sus madres; del mismo modo, hace hincapié en la necesidad de respetar la “evolución de las facultades” de los niños, pero no les otorga el derecho a tomar decisiones por su cuenta, no tienen la edad suficiente para hacerlo.

Este principio está basado en un concepto derivado del sentido común, pues sería una contradicción total que por un lado se exijan cuidados extremos reales sobre los niños, y por otro lado que sin una edad con la más mínima esencia de madurez, sus

actos no son siempre los más sensatos y mucho menos están aptos en su totalidad para realizar lo mejor para ellos mismos, establece que la evolución del niño desde la dependencia total a la edad adulta es gradual.

La Convención constituye un punto de referencia común que sirve para analizar los progresos alcanzados en el cumplimiento de las normas en materia de derechos humanos infantiles.

Así con estos aspectos y otros protocolos, que para este trabajo no son de imperativa importancia, tenemos un gran documento que su verdadera esencia es por todo lo alto los derechos humanos de los niños y hace una esencial conciencia de la gran responsabilidad que tiene la humanidad adulta del mundo sobre la niñez.

3.3 Código Civil vigente para el Distrito Federal

Dentro del Código Civil para el Distrito Federal vigente (2009), se refleja la percepción de un verdadero sentido a la preocupación de los legisladores mexicanos, para dar una amplia protección a nuestra niñez, a través de la normatividad que regula una de las materias en la que más se ha puesto interés, el Derecho de Familia, en éste código, existen las normas que pretenden proteger y establecer un estatus para el menor de edad, ya que por su naturaleza el Legislador sabe ahora que es un tema aparte y por demás imperativamente delicado e importante.

Encontramos que la guarda y custodia es la prioridad dentro de las funciones de los cónyuges con hijos, en el matrimonio; por los concubinos, en el concubinato; por los adoptantes en la adopción y en cualquier relación familiar existente con menores de edad de por medio. Ésta responsabilidad de crianza, educación y protección es una figura regulada en este Código, dentro del Título Quinto del Matrimonio, Capítulo X

del Divorcio¹²⁹, en el Artículo 267, Fracción I, II, III y IV; Artículo 282 en su apartado B, en las Fracciones I, II, III; Artículo 283, Fracciones I, II, III, IV, V y VIII; Artículo 283 BIS y en el Título Sexto del Parentesco. El Artículo 292 y del Título Octavo, Capítulo I, II, y III, sobre Patria Potestad, los artículos 411, 412, 413, 414, 414 BIS, Fracciones I, II, III, IV; Artículos 416 BIS y 416 TER, 417, 417 BIS, 422 y del Capítulo III, la pérdida, la suspensión y la terminación de ésta figura.

Dentro de los artículos antes citados, el Artículo 267 nos remite a que en toda solicitud de divorcio presentada ante el Juez de lo Familiar, deberá ir acompañada de una propuesta de un convenio, y dentro de este documento se deberá plantear en forma prioritaria quién será la persona designada para la guarda y custodia de los menores hijos y las modalidades de este ejercicio, obligación del pago de alimentos y designación del domicilio conyugal.

Y en caso opuesto (Art. 282)¹³⁰, el Juez al encontrarse que no existe tal convenio, tomará precautoriamente las medidas preventivas pertinentes y estas permanecerán hasta la sentencia interlocutoria, para resolver la situación jurídica de los menores hijos, al tener ya conocimiento el juzgador de las intenciones del divorcio este mismo precepto en su apartado “B”, señala quién se quedará en el domicilio conyugal, quién tendrá a cargo del ejercicio de la guarda y custodia de los hijos y entre otras cosas.

Buscando el Legislador siempre el bienestar de la familia, en todas las instancias, preceptúa dentro del Código de Procedimientos Civiles vigentes para el Distrito Federal, ordenamiento que se analizará en el punto posterior a este, estableciendo los recursos legales con que cuenta el Juez de lo Familiar para tomar una decisión de un rango tan trascendental como lo es, el otorgamiento de la guarda y custodia de los menores hijos, buscando prioritariamente el interés superior de estos menores.

¹²⁹Véase Agenda Civil del D. F. 2009, ‘Código Civil vigente para el Distrito Federal’, 18ª ed., Ediciones Fiscales, ISEF México Enero 2009, Pág.35.

¹³⁰ Cfr. Chávez Ascencio, Manuel F. “Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales”, Ed. Porrúa. México, 2004. Pág. 289.

En el Título Decimosexto sobre las “Controversias de Orden Familiar” se tomará en cuenta la declaración del menor desde los doce años en compañía de un “asistente de menor” requerido por el juzgador a la institución denominada DIF, estos preceptos se localizan en los artículos 940 al 943 principalmente, pues los demás se refieren a la violencia intrafamiliar y sólo en estos casos el Juez designará a otra persona y no a la madre (ejercedora comprobada de violencia familiar en contra de los menores) que la ley en comento juzga que no es la persona adecuada para ejercer esa responsabilidad¹³¹.

Sin embargo, debido a su contenido y por su relevancia, cito textualmente a los siguientes artículos:

Artículo 283.- “La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad para lo cual deberá contener las siguientes disposiciones¹³²:

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”;

y por su importancia sólo se cita ésta última fracción:

¹³¹ Cfr. Peña Bernardo de Quiroz, Manuel. “Derechos de la Familia”. Ed. Agisa. Universidad de Madrid. Sección de Publicaciones. Madrid, 1989. PP. 517-522.

¹³² Agenda Civil del D. F. 2009, “Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal”, 18ª ed., Ediciones Fiscales, ISEF México Enero 2009, Pág.169

“V.- Las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar en términos de la Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar y Ley de Acceso de las Mujeres a una vida libre de Violencia para el Distrito Federal. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal”.

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

Y entre los tipos de parentesco que existen, el de afinidad, el civil y el consanguíneo, éste último es el que tiene mayor relevancia e importancia en todas las Legislaciones, por originarse en la filiación de la relación entre ascendientes y descendientes; los lazos de sangre son tomados en cuenta para darle ciertos efectos jurídicos, tales como el de crear el derecho y obligación alimentaria¹³³, actualmente lo regula el artículo 292 de este ordenamiento.

Y con respecto a la patria potestad, se entiende que esta es una relación entre ascendientes y descendientes, quien tiene esa responsabilidad deberá relacionarse armónicamente con los hijos, sobre todo con los menores de edad, debe ser ejercida en primer lugar por los padres del menor, sobre su persona y sus bienes.

Esencialmente, el artículo 414 BIS establece que para el que ejerza no sólo la patria potestad, sino también la guarda y custodia en calidad de provisional o definitiva, viviendo o no con el menor en el mismo domicilio, se deberá cumplir con lo que especifica este precepto, como el procurar sobre todo la seguridad, física, psicológica y sexual del menor hijo, el que se le fomenten buenos hábitos alimenticios, y hábitos de desarrollo físico y personal, sin descuidar el cómo va su

¹³³ Sánchez Márquez, Ricardo. “El Parentesco en el Derecho Comparado”, Ed. Porrúa, México, 2003, Pág. 57

desempeño intelectual y escolar, expresar una serie de demostraciones afectivas que el propio menor acepte, y establecer sin uso de violencia, límites y reglas de conducta para que el menor las siga; ordenándose que de tener conocimiento el Juez respectivo, de no aplicarse las obligaciones mencionadas, será una causa más para suspender el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia¹³⁴.

Después el Legislador establece textualmente lo que significa y se entiende por “el interés superior del menor” el cual se localiza dentro del artículo 416 TER y se señala que la prioridad será que los derechos de las niñas y niños para efectos legales, estarán sobre los derechos de las demás personas.

Estos derechos consistirán en que la niñez gozará de acceso a la salud física, y mental, de alimentarse, y recibir la educación necesaria para su desarrollo personal; que el ambiente que lo rodea, se entiende el familiar inmediato en su casa, exista respeto, aceptación y afecto sin ningún tipo de violencia; buscar darle las conductas a seguir para lograr una alta autoestima, libre de cuidados sobreprotectores que le impidan saber qué hacer en determinadas circunstancias o excesos punitivos de castigos sin razón, que no le permitan un desarrollo adecuado para alcanzar a cubrir responsablemente con cometidos sociales y sobre todo personales en su vida, buscando la plena madurez, finalizando con que también serán respetados otros derechos establecidos en tratados o leyes aplicables.

En posteriores artículos, se hace referencia a la posibilidad del desacuerdo con la designación para las convivencias entre padres e hijos y por la designación de la persona que ejerza la guarda y custodia, será escuchado el menor de edad, que cuente con doce años y se ordena que el Juez de lo Familiar lo escuchará a solas en presencia de un asistente de menor como se cita anteriormente.

Señalado por el artículo 417 BIS del Código Civil, el asistente del menor debe ser “Un profesional en Psicología, Trabajo Social o Pedagogía, exclusivamente adscrito

¹³⁴ Cfr. Peña Bernardo de Quiroz, Manuel. “Derecho de Familia”. Editorial Agisa. Universidad de Madrid. Sección de Publicaciones. Madrid, 1989. Págs. 517-522

al DIF-DF, o cualquier otra institución avalada por este; asistiendo al menor sólo para efecto de facilitar su comunicación libre y espontánea y darle protección psicoemocional en las sesiones donde este sea oído por el Juez en privado, sin la presencia de los progenitores, ya que el Juez podrá solicitar al padre o ascendiente guardador, hasta dos entrevistas previas a la escucha del menor, por ser obligación del padre o madre guardador(a), de obedecer indiscutiblemente al asistente en mención”.

