



**Universidad
Latina**

UNIVERSIDAD LATINA S. C.

INCORPORADA A LA UNAM

FACULTAD DE DERECHO

“PROPUESTAS DE REFORMA PARA REGULAR LA FIGURA DE LA FAMILIA EN EL ARTÍCULO 138 SEXTUS Y ADICIONAR EL ARTÍCULO 139 DENTRO DEL CAPITULO ÚNICO DE FAMILIA PARA REGULAR LA FIGURA DE GUARDA Y CUSTODIA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.”

T E S I N A

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
ESPECIALISTA EN DERECHO CIVIL**

**P R E S E N T A:
ARACELI GARCIA VILLEGAS**

**A S E S O R:
MAESTRO: ANDRIC ROBERTO NUÑEZ TREJO**

MÉXICO D. F. 2010.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



Universidad
Latina

UNIVERSIDAD LATINA, S. C.

INCORPORADA A LA UNAM

México, Distrito Federal a 27 de septiembre de 2010

DRA. MARGARITA VELÁZQUEZ GUTIÉRREZ,
C. DIRECTORA GENERAL DE INCORPORACIÓN
Y REVALIDACIÓN DE ESTUDIOS, UNAM.
P R E S E N T E.

La C. **GARCIA VILLEGAS ARACELI** ha elaborado la tesina titulada **“PROPUESTAS DE REFORMA PARA REGULAR LA FIGURA DE LA FAMILIA EN EL ARTICULO 138 SEXTUS Y ADICIONAR EL ARTICULO 139 DENTRO DEL CAPITULO UNICO DE FAMILIA PARA REGULAR LA FIGURA DE GUARDA Y CUSTODIA EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL”**, bajo la dirección del Mtro. Andric Roberto Nuñez Trejo, para obtener el Grado de Especialista en Derecho Civil.

La alumna ha concluido la tesina de referencia, misma que llena a mi juicio los requisitos establecidos en la Legislación Universitaria y en la normatividad escolar de la Universidad Latina para este tipo de investigación, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para los efectos académicos correspondientes.

Atentamente

LIC. JOSÉ MANUEL ROMERO GUEVARA
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE DERECHO,
Y COORDINADOR DEL PROGRAMA ÚNICO
DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD LATINA

JMRG/ISV

A mi madre:

Por haberme dado parte de su vida, ofrecerme cada uno de sus conocimientos y brindarme esos sentimientos de apapacho y seguridad que ayudaron al desarrollo de mi vida como estudiante y como persona; protegiéndome de toda enfermedad y de contratiempos para salir adelante de la adversidad.

¡Sí !, ella es mi madre, esa gran persona que se preocupa por mi bienestar, dando todo a cambio de nada.

Es por eso y muchas razones más, que le dedico éste humilde trabajo, con todo mi cariño, en agradecimiento a todos y cada uno de sus esfuerzos que me fueron brindados a lo largo de este tiempo. Te quiero mucho mamá.

A mi Padre:

Por apoyarme en todos mis estudios, así como en mi desarrollo como persona, dándome los conocimientos necesarios de la vida para emplearlos en el momento adecuado.

No tengo forma de agradecer ese gran esfuerzo brindado para llegar a concluir esta etapa tan importante y especial para mí.

Esta es mi más grande herencia, razón por lo que le dedico este trabajo al cual le entregue mi tiempo y esfuerzo con mucho orgullo. Te quiero mucho papá.

A mi esposo:

Por brindarme tu apoyo incondicional en los momentos más difíciles de mi vida, éste es uno de los proyectos que por las adversidades se vuelve complicado, pero gracias a las palabras de aliento es que he logrado llegar hasta aquí, y espero que juntos logremos muchos proyectos y sueños que tenemos, te dedico éste logro que he culminado con gran esfuerzo; con amor para mi esposo Emmanuel Palacios Torres.

A mi hijo:

Por ser la luz de la esperanza que me dio las fuerzas para salir adelante, eres mi motivación de vida, eres esa personita que me alegra el día cuando me regala sus sonrisas y caricias, es por eso que este trabajo que realice con mucho esfuerzo, te lo dedico con mucho cariño hijo mío Leonardo Emmanuel Palacios García.

A mis hermanos:

Elias y Mireya por haber compartido grandes momentos y a quienes les debo años de afecto inagotable y apoyo incondicional.