Sobre la pérdida, la suspensión, la limitación y la terminación de la patria potestad, el ejercicio de esta función tan relevante sobre los hijos, tenemos que en todas ellas son causas comunes la muerte del guardado o guardador, la mayoría de edad o el contraer matrimonio en minoría de edad autorizado por el progenitor o guardador correspondiente; así como una serie de causas específicas, para dar por terminado, este ejercicio, según sea su forma. La patria potestad se pierde, se suspende, se limita y se termina, bajo y por resolución judicial, dándose las causas establecidas en los artículos 444 al 448 de la misma ley que se comenta.

Una vez expuesto lo referido, se entiende la gran responsabilidad que tiene la sociedad, es claro que este Código cuenta con un alto contenido en regulaciones para el menor de edad, que promulga todos estos derechos proteccionistas, sin embargo por alguna razón, no son del todo entendibles para el total de la sociedad, o simple y sencillamente no se han respetado, ya que ahora se cuenta con Instituciones que ha creado el propio Tribunal Superior de Justicia, aplicándose lo procedente, cuando la violencia contra los menores, se considera extrema y se encuentran a los padres no aptos para realizar convivencias en privado.

Lo anterior es de una tremenda evidencia, ya que de lo contrario no se aplicaría. El gran problema que sigue siendo tema del día como el maltrato de menores (física, psicológica, social, y culturalmente), o bien cometándose abuso sexual, por demás conocido en materia penal, causado por la ventaja física, psíquica, intelectual y poco moral que ejercitan los adultos sobre estos pequeños seres, en abrupta diferencia de condiciones, en quienes descargan todos sus traumas,

aprovechándose de la superioridad, fuerza y ejercicio de un: “me obedeces porque yo soy tu...”, o porque “gracias a mí comes, vistes...”, o “yo te di la vida, ni modo” causándoles graves deformaciones psicológicas.

Inesperadamente en su vida adulta, se encuentran con serios problemas de alcoholismo, drogadicción, prostitución en el mejor de los casos; pues además corren el gran riesgo de ser unos adultos minimizados, de carácter aparentemente fuertes, pero con distorsiones tan radicales de sus verdaderas personalidades, y finalmente no logrando en la realidad ser una persona auténtica, con madurez y con confianza plena en sí mismo y en sus decisiones, por el contrario, siempre faltándole algo para lograr esa integración en todas las áreas de la vida.

Así, la indebida educación tanto escolar, como familiar y la falta de cuidado real en la atención de salud, hacen que la sociedad futura que formarán esos niños a su debido tiempo, de antemano cuenta con severos riesgos de continuar como se encuentra la niñez actualmente.

Sin embargo, los adultos siguen en general utilizando todavía esta transparencia legal para sus torcidos fines personales y en el más vulnerable de los núcleos sociales, el de sus propias familias, recayendo en la vulnerabilidad más palpable de la humanidad, los niños y las niñas estas consecuencias.

3.4 Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal

De acuerdo con el Código de Procedimientos Civiles, las cuestiones de la guarda y custodia se resolverán en la vía de controversias del orden familiar a petición de la parte interesada.

Este Código, hace referencia sobre que al ser recibida la demanda de guarda y custodia dentro del juicio de divorcio, se notificará y ordenará el cumplimiento a la parte contraria, citando a una audiencia para resolver provisionalmente sobre la

custodia y convivencia de los menores con los progenitores, dicha audiencia se celebrará dentro de los 15 días siguientes

En el auto que ordena la realización de la audiencia, se previene al progenitor que tiene la custodia del menor para que lo presente, se da vista al Ministerio Público adscrito al juzgado y se gira oficio al DIF del Distrito Federal para que se designe al profesional que tendrá la función de asistente de menor.

El día y hora señalados para la audiencia, el Juez convoca a las partes para que lleguen a un acuerdo respecto de la guarda y custodia; de no lograrse esto, el menor será oído estando presente el Juez y el asistente de menores, quien intervendrá para el efecto de facilitar su comunicación libre y espontánea, y darle protección psico-emocional; en la citada sesión no se encontrarán presentes los progenitores.

Es pertinente precisar que si el asistente del menor considera que el infante no puede expresar en ese momento su voluntad, ni su situación personal, podrá solicitar al Juez que se suspenda la audiencia, para que tenga otra entrevista el menor con él, y pueda valorar adecuadamente su situación psico-emocional y familiar.

Posteriormente el Juez, oyendo la opinión del Ministerio Público, la opinión del asistente del menor y realizando un estudio psicológico, así como atendiendo las demás circunstancias del caso y pruebas ofrecidas; emitirá la resolución a quién de los progenitores le corresponderá la custodia provisional del menor, fijando las reglas de la convivencia para el otro ascendiente que no tiene la custodia.

Para la convivencia del progenitor no custodiador, se fijarán los días en que se dará ésta fuera de horario escolar, tomando en cuenta la intervención de dicho ascendiente en el auxilio de las tareas escolares. Y se tendrá la facultad de regular la convivencia alterna de los fines de semana y periodos vacacionales.

Para tomar esta determinación, el Juez de lo Familiar considerará primordialmente el interés superior del menor, y los estudios psicológicos realizados a los menores, en caso de que exista violencia familiar, y en este supuesto, ordenará que las convivencias se realicen en el Centro de Convivencias.

Para los efectos del Código Civil vigente para el Distrito Federal, en su artículo 416 TER, se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a 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.

En el artículo 941 BIS¹³⁵ del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal se establece: “Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus padres, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia de los menores misma que se efectuará dentro de los quince días siguientes.

¹³⁵ Véase Agenda Civil del D. F. 2009, “Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal”, 18ª ed., Ediciones Fiscales, ISEF México Enero 2009, Pág.170.

En la sesión donde sean escuchados los menores deberán ser asistidos por el asistente de menores correspondiente, adscrito al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal, quien no requerirá comparecer para protestar el cargo. Para que tenga verificativo la audiencia respectiva el Juez de lo Familiar tomará en consideración la programación de audiencias que tenga la Institución.

Quien tenga a los menores bajo su cuidado, los presentará a la audiencia, para que sean escuchados por el Juez y el Ministerio Público adscrito.

El Juez de lo Familiar oyendo la opinión del representante Social y valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, pudiendo incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, determinará a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad.

A falta o imposibilidad de los progenitores para tener la custodia de los menores se considerarán las hipótesis previstas en los artículos 414 y 418 del código civil. Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor.

Cuando cambie de domicilio el ascendiente que conserva la guarda y custodia, éste tiene la obligación de informar al Juez y a quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia. El incumplimiento de esta disposición dará lugar a lo establecido en el artículo 73 de este ordenamiento, es decir aplicará los medios de apremio que van desde la multa, auxilio de la fuerza pública, la fractura de cerraduras, el cateo por orden escrita y el arresto hasta por 36 horas.

El artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal establece: “No se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar cuando se solicite la declaración, preservación, restitución o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de padres y tutores y en general de todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial.

Esta disposición no es aplicable a los casos de divorcio o pérdida de la patria potestad.

Tratándose de violencia familiar prevista en el Artículo 323 TER del Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal, el Juez exhortará a los involucrados en audiencia privada, a fin de que convengan los actos para hacerla cesar y, en caso de que no lo hicieran, en la misma audiencia el Juez del conocimiento determinará las medidas

procedentes para la protección de los menores y de la parte agredida. Al efecto, verificará el contenido de los informes que al respecto hayan sido elaborados por las instituciones públicas o privadas que hubieren intervenido y escuchará al Ministerio Público”.

3.5 Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes

Esta Ley fue decretada el 31 de enero del 2000, aunque inicialmente en su artículo 3 fracción XVI¹³⁶ señala los efectos en los cuales debe ser invocada esta ley, previendo que los menores entre otros puntos, están expuestos a la desintegración familiar y al maltrato psico-emocional, describiendo este trato como los actos u omisiones cuyas formas de expresión pueden ser silencios, prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, amenazas, insultos, actitudes de descuido, devaluatorias o de abandono que provoquen en la niña o niño daño en cualquiera de sus esferas cognoscitiva, conductual, afectiva o social.

En el artículo 4 del capítulo “de los principios”, establece cuáles son los principios rectores de esta ley, primero refiere lo que se debe definir como el interés superior de las niñas y niños, principio que implica dar prioridad al bienestar de las niñas y niños ante cualquier otro interés que vaya en su perjuicio; este principio también establece que el gobierno deberá contar con partidas presupuestales que sean dirigidas al servicio público para beneficio de las niñas y niños. Incluye una relación de los ejes temáticos o principios rectores que cuentan con una auténtica expresión de provisión, prevención y participación, es decir enuncia y define diversos términos que se emplean en el texto de la ley que sirven de base y ayudan a pensar tanto en los derechos como en las distintas necesidades de la niñez, de los cuales destacan que se considerará como niña o niño, al menor de 18 años.

Aún cuando esta ley establece claramente en su artículo 5, del Capítulo de los derechos específicos de las niñas y los niños, inciso “B”, Fracción IV. Todas las niñas y niños tienen derecho de vivir y crecer en el seno de una familia, conocer a

¹³⁶ Consulta, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/.../Leyes/DFLEY29.pdf>- Págs. 3 a 5, fecha 1 de Noviembre de 2009, 12:00 a. m.

sus progenitores y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos, aún en el caso de estar separados, salvo si ello es contrario al interés superior de la niña y niño.

Tal problema ha hecho reflexionar con seriedad, a las personas que integran los diversos organismos tanto públicos como privados, con el fin de lograr que los niños gocen plenamente del respeto a sus derechos y de los beneficios propios de su edad, así como para que se les proteja su natural vulnerabilidad.