A mis suegros:

Humberto Palacios y María de la luz Torres por brindarme su cariño, comprensión y apoyo durante estos años de grandes esfuerzos y sacrificios.

A mis maestros:

No tengo como agradecer a todos mis catedráticos de la Licenciatura en la carrera de Derecho, así como de la Especialidad en Derecho Civil, es innumerable la gran cantidad de personas que se involucraron en mi preparación académica, sin embargo es para mi un honor mencionar a mi asesor el Maestro Andric Roberto Nuñez Trejo quien me apoyo incondicionalmente a pesar del tiempo y las adversidades que se me fueron atravesando durante la investigación.

Y le agradezco mucho al Doctor Alberto Enrique Nava Garcés quien me ayudo a desarrollar ciertas habilidades y apporto grandes enseñanzas, lo considerado como un gran amigo y una respetable persona que se ha ganado mi admiración.

Y sin duda alguna no tengo forma de cómo agradecer al Lic. Enrique Durán y al Lic. Agapito Castro por brindarme su apoyo y su entera confianza desempeñando algunas actividades en el Juzgado 76° Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, es para mi un honor ser participe de tan respetable institución.

A mis amigos:

Quienes compartieron grandes momentos con migo y compartir etapas especiales con cada uno de ellos, con quienes forme un gran equipo que en cualquier circunstancia ya sean buenas y malas estamos juntos para salir adelante, por mencionar algunos Yolevna Sánchez, Marisol Merlín, Guadalupe Alvarado, Carlos Reza, Miguel E. Ayala, Patricia Cadena, Aida García, Julio Bautista, Enrique Durán, Agapito Campillo Castro, Nancy Anel, Saúl, Fernando Rodríguez, Jorge Alejandro Martínez, Luis Humberto Ortiz Palacios, etc.

Doy especial agradecimiento al Lic. Miguel E. Ayala por darme la oportunidad de aprender y colaborar en su despacho, y por brindarme su apoyo para la elaboración de este trabajo.

A mi escuela Universidad Latina:

En las aulas de esta universidad fueron impartidas las cátedras que me formaron lo que hoy en día voy a desempeñar en la practica; esos conocimientos de Licenciada en Derecho, por lo que doy mi más grande agradecimiento a todo el personal docente y administrativo que esta al pendiente de los tramites necesarios para cumplir con el propósito que es recibir el título de licenciada en derecho así como el de especialidad en derecho civil; así mismo agradezco mucho a nuestra gran casa de estudios (UNAM) ya que es quien a través de sus incorporaciones nos ayuda a concluir nuestros estudios exigiendo un nivel académico.

ÍNDICE

Introducción.

		PAG.
Capítulo I. Marco Histórico La Familia		
1.1	Antecedentes	1
1.2	Evolución de la familia (guarda y custodia)	8
1.3	Concepto de Guarda	12
1.4	Concepto de Custodia	12
Capítulo II. Marco Conceptual		
2.1	Familia	14
2.1.1	Concepto de Familia	14
2.1.2	Naturaleza Jurídica de la Familia	17
2.1.3	Tipos de Familia	22
2.1.4	Derechos y obligaciones de los integrantes de la Familia	23
2.1.5	Fines e importancia de la Familia	26
2.2	Matrimonio	28
2.2.1	Concepto de Matrimonio	28
2.2.2	Naturaleza Jurídica de Matrimonio	31
2.2.3	Efectos Jurídicos del Matrimonio	32
2.3	Concubinato	35
2.3.1	Concepto de Concubinato	35
2.3.2	Naturaleza Jurídica de Concubinato	37
2.3.3	Efectos Jurídicos del Concubinato	41
2.4	Divorcio	45
2.4.1	Concepto de Divorcio	45
2.4.2	Naturaleza Jurídica de Divorcio	48
2.4.3	Efectos del Divorcio	48
Capítulo III. Marco Jurídico- Legal		
3.1	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	51
3.2	Código Civil para el Distrito Federal	57
3.3	Jurisprudencia	59
3.4	Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes	69
3.5	Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal	71
3.6	Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar	75
3.7	Declaración de los Derechos de los Niños	76

Capítulo IV. Propuesta

Propuestas de reforma para regular la figura de la familia en el artículo 138 sextus y adicionar el artículo 139 dentro del capítulo único de familia para regular la figura de guarda y custodia en el código civil para el Distrito Federal.	81
Propuesta de reforma para regular la figura de la familia en el artículo 138 sextus en el código civil para el Distrito Federal	81
Propuesta de adicionar el artículo 139 dentro del capítulo único de familia para regular la figura de guarda y custodia en el código civil para el Distrito Federal	84

Conclusiones.

Bibliografía

INTRODUCCIÓN.

La familia se caracteriza por ser la institución que tiene su origen en una relación de afinidad, que a la par conlleva una relación sexual continua, precisa y duradera, que permite la procreación y garantiza la educación y protección de los hijos; comúnmente se funda en el matrimonio y excepcionalmente en una institución equivalente como es el concubinato.

Da lugar a un conjunto de deberes y derechos entre los cónyuges, entre los padres y los hijos. Al igual que de esa relación deriva una cierta estructura económica que regula los bienes de los consortes y que permite la manutención y educación de los hijos.

La familia ha demostrado históricamente ser el núcleo indispensable para el desarrollo de la sociedad y la persona, la cual depende de ella para su supervivencia y crecimiento.

Esta Institución también enfrenta desafíos permanentes en su estructura interna, en la crianza de los hijos, en su ejercicio parental o maternal. Por mencionar algunas, la familia de madre soltera, de padres separados las cuales cuentan con una dinámica interna muy peculiar por lo que es necesaria una gran atención a este tipo de obstáculos en el desarrollo de los integrantes de la familia muy en especial a los menores quienes necesitan ser salva guardados durante los primeros años de su vida mínimamente.

La vocación del derecho de familia es eminentemente civil, ya que fundamentalmente pretende resolver conflictos entre personas privadas, aun cuando exista una marcada intervención del Estado.

Sí bien es cierto los niños son seres humanos indefensos que requieren de cuidados y enseñanzas, por lo que es deber de los padres o tutores protegerlos y brindarles los mecanismos suficientes para que se desarrollen plenamente y no sean víctimas de los grandes desafíos que se enfrentan en la vida misma, y para lograr este objetivo es importante que tengan una formación disciplinaria adecuada.

En la Carta Magna señala en algunas de sus disposiciones que los niños y las niñas tienen derechos, entre otros, a que el Estado debe proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos; ante lo cual, puede apreciarse que la misma Constitución establece una jerarquía normativa tanto para la protección de la familia, como de los niños.

El derecho a la guarda y custodia de niños y adolescentes, implica la capacidad para el cuidado del menor, esto es que atiende al beneficio directo de la infancia. Ello, porque los Estados garantizarán que los tribunales judiciales velen por el interés superior del niño, los juicios en los que se vean involucrados derechos inherentes de la niñez, como el caso en que se demande la guarda y custodia, alimentos, etc. deben tenerse como presupuesto esencial el interés superior del niño y darle intervención al Ministerio Público, para que en su carácter de representante de la sociedad, vele por los derechos de los infantes.

Es fundamental que los órganos jurisdiccionales no descuiden o ayuden a cumplir el propósito de buscar que los padres en conjunto o separadamente y en su caso los familiares correspondientes desempeñen el mejor desarrollo de los derechos y obligaciones de cuidado, corrección, formación física y mental de los menores, debiendo procurar que se ejerza en un lugar donde la persona que tiene a su cargo el cuidado de los hijos goce de las atribuciones, respeto y autoridad para llevar a cabo las acciones orientadas a lograr mejor esos fines. En caso de dificultad la autoridad judicial, en ejercicio de sus facultades puede intervenir en asuntos familiares, evitando poner en riesgo la integridad, seguridad y salud de los menores.

Es por esa razón que existe una gran variedad de instituciones públicas especializadas para apoyar a los grupos vulnerables como son el grupo familiar en su conjunto o en lo individual como a las mujeres, a los niños, a los enfermos, etc. Debemos de valorar el trabajo que realizan estos organismos de apoyo a la sociedad y colaboran al bienestar de las familias mexicanas, aunque cabe mencionar que la sociedad es cambiante y es necesario que tanto las legislaciones como este tipo de órganos gubernamentales se actualicen a fin de resolver cualquier problemática de índole familiar.

Es por ello que en el presente trabajo de investigación nuestro primer capítulo contempla la figura de la familia en las etapas más importantes de nuestra historia así mismo la forma en que ha ido evolucionando en la sociedad, con el propósito de analizar a fondo lo relacionado a la guarda y custodia de los menores.