Sin embargo, el Capítulo que refiere en suma importancia a este trabajo es el que se refiere al Título Tercero¹³⁷, de las Obligaciones de la Familia, Capítulo Único. De las Obligaciones, en su artículo 8, evidentemente asegura que tanto la madre como el padre son igualmente responsables del desarrollo sano e integral de sus hijos, debiendo garantizar lo necesario para su subsistencia, salud, educación y los elementos que favorezcan su incorporación al medio social.

En cuanto a la paternidad y la maternidad, el Legislador, lo refiere como un acto de conciencia, pero desafortunadamente muchas parejas en la total inconsciencia e irresponsabilidad, procrean hijos como accidentes, sin la menor planeación y no como resultado del amor y de un deseo, cuyas consecuencias estén dispuestos a enfrentar con entusiasmo tanto el varón como la mujer por igual y con consciencia, plena de la importancia que alcanza, tanto para ellos como para el país, su actitud como padres y madres responsables.

La familia es la base fundamental y la organización primaria de la sociedad, que se funda sobre vínculos de parentesco; en su seno nacen, crecen y se forman las nuevas generaciones bajo los valores de la solidaridad, la fidelidad, la fraternidad y la justicia. Con sobrada razón se dice que el saber ser padre o madre es la profesión más difícil que existe, ya que está en su responsabilidad educar y formar a los hijos hasta hacer de ellos ciudadanos libres y dignos.

¹³⁷ *Ibidem*, Pág. 7

Recordemos que la familia es el espejo de la sociedad, decía Víctor Hugo; y que es mucho más fácil dar el ser a un hijo, que darle una buena alma, decía Teognides. De ahí nuestro compromiso para hacer que en el hogar las niñas y los niños se desarrollen en lo físico, mental, moral y espiritual, para lo cual es necesario proporcionarles un ambiente de armonía, amor, comprensión y tolerancia.

Lo vivido en la edad temprana es fundamental para la edad adulta; por ello, a la niña y al niño debe garantizárseles el respeto y la protección de sus derechos; asimismo, deben brindárseles todos los cuidados necesarios para su completo desarrollo. La ley que analizamos tiene una estructura en la que se contemplan diversos aspectos y situaciones de la vida, derechos, necesidades y problemas de la niñez, así como obligaciones que establece de parte de las principales instituciones responsables de la niñez.

En su artículo 9 específicamente, esta ley describe cuáles son las obligaciones de los progenitores y miembros de la familia para con las niñas y niños, consistiendo estas en que se debe asegurar el respeto y la aplicación eficaz de los derechos establecidos, garantizándoles que no sufran ningún tipo de violencia, discriminación, maltrato, explotación o violación a sus derechos, en el seno de sus familias, en los centros de enseñanza, en los espacios de recreación o en cualquier otro lugar en que se encuentren.

También se deben prevenir las situaciones, acciones o hechos que amenacen o violen sus derechos, así como proporcionar apoyo, cuidados, educación, protección a la salud, alimentación suficiente y adecuada, registrarse al nacer y recibir educación obligatoria, ofrecerles incentivos para que realicen actividades culturales, recreativas, deportivas y de esparcimiento, que les ayuden a su desarrollo integral, derechos que se deberán respetar conforme esta ley lo dispone.

Lamentablemente, cada día son más los menores que sufren violaciones a sus derechos fundamentales, cada día aumenta el número de niños y niñas abandonados en la calle a su suerte, sin educación, salud y, lo más grave, carentes

de una familia. Las causas son diversas y sólo se lograría evitar la gravedad de estos casos, si volviésemos los ojos a la familia, sin olvidar que es la organización y el espacio en que se crean, fortalecen y reproducen los valores humanos.

Si bien es cierto que el Estado, a través de sus instituciones, debe velar por el desarrollo de los menores satisfaciendo las necesidades de educación, salud, juego, deporte, alimentación, también lo es, que la formación que en la familia reciben los hijos es insustituible.

De acuerdo con esta normatividad, “cualquier persona, servidor público autoridad o dependencia que tenga conocimiento de que alguna niña o niño hayan sufrido maltrato o se encuentre en riesgo su integridad, tendrá la obligación de hacerlo del conocimiento del Agente del Ministerio Público” (Artículo 48).

En el artículo 49 de esta misma ley se hace referencia a que, aun cuando la niña o niño se encuentre bajo la custodia de su padre, madre, tutor o de cualquier persona que lo tenga legalmente o en acogimiento, el servidor público, Ministerio Público será quien intervenga de oficio en los casos en que la integridad física o psíquica de las niñas y niños, esté en peligro, a fin de proceder siempre en atención al interés superior de ellos, que finalmente es el principal objetivo de la presente ley.

3.6 La Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal

En el año 2008 se creó un ordenamiento que regula las funciones del mediador familiar, y se encuentran dentro de la denominada “Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal”¹³⁸. Este ordenamiento se divide en capítulos que contienen las obligaciones del mediador, los requisitos para

¹³⁸ Consulta, <http://www.tsjdf.gob.mx/justiciaalternativa/presentacion.htm> - 44k -, fecha 4 de noviembre de 2009, 3:16 p. m.

ser mediador, los lineamientos para su desempeño, y le da una estructura muy seria y firme a este servicio.

En congruencia con la legislación vigente en materia de Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal aplica la Ley de Justicia Alternativa.

Para darle aplicación a la Ley antes mencionada existe un Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (CJA) creado en 2003, como órgano del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, para administrar y desarrollar los métodos alternos de solución previa a emprender juicios en vía civil, sobre todo en materia Familiar ante el Tribunal, en particular con la intervención de un mediador transformándose en una dependencia del Tribunal para desarrollar los métodos alternos de solución de conflictos en el Tribunal, contando con autonomía técnica y de gestión por virtud de las reformas a la Ley Orgánica del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, ambas de 2008¹³⁹.

La creación del CJA se anticipó a la reciente Reforma al Artículo 17 de la Constitución de 2008, que ordena que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias, pues establece la posibilidad de que las personas puedan resolver sus conflictos sin autoridades como un mecanismo complementario al servicio de la justicia ordinaria, tal y como sucede en el CJA. También significa que es en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal donde se comentan la justicia tradicional y la alternativa. Ambas comparten la misma teleología (principio) de lograr un sistema de justicia pero con metodologías diferentes.

La solución sana de disputas permite que los usuarios de los servicios de mediación sean beneficiados por una moderna actitud institucional y democrática que permite la participación de la ciudadanía en la resolución de sus conflictos. La mayor

¹³⁹ Ídem

rapidez a la solución de controversias por mecanismos alternativos propicia una disminución en los costos, no sólo para las partes involucradas sino para el sistema de justicia, ya que representa una posibilidad muy cercana de descongestionar a los tribunales. El CJA representa la oportunidad que tienen los ciudadanos de solucionar sus conflictos a través de métodos no contenciosos.

CAPÍTULO CUARTO

4. Propuestas Actuales, el Determinismo y lo Determinante del Otorgamiento de la Guarda y Custodia de los Hijos

4.1 Justificación de Propuesta. Elementos limitados y alternativos con que cuenta el Derecho Familiar en materia de Guarda y Custodia.

Es mi propuesta que dentro del Código Civil vigente para el Distrito Federal, se debe establecer un capítulo específico y por separado sobre las condiciones de carácter irrefutable e inapelable que se deberán cumplir, obedecer y cubrir por los progenitores o ascendientes, aspirantes al otorgamiento del ejercicio de la guarda y custodia sobre los menores hijos, pues la magnitud del otorgamiento a quien se le asignará tal derecho, es de tanta trascendencia e importancia, ya que será esta persona la responsable del desarrollo integral de la vida futura de las niñas y niños.

Es menester indicar la falta de técnica jurídica del Legislador ya que existen disposiciones sustantivas que se encuentran reguladas en el artículo 941 BIS del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, situación que considero es incorrecta ya que la materia sustantiva debe de regularse en el Código Civil y no en el Procesal.

Ahora bien, y respecto de la hipótesis normativa prevista en el artículo 941 BIS del Código Adjetivo citado, es de indicar que las mismas resultan muy precarias de fondo y requieren de una reestructuración y cambio al rango sustantivo, considerando un requisito o condición no circunstancial sino obligatorio, que el asistente de menores debe ser una persona que esté adscrito al Juzgado de lo Familiar específicamente; es decir, deberá ser un Psicólogo titulado y con plenos conocimientos en esta especialidad.

Es importante precisar que se propone que el dictamen del estudio psicológico que debe practicar este Psicólogo al aspirante para ejercer la guarda y custodia sobre los menores hijos, sirva lo suficiente para normar el criterio del Juez de lo Familiar

respectivo, para que decida a quién le será otorgada esta importantísima responsabilidad.

Considero que no debe ser una facultad del Juez de lo Familiar, como lo establece el artículo en comento, el decidir si es o no procedente efectuar un estudio psicológico tanto a los menores como a los progenitores, debido a que con todo el respeto que me merece su título de Juez, que podría ser un docto en materia jurídica pero no así en Psicología, y excepcionalmente suele suceder que sí cuente con un verdadero acervo en tales conocimientos como para tener plena seguridad al decidir a quién le será otorgada la guarda y custodia de los menores hijos.

Este estudio psicológico, no sólo se le deberá practicar al menor y a los progenitores aspirantes, sino también al ascendiente que demande se le otorgue la guarda y custodia del menor hijo.