En el segundo capítulo abordaremos varios temas de forma más dogmática como son la familia, el matrimonio, el concubinato, el divorcio y en cada uno desglosaremos tanto su definición, su naturaleza jurídica, algunos efectos jurídicos, y en su caso algunas clasificaciones que se han presentado a lo largo de la historia, como su importancia en nuestra sociedad.

El capítulo tercero contempla un análisis legal en varias legislaciones de manera jerárquica en primer lugar la constitución política de los estados unidos mexicanos, el código civil para el Distrito Federal, algunas jurisprudencias y tesis aisladas en relación al tema en mención, y gran variedad de leyes y declaraciones que velan por la protección y derechos de los niños y adolescentes.

En cuanto al cuarto capítulo hacemos la propuesta de reforma para regular la figura de la familia en el artículo 138 sextus y adicionar el artículo 139 dentro del capítulo único de familia para regular la figura de guarda y custodia en el código civil para el distrito federal.

Por último daremos las conclusiones pertinentes del trabajo que presentamos.

CAPÍTULO I MARCO HISTÓRICO

LA FAMILIA

1.1 ANTECEDENTES.

La palabra Familia, sin hacer en éste momento un estudio profundo sobre ésta, considero que es un grupo importante en la sociedad, y los integrantes que tienen relevancia dentro de éste grupo son los hijos, ya que son un elemento indispensable para el pleno desarrollo de la familia y las futuras generaciones, por tal motivo es que a continuación haremos un minucioso estudio de ésta figura.

“El término familia procede del latín familia, "grupo de siervos y esclavos, patrimonio del jefe de la gens", a su vez derivado de famulus, "siervo, esclavo". El término abrió su campo semántico para incluir también a la esposa e hijos del pater familias, a quien legalmente pertenecían, hasta que acabó reemplazando a gens”.¹

Analizando el significado de la palabra “familia” en el párrafo que nos antecede, donde se hace referencia a un grupo de siervos, esto es porque un grupo de personas estaba organizado por un líder quien era considerado el jefe o padre de todas estas personas, las cuales respetaban las ordenes de éste, es decir se sometían a su potestad; posteriormente el término de “familia” solo se delimita a la esposa e hijos pero se sigue el mismo patrón de ideas, es decir que cada familia esta constituida con un padre de familia que es quien sustenta y organiza en el hogar familiar, conforme pasa el tiempo las costumbres y necesidades de los grupos familiares cambian y así mismo se transforman los ideales de la sociedad.

“La idea de la familia es natural al hombre desde tiempos inmemoriales, el ser humano ha vivido en sociedad y, por lo mismo, se ha agrupado en diversos clanes a los que les reconoce una cierta pertenencia.

Históricamente, esos clanes debido a los lazos de solidaridad que se desprenden han facilitado la supervivencia de sus integrantes, toda vez que han ayudado al desarrollo del individuo en sociedad y han potenciado el trabajo grupal, pues normalmente se responde a una misma autoridad común. En estas formas de organización grupal se encuentra el origen de la familia”.²

¹ <http://es.wikipedia.org/wiki/Familia>

² DE LA MATA PIZAÑA, Felipe, Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal, 4° ed., Ed. Porrúa, México, 2008, p 3.

“En la antigua Roma la familia podía ser agnaticia o cognaticia. La primera se restringía a la estirpe derivada de la línea paterna de parentesco (que conformaba a la gens), mientras la segunda coincidía plenamente con la familia consanguínea. ...”

En otras palabras, la familia agnaticia es aquella relación que se presenta cuando las personas se encuentran sometidas a la potestad del pater familias sin necesidad de existir un vínculo de sangre como por ejemplo en la adopción o en el matrimonio, la relación es meramente civil o jurídica; y en cambio en la familia cognaticia es aquella en la que si existe un vínculo consanguíneo directamente con el pater familias.

“... El peso de la autoridad fáctica y jurídica en el núcleo familiar residía automáticamente en el pater familias, quien tenía poder sobre todos los miembros de la gens. Esta autoridad que durante la época más arcaica del derecho romano incluso consistía en la posibilidad de privar de la vida a cualquiera de los integrantes del grupo familiar de hecho convertía en incapaces de ejercicio, para un gran cúmulo de actos y durante toda su vida, a las personas (alieni iuris) que se encontraban bajo su mando.