4.2 Contenido de los resultados del estudio psicológico, para determinar la guarda y custodia de los menores hijos

Como se ha indicado, se debe realizar este estudio psicológico para el otorgamiento de la guarda y custodia de los menores hijos, en tiempo especificado con antelación y bajo notificación, primero a los progenitores y posteriormente a los menores hijos, y deberán presentarse ante este Psicólogo adscrito al juzgado, como ya se propuso anteriormente, para que se sometan a las pruebas que este profesional considere adecuadas para dictaminar quién se encuentra en mejores condiciones bio-psico-emocionales y mentales, para ejercer la responsabilidad sobre los menores hijos.

Estas pruebas, podrán consistir en una serie de preguntas orales o por escrito, que deberán responder los progenitores y de ser necesario también los ascendientes que sean considerados para tal ejercicio, en un espacio designado dentro del juzgado de lo familiar para realizar esos estudios que, al ser contestadas dichas

preguntas, arrojarán los datos perceptibles por el Psicólogo para determinar el nivel de daños o sufrimientos físico-psico-emocionales y sociales causados a los menores hijos y en los progenitores en su caso, derivado del desmembramiento de la familia que permaneció junta hasta el comienzo del juicio de divorcio o separación, sobre todo en caso de no existir convenio, ni acuerdo respecto al ejercicio de la guarda y custodia de los menores hijos.

Los especialistas en la materia ahora saben que los niños y las niñas que se crían dentro de un ambiente con ambos padres partícipes y dedicados, tienen aptitudes cognoscitivas (más *ad hoc* a las situaciones que se viven) y motoras más sólidas, disfrutan de una salud mental y física óptima, se convierten en personas más hábiles para resolver problemas y tienen más confianza en sí mismos, son curiosos y demuestran empatía.

También demuestran tener una sensibilidad moral más alta y un mayor control de sí mismos, presentan menores niveles de conducta perturbadora, menos expresiones de ira, depresión y mentiras; muestran más actitudes de obediencia a los padres, amabilidad con otras personas, sentido de responsabilidad; menos problemas conductuales en los niños y las niñas más felices, más seguros de sí mismos y dispuestos a probar cosas nuevas.

El primer elemento que proporcionan los estudios psicológicos actualizados que se han realizado en torno al papel esencial que desempeñan los padres varones, es el desarrollo saludable de sus hijos, ya que es importante que el personal y los padres de familia comprendan la importancia de la asociación con el padre y el por qué es una figura fundamental para el bienestar de los niños. Saber esto los ayudará a satisfacer las necesidades de las familias y los niños, de una manera más óptima.

4.3 Reestructuración del “Asistente de menores”

Como se indicó en el capítulo respectivo, siempre que se plantee al Juez de lo Familiar un problema de guarda y custodia de menores se deberá tomar en consideración la opinión del menor, debiendo estar presente el “asistente de menores” que para tal efecto designe el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.

Al respecto se considera que dicho asistente de menores debe estar adscrito a los Juzgados de lo Familiar en forma permanente, no teniendo que acudir a Instituciones Gubernamentales ajenas a los juzgados, lo cual puede traer un retraso en la impartición de Justicia; además que para el Psicólogo ya adscrito al Juzgado de lo Familiar, el panorama será más amplio sobre la problemática familiar y permanecerá informado constantemente y comunicándole al Juez de lo Familiar correspondiente sus observaciones, para que a su vez el juzgador cuente con más elementos necesarios para resolver. En razón de lo anterior, se propone que se modifique el artículo 941 BIS del Código de Procedimientos Civiles para quedar de la manera siguiente en el Código Civil vigente para el Distrito Federal:

Artículo 941 BIS. “Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus padres, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia de los menores, misma que se efectuará dentro de los quince días siguientes.

Ante el Juez se llevará a cabo la sesión donde sean escuchados los menores que deberán ser asistidos por el Psicólogo adscrito al Juzgado de lo Familiar y comparecer a la audiencia respectiva.

Quien tenga a los menores bajo su cuidado, los presentará a la audiencia para que sean escuchados por el Juez a cargo y el Psicólogo adscrito, para que éste cuente con los elementos necesarios para emitir el dictamen psicológico.

El Juez de lo Familiar, valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, en este dictamen psicológico del menor y de las partes que solicitan la custodia, determinará a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad”.

4.4 Propuesta de regulación de la continuidad de las terapias psicológicas para los menores en caso de separación de sus progenitores

Para atender adecuadamente todos los asuntos concernientes a la custodia de menores, se considera necesario que se regule en el Código Civil vigente para el Distrito Federal que, a pesar de haberse emitido la resolución respecto a cuál progenitor ejercerá la guarda y custodia definitiva del menor, la respuesta será que se continúe en terapia psicológica tanto el menor como los ascendientes hasta que el Psicólogo emita certificado, haciendo del conocimiento del juzgador que ya no es necesaria dicha terapia por encontrarse ya adaptados a su nueva forma de familia.

Así el Psicólogo adscrito al Juzgado de lo Familiar ya en forma permanente, deberá también contar con la función de la disponibilidad de atender al dictaminado progenitor o ascendiente aspirante al ejercicio de la guarda y custodia de los menores hijos, que bajo dictamen se le consideró “no apto para efectos de ejercer esta obligación”, y el mismo especialista lo canalice a la dependencia respectiva, para recibir una terapia psicológica que le permita superar su problemática físico-psico-emocional y social, y certificarlo cuando lo corrobore el Psicólogo porque clínicamente ha superado su situación.

Sólo así el Juez de lo Familiar podrá emitir una resolución en la que se respete el interés superior del menor, hacer todo por dar cumplimiento a optimizar las futuras relaciones familiares de los menores hijos con el progenitor o pariente con quien existía algún conflicto, obteniendo el máximo beneficio para el menor y ¿por qué no?, también para los progenitores o ascendientes a cargo; siempre buscando el principio del interés superior del menor.

En razón de lo anterior, se propone la modificación del artículo 417 BIS del Código Civil para el Distrito Federal para quedar como sigue:

- **Artículo 417 BIS. Se entenderá por asistente de menores al profesional en Psicología adscrito al Juzgado de lo Familiar, que asista al menor sólo para efecto de facilitar su comunicación libre y espontánea en las sesiones donde éste sea oído por el Juez en privado, sin la presencia de los progenitores.**

Dicho asistente podrá solicitar hasta dos entrevistas previas a la escucha del menor, siendo obligatorio para el progenitor que tenga la guarda y custodia y dar cumplimiento a los requerimientos del asistente del menor, para practicar el estudio psicológico tanto al menor como a los ascendientes que solicitan la guarda y custodia.

Realizado el estudio psicológico el asistente de menores podrá precisar si es recomendable que el menor y los ascendientes requieran de terapias psicológicas para reparar el daño psicoemocional que exista por la ruptura de la relación familiar, siendo el Juez de lo Familiar quien determinará la procedencia o no de dichas terapias y la duración de las mismas.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Al darse la separación de los padres surge el problema de determinar quién de los progenitores tendrá la guarda y custodia de los hijos.

SEGUNDA. La guarda y custodia consiste en el hecho de que el menor permanecerá bajo el cuidado, vigilancia, dirección y protección del progenitor que se designe por convenio entre los interesados o por determinación judicial.

TERCERA. Es el Juez de lo Familiar quien podrá decidir en caso de conflicto a quién de los progenitores le corresponderá su ejercicio en el supuesto de que los ascendientes no se hayan puesto de acuerdo.

CUARTA. La guarda y custodia no está adecuadamente regulada en el Código Civil para el Distrito Federal, en virtud de que no se cuenta con un Capítulo específico dentro de este ordenamiento, a pesar de su importancia pues incluso existen disposiciones dispersas, y otras las encontramos en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

QUINTA. El ordenamiento civil en cita faculta al Juez de lo Familiar para decidir si es necesario hacer un estudio psicológico al menor, y/o a los padres y/o ascendientes aspirantes al otorgamiento de la guarda y custodia; al respecto es de indicar que por la trascendencia que pueda tener la determinación Judicial es que se propone que no se deje al libre albedrío del Juzgador, sino que se imponga como un requisito para poder decidir sobre la guarda y custodia de los menores la participación de un profesional de la Psicología.

SEXTA. Con el estudio psicológico, el Juzgador contará con más y mejores elementos para decidir a quién de los progenitores o ascendientes le corresponderá la guarda y custodia en beneficio del menor para lograr su pleno desarrollo.

SEPTIMA. Por lo que hace al “asistente del menor” a que se refieren los artículos 417 y 417 BIS del Código Civil para el Distrito Federal, se propone que dicho cargo

sea exclusivo de Psicólogos y no de Pedagogos o Trabajador Social, ya que son los Psicólogos los profesionistas que estarán en posibilidad de emitir una opinión debidamente fundamentada respecto a la situación psico-emocional del menor y los ascendientes.

OCTAVA. También se sugiere que dicho “asistente del menor” esté adscrito a los Juzgados Familiares; por lo que se deberá realizar una modificación a los artículos 417 y 417 BIS del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

NOVENA. Con dicha reforma el Juez de lo Familiar contará con los elementos necesarios para poder emitir una resolución en donde se cumpla con el interés superior del menor, como lo dicta el Artículo 416 TER del ordenamiento que se comenta.