En el caso de la mujer, su papel jurídico en la familia dependía de su situación: si era sui iurus o alieni iuris; según, si estaba casada cum manum o sine manum.

La mayoría de los matrimonios romanos se llevaba cabo bajo el régimen cum manu; donde la mujer salía de su gens original para integrarse jurídicamente a la familia del marido de la misma manera que un hijo y, por tanto, bajo la guarda y supervisión tutorial del padre de familia.

A pesar de lo anterior, no debe menospreciarse el papel social de la mujer en Roma, pues en ella no sólo recaían los deberes de corte doméstico y reproductivo sino, fundamentalmente, los de índole religiosa. La esposa tenía que mantener vivo el fuego en el hogar y, de esa forma, rendir culto a los dioses manes de su nueva gens, esto la convertía en auténtica sacerdotisa que permitía subsistir el alma de los ancestros de su marido.

En los matrimonios bajo el régimen sine manu, la mujer conservaba su posición jurídica independiente (sui juris); sin embargo, para muchos efectos civiles mantenía su carácter de incapaz de ejercicio.

En el primer siglo de nuestra era con el advenimiento del cristianismo se llevo a cabo una gran revolución en las relaciones familiares que habrían de modificar para siempre los supuestos jurídicos del derecho romano acerca del tema.

Se reconoció al menos teóricamente la igualdad filosófica del hombre y la mujer, en tanto éstos habrían sido redimidos por Cristo idénticamente. Se

propicio la fidelidad conyugal y, dentro de lo posible, se trataron de evitar prácticas sexuales (v.gr. la homosexualidad) que, hasta entonces, eran socialmente aceptadas pero que son totalmente inadmisibles en la ética cristiana.

Asimismo, el matrimonio se elevó a sacramento y unión sagrada, dotándolo de la característica de indisoluble y perpetuo, con el tiempo, la iglesia tuvo una participación directa en los actos familiares.

Entre los primeros cristianos no hubo un rito especial para la celebración del matrimonio. De hecho la iglesia continuo por largo tiempo el principio consensualista romano (*consensus facit nuptiae*) y dio plena validez a los matrimonios con la sola existencia de la *affectio maritalis*.

Muchas otras prácticas romanas influyeron en la nueva iglesia. En el Siglo II San Ignacio de Antioquia dirigió una carta a San Polícarpo en la que indica: Conviene que los que se casan verifiquen su unión con el consentimiento del obispo.

Sin embargo no fue hasta el Concilio de Trento (11 de noviembre de 1563), cuando se resolvió la obligación de celebrar el matrimonio frente al párroco como testigo oficial.

Desde entonces si bien los ministros del sacerdote son los “esposos” (prometidos), la presencia de un presbítero es una solemnidad esencial.

Así su santidad Juan Pablo II en *Familiaris Consortio* señala:

El momento fundamental de la fe de los esposos está en la celebración del sacramento del matrimonio que en el fondo es la proclamación dentro de la iglesia, de la Buena Nueva del amor conyugal [...] esta confesión de fe ha de estar continuada en la vida de los esposos y la familia. En efecto, Dios ha llamado a los esposos al matrimonio [...]

El cristianismo revolucionó la estructura del núcleo familiar, para dotarlo del contenido jurídico al que estamos acostumbrados tradicionalmente en occidente. Por lo mismo, es evidente que el contenido de la mayoría de las normas del Derecho Familiar de la rama romano canónica se plasmó históricamente con una fuerte carga ética, que deviene directamente del cristianismo y, en específico, de su derecho canónico.

Si bien es innegable que el matrimonio y la familia han pasado por un proceso de secularización universal, en mucho esta circunstancia ha sido formal pues, fundamentalmente, ha implicado exclusivamente el traspaso de facultades de una autoridad religiosa a una laica.

Inclusive, cuando el legislador ha creado figuras que atentan contra el núcleo familiar (v.gr. el divorcio vincular), la gran mayoría de las normas familiares continuaban apegadas a la tradición romana canónica antes indicada, por lo que contienen una fuerte carga ética”.³

Como podemos observar las normas jurídicas se apegan mucho a las normas religiosas, debido a que se considera que es lo más correcto para regular la conducta de todas y cada una de las familias; es por eso que toda familia tenía que cuidar mucho el prestigio y la buena fe en los actos de los miembros de ésta; y por consiguiente era muy difícil admitir un divorcio en la sociedad (de por sí, ya era un problema para los miembros de la familia y luego más complicado con el reproche de la sociedad).