DÉCIMA. Ahora bien, se propone que se reforme el artículo 417 BIS para quedar de la siguiente manera:

- **Artículo 417 BIS. Se entenderá por asistente de menores al profesional en Psicología adscrito al Juzgado de lo Familiar, que asista al menor sólo para efecto de facilitar su comunicación libre y espontánea en las sesiones donde éste sea oído por el Juez en privado, sin la presencia de los progenitores.**

Dicho asistente podrá solicitar hasta dos entrevistas previas a la escucha del menor, siendo obligatorio para el progenitor que tenga la guarda y custodia dar cumplimiento a los requerimientos del asistente del menor, para practicar el estudio psicológico tanto al menor como a los ascendientes que solicitan la guarda y custodia.

Realizado el estudio psicológico el asistente de menores podrá precisar si es recomendable que el menor y los ascendientes requieran de terapias psicológicas para reparar el daño psicoemocional que exista por la ruptura de la relación familiar, siendo el Juez de lo Familiar quien

determinará la procedencia o no de dichas terapias y la duración de las mismas.

DÉCIMA PRIMERA. También se propone que se reforme el artículo 941 BIS para quedar de la siguiente manera:

- **Artículo 941 BIS. “Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus padres, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia de los menores, misma que se efectuará dentro de los quince días siguientes.**

Ante el Juez se llevará a cabo la sesión donde sean escuchados los menores que deberán ser asistidos por el Psicólogo adscrito al Juzgado de lo Familiar y comparecer a la audiencia respectiva.

Quien tenga a los menores bajo su cuidado, los presentará a la audiencia para que sean escuchados por el Juez a cargo y el Psicólogo adscrito, para que éste cuente con los elementos necesarios para emitir el dictamen psicológico.

El Juez de lo Familiar, valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, en este dictamen psicológico del menor y de las partes que solicitan la custodia, determinará a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad”.

DÉCIMA SEGUNDA. Con dichas propuestas se busca lograr la mejor crianza y educación del menor, para lograr optimizar el desarrollo de éste en todos los aspectos de su vida y obtener una adultez con mayor rango de madurez.

ANEXO 1

Peritajes Psicológicos Guarda y Custodia

Yoana Guadalupe Salazar U y J. Paulino Dzib A.

Página 1 de 6

PERITAJES PSICOLÓGICOS EN PROCESOS DE GUARDA Y CUSTODIA.

Psic. Yoana Guadalupe Salazar Uc.

Mtro. Psic. José Paulino Dzib Aguilar,

Instituto Interdisciplinario de Psicología Jurídica

Resumen

Hoy en día Juzgados de Familia, Prisiones, y Fiscalías solicitan la intervención de los Psicólogos en diversos procesos legales. Esta participación ha ido en aumento, debido al gran apoyo que brindan a las autoridades procuradoras e impartidoras de justicia.

Dentro del ámbito de la jurisdicción la evaluación de las características psicológicas de las personas está tomando gran auge, la cual busca apoyar a los diversos campos de los conflictos jurídicos. Un aspecto de la contribución de los Psicólogos es en la elaboración de peritajes psicológicos; los cuales apoyan al Juez a elaborar de forma más justa su sentencia, ya que le permiten comprender aspectos de la persona en el proceso legal que pudieran apuntar a la imputabilidad o no de la misma.

Es importante recalcar que el presente trabajo se enfoca a Procesos Jurídicos de tipo Civil Familiar y se exponen modos y técnicas de evaluación en procesos de Guarda y Custodia, no sin antes definir lo que es un peritaje psicológico, cómo se integra el informe pericial y el papel que juega el Psicólogo como perito responsable de llevar a cabo dichas evaluaciones.

Introducción

Los primeros hechos históricos que tienen relación con la intervención del Psicólogo en el contexto legal y que facilitaron el establecimiento de un nuevo campo de investigación se remontan a los últimos años del siglo XVIII; y tiene sus raíces en Europa. Esta concepción de la Psicología dentro del marco legal es llamada Psicología Jurídica (Garzón, 1998). En esta labor de la Psicología convergen de manera directa dos disciplinas en particular: la Psicología y el Derecho (Sobral, Arce y Prieto, 1994).

El peritaje psicológico que es la principal aportación del Psicólogo en este ámbito, puede ser de tres tipos: el peritaje penal, el civil familiar y el civil laboral. La pericial civil familiar está dirigida a la decisión sobre tutela, guarda y custodia, adopción, divorcio, nulidad. Hasta este punto hay que mencionar que la actuación de un Psicólogo en el proceso judicial es el de realizar peritajes psicológicos, que es distinto de diagnosticar y dar seguimiento con el tratamiento (Clemente y Ríos, 1995).

En concreto, el Psicólogo se encarga fundamentalmente de dictaminar sobre la idoneidad de que la Guarda y Custodia de los hijos del matrimonio en litigio le sea concedida a uno u otro de los cónyuges, y, de modo casi extraoficial, de ofrecer una serie de pautas de comportamiento para que las ulteriores relaciones paterno-filiales se desarrollen de la forma más correcta posible. La evaluación pericial se lleva a cabo en un tiempo breve y determinado, no es una relación terapéutica sino de análisis y diagnóstico. Luego de completarse la tarea, se pierde el vínculo con el peritado. (Talarico Pinto, 2003).

Peritajes Psicológicos Guarda y Custodia

Yoana Guadalupe Salazar U y J. Paulino Dzib A.

Página 2 de 6

Peritaje en proceso de guarda y custodia

A medida que las tasas de separación/divorcio se han incrementado; resulta cada vez más cotidiana la intervención del Psicólogo en procedimientos de familia, especialmente para ofrecer valoración y asesoramiento sobre el sistema de guarda y custodia más adecuado para los menores que se encuentran implicados en el proceso.

La guarda y custodia es la titularidad renunciable que comprende el cuidado y educación diario de los hijos, así como la toma de decisiones inmediata. El progenitor que no ejerza la patria potestad tiene el derecho de relacionarse con los hijos menores. Cuando el futuro y la formación de un hijo están en juego no hay recursos que resulten inútiles para garantizarlo.

El peritaje psicológico es una de las más importantes herramientas a las que se pueden recurrir. El marco legal que ampara esta actividad en nuestro Estado es el Código de Procedimientos en Materia Penal de Yucatán, Título II (De la prueba en materia) en el capítulo IV en sus artículos del 134 al 155. (Código Penal y de Procedimientos Penales de Yucatán 2004).

Los mismos contenidos se encuentran circunscritos en el Código de procedimientos en materia de defensa social del estado de Yucatán en el Capítulo IV en sus artículos del 134 al 155 y en el Código Federal de Procedimientos Penales, Título VI (Prueba), Capítulo IV en sus artículos del 220 al 239 (Código Penal y de Procedimientos Penales de Yucatán, 2004).

El Psicólogo, desde el ámbito privado puede actuar como asesor del Juez (actuando como perito), del abogado que reclama sus servicios y como colaborador del abogado en la resolución del procedimiento familiar en todos los momentos del mismo y con un enfoque interdisciplinar (Bernal y Martín, 1990). Las solicitudes de dictamen se refieren, en la mayoría de los casos, a la determinación de cuál de los dos progenitores es el más idóneo para ostentar la guarda y custodia del menor o menores, y cuál es el régimen de visitas más adecuado para el progenitor no

custodio. Los casos en que es requerido el informe pericial normalmente se tratan de asuntos litigiosos por lo que los progenitores se encuentran en desacuerdo, no acuden a la exploración pericial con ánimo adecuado, lo que puede acarrear graves repercusiones en los menores.

La ruptura de la pareja es un acontecimiento que perturba la vida diaria de todas las partes, pero tiene especiales repercusiones en los hijos. Los hijos sienten con preocupación el que sus padres dejen de estar juntos, y les afecta mucho más cuando viven la amarga experiencia de los conflictos entre los progenitores, y no digamos cuando además existe el maltrato (Talarico Pinto, 2003). El informe psicológico puede ser solicitado a iniciativa de las partes, el Ministerio Fiscal o del Juez; siendo el Juez quien resolverá lo conveniente sobre su pertinencia y designará lo que haya de ser objeto de reconocimiento, que podrá coincidir con lo solicitado o, por el contrario, modificar sus términos.

En 1998 puede encontrarse un análisis más pormenorizado de la demanda de periciales psicológicas en este tipo de procedimientos, según el tipo, origen y momento en que se produce la solicitud del peritaje. Investigado por Ramírez, Ibáñez y De Luis.

Los dictámenes de custodias suelen abordar al menos alguna de estas cuestiones relativas a la adaptación de los hijos a nivel familiar: percepción filial de las figuras parentales, relaciones fraternales, preferencias de custodia de los hijos y comprensión que éstos tienen del conflicto y la separación parental. Se han considerado habilidades parentales y dimensiones del estilo de cuidado/educación parental muy diversas y la clásica tipología de estilos disciplinares parentales de Baumrind (1978) ha sido utilizada en estudios de gran envergadura (Guidubaldi, Cleminshaw, Perry, Nastasi, Lightel, 1986). Como puede verse, el conglomerado de contenidos de los peritajes en asuntos de Peritajes Psicológicos Guarda y Custodia

Yoana Guadalupe Salazar U y J. Paulino Dzib A.

Página 3 de 6.

El concepto de Custodia es muy amplio, ya que puede establecer claramente la capacidad y competencia de los padres para tener, o en su caso perder la patria potestad, siempre anteponiendo el bienestar de los hijos como máxima prioridad. Los informes que sean solicitados ya sea por el Ministerio Público o por el Juez, requieren cubrir contenidos referentes al objeto de la pericia, la metodología detallada de las operaciones realizadas, y las conclusiones que se deriven de las mismas.

Se entiende libre de formas siempre que contenga tales aspectos; por ejemplo:

1. *Introducción.* Datos que permitan identificar el caso, el perito, y el objeto de la pericia.
2. *Metodología.* Empleada para facilitar la comprensión y, en su caso, la replicabilidad del estudio.
3. *Trayectoria del problema.* Breve exposición de los antecedentes históricos, evolución y situación actual.
4. *Evaluación psicológica.* Realizada a los miembros de la familia; adultos, menores, así como el patrón de dinámica familiar.
5. *Valoración.* En función de los datos obtenidos: del proceso familiar, de las alternativas parentales, y necesidades en la filiación.
6. *Conclusión.* Se trata de dar respuesta clara y concisa al requerimiento judicial.

Se intentará buscar la solución que menos pérdidas ocasione a los hijos.

Se recabarán datos, por diferentes vías que permitirán la explicación, evaluación y respuesta del requerimiento solicitado.

A) En los adultos:

1. Antecedentes:

-relación conyugal: origen de la dificultad, causas que lo mantienen o agravan, evolución e implicación de los menores, intentos de solución

2. Situación actual:

-reacción ante la separación
-autonomía personal
-adaptación laboral/social/personal

3. Educación de los hijos comunes:

-lazos afectivos con los hijos y preferencias de los padres
-criterios educativos, normativos y de control
-expectativas de futuro para sí y para los hijos

4. Otras figuras de cuidado y educación de los hijos:

-si se cuenta con el apoyo de otras personas: familiares de origen, instituciones sociales o de caridad, etc.
-nuevas parejas: características, perspectivas, relación con los menores, posible influencia en la dinámica familiar

B) En los menores;

-lazos afectivos con los padres, y preferencias, hay que tener en cuenta los posibles conflictos de lealtades así como manipulaciones de que puedan ser objeto
-actitud ante la separación: esperanza de reconciliación, sentimientos de abandono, culpabilización
-relación con los hermanos, posibles alianzas
-adaptación personal/emocional
-interés, rendimiento y adaptación escolar
-calidad y cantidad de los vínculos con la comunidad
-sus propios deseos y expectativas

C) Pautas de interacción con los miembros

Se trataría de apreciar también las relaciones afectivas, comunicativas y preferenciales de los padres e hijos a través del lenguaje verbal y gestual, contacto visual, físico, acercamiento e interacción con las figuras familiares, disponibilidad de estas, etc. Lo anterior expuesto supone un amplio listado de factores evaluables; por lo que en la peritación se han de tener en cuenta las circunstancias por las que atraviesan, focalizar el examen en el objeto de la pericia y evitar intervenciones innecesarias.

Asimismo existen Técnicas de recogida de información que en su selección se tendrán en cuenta los criterios para su aplicación (edad, finalidad, nivel escolar), las características psicométricas (fiabilidad, validez), etc. no se pretende prolongar la exploración más de lo necesario con el fin de evitar intervenciones innecesarias, estresantes para los sujetos y perpetuantes de la crisis, éstas son:

a) Entrevista

Se constituye el instrumento básico y fundamental tanto en la exploración de los diferentes miembros de la familia, como en la intervención mediadora. Al realizar la entrevista con cada progenitor permitirá escuchar directamente sus preocupaciones e intereses sobre los hijos, sus propias percepciones del problema, al mismo tiempo que permitirá apreciar las posibilidades de cooperación y prever la posibilidad de poder realizar una entrevista conjunta. Al realizarla con los hijos podrá permitir evaluar las dimensiones afectivas, de desarrollo y de socialización, al mismo tiempo que se pueda apreciar los sentimientos y relaciones con cada uno de sus progenitores.

Yoana Guadalupe Salazar U y J. Paulino Dzib A.

Página 4 de 6.

b) Los cuestionarios psicométricos. Se conceptúan como una medida objetiva y representada de conducta. Se utilizan de dos clases:

1) Generales o aplicables de variedades temáticas:

Personalidad: HSPQ, 16 PF, CAQ, STAI, ADCA, HR-20...Adaptación: BELL, IAC, TAMAI...Inteligencia: OTIS, BETA, WAIS, WISC, RAVEN...

En los niños pequeños se utilizan técnicas proyectivas (TAT, CAT, Dibujo de la familia, Fabulas de Düss) de juego diagnóstico y de observación.

Ansiedad: Cuestionario de Ansiedad Infantil (CAS)

Cuestionario de Ansiedad Estado/rasgo en Niños (STAIC)

Capacidades Mentales: Batería de evaluación de Kaufmann para niños (K.ABC)

Escala de Inteligencia de Wechsler para Niños-Revisada (WISC-R), Escala de Inteligencia para Preescolar y Primaria (WPPSI), Test de factor "g" de la Inteligencia de Cattell, Test de Inteligencia General (TIG), Matrices Progresivas de Raven para niños (RAVEN INFANTIL).

Cuestionario de Aserción en la Pareja (ASPA).

2) Específicos para Temática de Familia:

Entrevista, Inventario de Actitudes y Hábitos de Crianza, Cuestionario de Habilidades y Técnicas Educativas, Cuestionario para hijos de padres divorciados, Peritajes Psicológicos Guarda y Custodia

Yoana Guadalupe Salazar U y J. Paulino Dzib A.

Pagina 5 de 6

c) Las Técnicas Proyectivas

A través de este tipo de técnicas se puede apreciar esencialmente un mensaje infantil, inconsciente, no manipulado por los diferentes miembros familiares, tanto de los más directos como de los más alejados del núcleo familiar (por ejemplo; abuelos/as, tíos/as) y que puede resultar ser algunas veces contradictorio con el mensaje verbal. Tanto las diversas técnicas gráficas (Persona, Familia, Árbol, Casa, Dibujo libre) como las temáticas, o de cualquier otro tipo de técnicas de tipo proyectivo (Rorschach, Desiderativo) aportan elementos interesantes para poder apreciar, de forma más fiable, las interacciones con cada uno de los miembros de la familia.

d) La observación

De las actitudes y pautas de interacción de los sujetos individuales y del grupo familiar, se intentará apreciar las relaciones afectivas y comunicativas mediante el lenguaje verbal, gestual, contacto visual, acercamiento físico, interacciones, disponibilidad ante la interacción, etc.

Discusión

A la vista del panorama actual de los peritajes de custodia que se ha esquematizado, no es difícil suponer que los Psicólogos que se dedican al área de la Psicología Jurídica estén interesados en mejorar la práctica pericial en asuntos legales; sin embargo, la aportación debe estar respaldada por una metodología propia del ámbito en el que se aplica. La tarea del Psicólogo como perito del ámbito judicial implica asumir una doble responsabilidad: ejercer una función de análisis para evaluar a una persona frente a una situación pasada y presente con proyección al futuro y que estas conclusiones sean lo suficientemente claras y precisas para que faciliten y completen el conocimiento del Juez que lleva la causa. El proceso de evaluación que el Psicólogo utilice será una herramienta para asistir en la comprensión de una situación que está en tela de juicio y sobre todo que

buscará la idoneidad de cuidado de las personas que en este caso son las que importan: los hijos.

Peritajes Psicológicos Guarda y Custodia

Yoana Guadalupe Salazar U y J. Paulino Dzib A.

Página 6 de 6

Referencias

Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales. (2006). México: Anaya Editores, S. A.

Código Penal y de Procedimientos Penales de Yucatán. (2004). México: Anaya Editores, S. A.

Jiménez, Gómez F. (2001). *Evaluación Psicológica Forense: Matrimonio y procesos de protección con el menor*. Salamanca: Amaru.

Sierra, J., Jiménez, E., Buela-Casal, G. (2006). *Psicología Forense: Manual de Técnicas y Aplicaciones*. Madrid: Almagro.

Talarico, P.I., (2003). *Pericia Psicológica*. Buenos Aires, Argentina: La Roca. Varela H.O., Álvarez, R.H., Sarmiento J.A., *Psicología Forense*. Buenos Aires Argentina: Abeledo-Perrot.

Nombre de archivo: Peritajes psicológicos en procesos de guarda y custodia.doc

Directorio:G:\ColegioPsicólogosCongresoMARZO2009ponenciascolpsicresultados\biofeedback estudiantes

Plantilla:C:\DocumentsandSettings\ACER\Datosdeprograma\Microsoft\Plantillas\Normal.dotm

Título: PERITAJES PSICOLÓGICOS:

Asunto:

Autor: J. Paulino Dzib A.

Palabras clave:

Comentarios:

Yoana Guadalupe Salazar U y J. Paulino Dzib A.

Página 1 de 6

PERITAJES PSICOLÓGICOS EN PROCESOS DE GUARDA Y CUSTODIA.

Psic. Yoana Guadalupe Salazar Uc.

Mtro. Psic. José Paulino Dzib Aguilar,

Instituto Interdisciplinario de Psicología Jurídica

VÉASE 1Peritajes psicológicos en procesos de **guarda y custodia**

Formato de archivo: PDF/Adobe Acrobat - Vista

26 Mar 2009 ... disciplinas en particular: la Psicología y el **derecho** (Sobral, Arc1e y Prieto, 1994). ... idoneidad de que la **Guarda y Custodia** de los **hijos** del.... Buenos Aires, Argentina: La Roca. Varela

www.psicjurid.com.mx/.../1Peritajes%20psicologicos%20en%20procesos%20de%20guarda%20... - Similares

ANEXO 2

Código Civil de la República Argentina

LIBRO PRIMERO

DE LAS PERSONAS

SECCIÓN SEGUNDA

DE LOS DERECHOS PERSONALES EN LAS RELACIONES DE FAMILIA

TÍTULO I

CAP. IX

DE LA SEPARACIÓN PERSONAL

Art.201.- La separación personal no disuelve el vínculo matrimonial.

Art.202.- Son causas de separación personal:

1ro. El adulterio;

2do. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador;

3ro. La instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos;

4to. Las injurias graves. Para su apreciación el Juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse;

5to. El abandono voluntario y malicioso.

Art.203.- Uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge, si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impiden la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos.

Art.204.- Podrá decretarse la separación personal, a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando éstos hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años. Si alguno de ellos alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente.

Art.205.- Transcurridos dos años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, podrán manifestar al Juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su separación personal conforme a lo dispuesto en el artículo 236.

Cap. X - De los efectos de la separación personal

Art.206.- Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su cargo se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad.

Los hijos menores de 5 años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el Juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos.

Art.207.- El cónyuge que hubiere dado causa a la separación personal en los casos del artículo 202, deberá contribuir a que el otro, si no dio también causa a la separación, mantenga el nivel económico del que gozaron durante su convivencia, teniendo en cuenta los recursos de ambos. Para la fijación de alimentos se tendrá en cuenta:

- 1ro. La edad y estado de salud de los cónyuges;
- 2do. La dedicación al cuidado y educación de los hijos del progenitor a quien se otorgue la guarda de ellos;
- 3ro. La capacitación laboral y probabilidad de acceso a un empleo del alimentado;
- 4to. La eventual pérdida de un derecho de pensión;
- 5to. El patrimonio y las necesidades de cada uno de los cónyuges después de disuelta la sociedad conyugal. En la sentencia el Juez fijará las bases para actualizar el monto alimentario.

Art.208.- Cuando la separación se decreta por alguna de las causas previstas en el artículo 203 regirá, en lo pertinente, lo dispuesto en el artículo anterior en favor del cónyuge enfermo, a quien, además, deberán procurársele los medios necesarios para su tratamiento y recuperación, teniendo en cuenta las necesidades y recursos de ambos cónyuges. Fallecido el cónyuge obligado, aunque se hubiere disuelto el vínculo matrimonial por divorcio vincular con anterioridad, la prestación será carga en su sucesión debiendo los herederos prever, antes de la partición, el modo de continuar cumpliéndola.

Art.209.- Cualquiera de los esposos, haya o no declaración de culpabilidad en la sentencia de separación personal, si no tuviera recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos, tendrá derecho a que el otro, si tuviera medios, le provea lo necesario para su subsistencia. Para determinar la necesidad y el monto de los alimentos se tendrán en cuenta las pautas de los incisos 1ro., 2do. y 3ro. del Art. 207.

Art.210.- Todo derecho alimentario cesará si el cónyuge que lo percibe vive en concubinato o incurre en injurias graves contra el otro cónyuge.

Art.211.- Dictada la sentencia de separación personal el cónyuge a quien se atribuyó la vivienda durante el juicio, o que continuó ocupando el inmueble que fue

asiento del hogar conyugal, podrá solicitar que dicho inmueble no sea liquidado ni partido como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal si ello le causa grave perjuicio, y no dio causa a la separación personal, o si ésta se declara en los casos del Art. 203 y el inmueble estuviese ocupado por el cónyuge enfermo. En iguales circunstancias, si el inmueble fuese propio del otro cónyuge, el Juez podrá establecer en favor de éste una renta por el uso del inmueble en atención a las posibilidades económicas de los cónyuges y al interés familiar, fijando el plazo de duración de la locación. El derecho acordado cesará en los casos del Art. 210. También podrá declararse la cesación anticipada de la locación o de la indivisión si desaparecen las circunstancias que le dieron lugar.

Art.212.- El esposo que no dio causa a la separación personal, y que no demandó ésta en los supuestos que prevén los artículos 203 y 204, podrá revocar las donaciones hechas a la mujer en convención matrimonial.

CAP. XI - DE LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO

Art.213.- El vínculo matrimonial se disuelve:

1ro. Por la muerte de uno de los esposos;

2do. Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento;

3ro. Por sentencia de divorcio vincular.

CAP. XII - DEL DIVORCIO VINCULAR

Art.214.- Son causas de divorcio vincular.

1ro. Las establecidas en el artículo 202;

2do. La separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años, con los alcances y en la forma prevista en el artículo 204.

Art.215.- Transcurridos tres años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta podrán manifestar al Juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su divorcio vincular, conforme lo dispuesto en el artículo 236.

Art.216.- El divorcio vincular podrá decretarse por conversión de la sentencia firme de separación personal, en los plazos y formas establecidos en el artículo 238.

CAP. XIII

DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO VINCULAR

Art.217.- La sentencia de divorcio vincular producirá los mismos efectos establecidos para la separación personal en los artículos 206, 207, 208, 209, 210, 211 y 212. Los cónyuges recuperarán su aptitud nupcial y cesará la vocación hereditaria recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 3574, último párrafo.

Art.218.- La prestación alimentaria y el derecho de asistencia previsto en los artículos 207, 208 y 209 cesarán en los supuestos en que el beneficiario contrajere nuevas nupcias, viviere en concubinato o incurriese en injurias graves contra el otro cónyuge.

VÉASE Consulta <http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm> de fecha 19 de Enero de 2010 a las 2:30 P.M.

ANEXO 3

Divorcio vincular, causales de divorcio, separación personal y aptitud matrimonial

DERECHO DE FAMILIA

LA DISOLUCION DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

Concepto:

Existen diversas causales sobrevinientes a la celebración del matrimonio que causan su disolución y consiguientemente, se produce la extinción de toda relación jurídica matrimonial.

Nuestro Código Civil, en su Art. 213 dispone que: "El vinculo matrimonial se disuelve:

1. Por la muerte de uno de los esposos
2. Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento
3. Por sentencia de divorcio vincular.

Estas causales de disolución matrimonial producen diversas consecuencias jurídicas que analizaremos en otra edición, como por ejemplo la adquisición de nueva aptitud nupcial.

· DIVORCIO VINCULAR Y SEPARACION PERSONAL

Debemos distinguir el concepto de divorcio vincular y separación personal:

La separación, personal no disuelve el vinculo matrimonial, ya que esta situación prevista por la ley solo se limita a autorizar a los cónyuges a vivir separados, sin adquirir una nueva aptitud matrimonial.

Contrariamente, el divorcio vincular permite al divorciado contraer un nuevo matrimonio

Ante un conflicto matrimonial, la ley ofrece estas dos soluciones alternativas, pudiendo ser la

separación personal un paso previo para llegar al divorcio vincular.

Nuestro Código Civil regula en su articulado las distintas causales de Separación Personal y de Divorcio Vincular que graficaremos en el siguiente cuadro:

<i>Separación Personal</i>	Causales	<i>Divorcio vincular</i>
Art. 202	<p>Culpa (Causal Subjetiva)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Adulterio 2. Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes ya como autor principal, cómplice o instigador 3. Instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos. 4. Injurias graves. Para su apreciación, el Juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse 5. Abandono voluntario y malicioso 	Art. 214 (Inciso 1º)
Art. 205	Presentación Conjunta	Art. 215
Tienen que haber transcurrido 2 años desde la celebración del matrimonio	Los cónyuges en presentación conjunta, podrán manifestar al Juez competente que existen	Tiene que haber transcurrido 3 años desde la celebración del matrimonio

	causas graves que hacen moralmente imposible la vía en común	
Art. 203	<p>Trastornos de la Conducta</p> <p>Uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en razón de:</p> <ul style="list-style-type: none"> · Alteraciones mentales graves de carácter permanente · Alcoholismo ó · Adicción a la droga del otro cónyuge <p>Si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impiden la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos.</p>	No es causal de divorcio

Conversión de la Separación Personal en divorcio vincular

Art. 216 – “El divorcio vincular podrá decretarse por conversión de la sentencia firme de Separación Personal, en los plazos y formas establecidas en el Art.238”

Art. 238 – “**Transcurrido un año** de la sentencia firme de Separación Personal, ambos cónyuges podrán solicitar su conversión en Divorcio Vincular en los casos de los Artículos 202, 204 y 205. **Transcurridos tres años** de la sentencia firme de Separación Personal, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar su conversión en divorcio vincular en las hipótesis de los Artículos 202, 203, 204 y 205.

Esta nota solo pretende divulgar los conceptos básicos sobre el tema, por lo que recomendamos que ante una situación particular, consulte a su abogado de confianza quien lo asesorará adecuadamente.

Puede hacer consultas específicas en nuestro foro, las que serán simplemente de carácter informativo, pero siempre deberá recurrir finalmente a su letrado de confianza.

Autor: Juan Carlos

Bibliografía:

- Código Civil de la República Argentina. -
- Manual de Derecho de Familia –Gustavo A. Bossert y Eduardo A Zannoni

VÉASE Consulta <http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm> de fecha 19 de Enero de 2010 a las 2:30 P.M.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Aguilar Ortiz, J.M., “CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE BAJA CALIFORNIA”, Tipo 1ra, De Sto. Domingo, N° 5, México, 1873.
- 2.- Barrales Valladares, José., “SÍNTESIS DE LA HISTORIA DE MÉXICO” 8ª Edición, Editorial Harla, México, 1988.
- 3.- Barrón de Morán. C., “HISTORIA DE MÉXICO”, 24ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1992.
- 4.- Bejarano y Sánchez, Manuel., “LA CONTROVERSIA DE ORDEN FAMILIAR. TESIS DISCREPANTES”, Tribunal Superior de Justicia, México, 2006.
- 5.- Bronfenbrenner, Uriel., “LA ECOLOGÍA DEL DESARROLLO HUMANO”, Editorial Paidós, Barcelona, 1987.
- 6.- Chávez Asencio, Manuel F., “RELACIONES JURÍDICAS PATERNO-FILIALES”, Editorial Porrúa, México, 2004.
- 7.- Chávez Asencio, Manuel F., “VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA”, 3ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2003.
- 8.- De La Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto., “DERECHO FAMILIAR Y SUS REFORMAS MÁS RECIENTES A LA LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL”, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2005.
- 9.- Echeverría Odriozola, Enrique., “TRASTORNOS DE ANSIEDAD EN LA INFANCIA”, 4a Edición, Editorial -Ediciones Pirámide- Colección. Ojos Solares, México, 1998.
- 10.- García García, Lucía., “MEDIACIÓN FAMILIAR, PREVENCIÓN Y ALTERNATIVA AL LITIGIO EN LOS CONFLICTOS FAMILIARES”, Editorial Dykinson, Madrid, 2003.

- 11.- González Contró, Mónica., “DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS: UNA PROPUESTA DE FUNDAMENTACIÓN”, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 425, México, 2008.
- 12.- González Martín, Begoña., “DIVORCIO Y SEPARACIÓN”, Editorial ACENTO, Madrid, 2003.
- 13.- Icháustegui Romero, Teresa., “LOS AVATARES DE LA FAMILIA AL FINAL DEL SIGLO XX”, Editorial Iberoamericana, Volumen 9, Nº 1, México, 2001.
- 14.- Iglesias, Juan., “DERECHO ROMANO E INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO”, 7ª Edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1982.
- 15.- Jiménez García, Joel Francisco., “DERECHOS DE LOS NIÑOS”, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, IPN, y GU. México, 2000.
- 16.- M. Weinberg, Inés., “CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO”, Ediciones Rubinzal-Cutzoni, Argentina, 2002.
- 17.- Margadant. S., Guillermo Floris., “DERECHO ROMANO”, 26ª Edición, Editorial Esfinge, Edo. de México, 2008.
- 18.- Medinnus, Gene R., “ESTUDIO Y OBSERVACIÓN DEL NIÑO”, Editorial Limusa, Traducida en México, 1985.
- 19.- Minuchin, Salvador., “FAMILIAS Y TERAPIA FAMILIAR”, 5ª Edición, Editorial Gedisa, Mexicana, México, 1990.
- 20.- Morineau Iduarte, Martha e Iglesias González, Román., “DERECHO ROMANO”, 3ra.Edición, Editorial Harla, México, 1993.
- 21.- Navarro Góngora, José., “TÉCNICAS Y PROGRAMAS EN TERAPIA FAMILIAR”, Editorial Paidós, Barcelona, 1992.

- 22.- Onnis, Luigi., "TERAPIA FAMILIAR DE LOS TRASTORNOS PSICOSOMÁTICOS", Editorial Paidos, Barcelona, 1990.
- 23.- Oñativia, Oscar V., "TEST GRUPAL", Editorial Humanitas, Colección Guíndame, Argentina, 1993.
- 24.- Peña Bernardo de Quiroz, Manuel., "DERECHO DE FAMILIA", Editorial Agisa, Universidad de Madrid, Sección de Publicaciones, Madrid, 1989.
- 25.- Poap, Peggy. "EL PROCESO DEL CAMBIO", Editorial Paidos, Argentina, 1988.
- 26.- Ritvo Ira D. Glick, Eva C., "TERAPIA DE PAREJA Y FAMILIAR", Aula Práctica, Manual Moderno, Colombia, 2002.
- 27.- Sajón Rafael., "DERECHO DE MENORES", Editorial Abeldó-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1990.
- 28.- Sambrizzi, Eduardo A., "SEPARACIÓN PERSONAL Y DIVORCIO", 2ª Edición, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004.
- 29.- Stilerman, Martha N., "TENENCIA, RÉGIMEN DE VISITAS", 2ª Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992.
- 30.- Torres Falcón, Martha., "LA VIOLENCIA EN CASA", Editorial Paidos, México, 2001.
31. - Watson, Robert I. y Henry. Clay Lind., "PSICOLOGÍA DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE", Editorial Imusa, México, 1991.
- 32.- Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis y otros., "TEMAS DE ACTUALIDAD EN DERECHO DE FAMILIA", Editorial Dykinson, Madrid, 2006.

Legislación

- 1.-Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California. México Tip. de J. M. Aguilar Ortiz. 1ra. De Sto. Domingo Núm. 5, 1873.
- 2.-Agenda Civil del D. F. 2009, Compendio de Leyes, Reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia,18ª Edición, Editorial Ediciones Fiscales, ISEF, México, Enero 2009.

Diccionarios

- 1.- Autores, “Diccionario de Sinónimos y Antónimos en Inglés” Coedición Cía. Editorial Nauta y Planeta Chilena, ambas Chile y México, 1992.
- 2.- De Pina Vara, Rafael y De Pina, Rafael “Diccionario De Derecho”, 26ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
- 3.- Diccionario de la lengua española © Editorial Espasa -Calpe, Madrid, 2005.

PÁGINAS DE INTERNET

- 1.- html.rincondelvago.com/derecho-romano_43.html, Nota 6. Consulta, fecha 9 de enero de 2010, 12:54 a. m.
- 2.- <http://www.monografias.com/trabajos5/fami/fami.shtml#>, Nota 14. Consulta, fecha 9 de julio de 2008, 04:34 p. m.
- 3.- http://es.wikipedia.org/wiki/Custodia_compartida#En_Argentina, Nota 18. Consulta, fecha 19 de enero de 2010, 02:04 p. m.

- 4.- [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CRC.C.8.Add.2.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CRC.C.8.Add.2.Sp?Opendocument), Nota 21. Consulta, fecha 6 de julio de 2009, 10:30 a. m.
- 5.- http://www.justiniano.com/códigos.../codigo_civil/libro1_secc2_título2a3.htm, Nota 24. Consulta, fecha 12 de julio de 2009, 04:14 p. m.
- 6.- <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos>, Código Civil de República Argentina, Nota 25. Consulta, fecha 16 de julio de 2009, 7:07 p. m.
- 7.- Véase vlex.com/vid/derecho-familia-43965674, Nota 30. Consulta, fecha 24 de marzo de 2009, 11:00 a. m.
- 8.- <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/8/dtr1.htm#2>, Nota 55. Consulta, fecha 3 de septiembre de 2009, 09:00 a. m.
- 9.- http://books.google.com.mx/books?id=PKUYAAAAYAAJ&dq=principios+del+derecho+mexicano+por+agustin+verdugo&source=gbs_book_other_versions_r&cad=3 Nota 59, Véase, Consulta, fecha 17 de octubre de 2009, 11:00 a. m.
- 10.- <http://www.oem.com.mx/oem/notas/n597612.htm>) García Criado, Ma. De las Viñas y otros, Nota 66. Consulta, fecha 14 de septiembre de 2009, 05:35 p. m.
- 11.- http://www.mjusticia.es/cs/Satelite?pagename=Portal_del_Derecho/Page/FichaFaq&idTematica.tematica&p18k,3 Nota 73. Consulta, fecha 16 de septiembre de 2009, 11:15 a. m.
- 12.- http://eclkc.ohs.acf.hhs.gov/hslc/espanol/For%20Parents/parent_pub_00001e_07_20_05.html, Nota 95. Consulta, fecha 30 de septiembre de 2009, 10:45 p. m.
- 13.- <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf> –, Nota 103. Consulta, fecha 6 de octubre de 2009, 12:07 p. m.

- 14.-<http://www.oem.com.mx/elsoldemexico/notas/n192149.htm>. Artículo del periódico "El Sol" por Julián Guitron Fuentes, del 4 de marzo de 2007, Nota109. Consulta, fecha 4 de diciembre del 2009, 02:00 p. m.
- 15.-<http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/10272/218/1/b15134830.pdf> -, Nota111. Consulta, fecha 8 de octubre de 2009, 05:12 p. m.
- 16.-<http://www.tsjdf.gob.mx/justiciaalternativa/presentacion.htm> - 44k, Nota 117. Consulta, fecha 15 de octubre de 2009, 03:46 p. m.
- 17.- <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/69/tc.pdf>, Nota19. Consulta, fecha 02 de octubre de 2009, 11:09 p. m.
- 18.- <http://www.cndh.org.mx/estatales/tabasco/derninos.htm> -, Nota120. Consulta, fecha 20 de octubre de 2009, 04:02 p. m.
- 19.- <http://www.derechosinfancia.org.mx/>, Equipo de la red por los derechos de la infancia en México, PP.1 y 2, Nota122. Consulta, fecha 21 de octubre de 2009, 11:08 a. m.
- 20.-wikipedia.org/.../Convención_sobre_los_Derechos_del_Niño, Nota 123, Consulta. Fecha 27 de Octubre de 2009, 5:30 p. m.
- 21.-http://www.cndh.org.mx/Principal/juridica/tratint/fr_trat.htm. Pág.1, Nota 125, Consulta, fecha 12 de Octubre de 2009, 7:19 p. m.
- 22.-<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/.../Leyes/DFLEY29.pdf>- Págs. 3 a 5, Nota134, Consulta, fecha 1 de Noviembre de 2009, 12; 00 a. m
- 23.-<http://www.tsjdf.gob.mx/justiciaalternativa/presentacion.htm> - 44k -, Nota 136, Consulta, fecha 4 de noviembre de 2009, 3:16 p. m.