En esta etapa de la historia, que era importante la unión de los miembros de la familia, ya que cuidaban mucho la imagen y el estatus social, evitando que el apellido de la familia se viera manchado o involucrado por algún rumor o chisme independientemente de los problemas internos aún siendo éstos muy graves; pero conforme va pasando el tiempo esto fue cambiando ya que en la actualidad se protegen los derechos de cada uno de los integrantes de la familia y de esa forma se a logrado ver ahora el “divorcio” como algo más aceptado en la sociedad ya que prevalece el bienestar de los hijos, respetando así la individualidad de cada miembro de familia.

“En Roma, la familia se organizó bajo un régimen patriarcal monogámico, en el centro de la cual se colocaba la autoridad del marido, fundada en el culto a los muertos.

El pater familias, era a la vez, sacerdote del culto domestico y magistrado para resolver los conflictos entre los miembros de la familia. El jefe de la familia era el único dueño del patrimonio familiar. En virtud de la manus, ejercía potestad absoluta sobre su mujer, los hijos, los hijos adoptivos y aún sobre los servidores domésticos.

La familia romana constituía así una unidad religiosa, política y económica que se fundaba en el parentesco civil o en la unión.

La familia romana era una verdadera sociedad domestica que no estaba propiamente dentro del Estado sino en cierta manera frente a él. Más tarde, la familia romana sufrió una evolución y fue absorbida por el Estado. Éste interviene con el orden jurídico que regula la relación familiar, se sustituye a la estructura antigua de la familia y disgrega su conjunto. Esta corrupción del sistema, se aceleró porque el propio Estado al correr de los tiempos, concedió derechos a la familia natural, semejantes a los que sólo correspondían a la relación familiar.

³ DE LA MATA PIZANA, Felipe, Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal, 4° ed., Ed. Porrúa, México, 2008, pp. 4 a la 7.

Conviene hacer algunas observaciones acerca de la organización de la familia romana en su estructura prístina. La comunidad domestica tenía como fuente el matrimonio. Esta institución era sobre todo, la vida en común entre un solo hombre y una sola mujer que compartían un mismo techo con la intención de tomarse y considerarse como marido y mujer. Esta intención se llama *affectio maritalis*.

La constitución de la familia en Roma, descansa en el matrimonio fundamentalmente. El matrimonio se celebraba como es sabido, por medio de la *confarreatio*, si los contrayentes pertenecían a la clase patricia. Esta ceremonia de celebración de matrimonio indisoluble y aunque la ceremonia matrimonial era de derecho privado, se exteriorizaba y producía efectos más allá del derecho propiamente familiar; se exteriorizaba durante la República.

La *coemptio* es el matrimonio celebrado entre romanos no patricios y sus efectos sólo atañen al derecho privado.

El matrimonio por *usus* sólo establecía la presunción del vínculo marital que por el hecho de la simple cohabitación entre marido y mujer, cuando esta última no se ausentaba tres noches consecutivas del domicilio conyugal.

El matrimonio en Roma bajo cualquiera de sus tres formas *confarreatio*, *coemptio* y *usus*, no consistía solamente en el acto solemne o no solemne en que se declaraba la intención de los cónyuges en consuetudinaria, constante y permanente, de compartir un mismo techo, de someterse a una sola deidad (los manes del marido), y de comportarse en esa vida común, íntima entre los consortes, como marido y mujer. Cohabitación e intención marital son los elementos característicos, predominantes.

Así se explica que al lado de las formas solemnes del matrimonio se haya reconocido más tarde que dos personas, hombre y mujer que viven permanentemente en una casa común y que se tratan entre sí como esposos, adquieren el honor *maritatus* o sea el matrimonio por *usus*; aunque ciertamente, esta forma de matrimonio era excepcional entre los romanos.

Bajo el Cristianismo y durante la época feudal, la Iglesia Católica en el siglo X elevó el matrimonio a la categoría de sacramento, reconoció el alto nivel de la mujer dentro de la familia y puso a toda la sociedad doméstica al servicio de los hijos.

En el Feudo, constituido alrededor del castillo, se produce todo lo necesario para los siervos y los señores. El poder del rey, muy débil entonces, permitía que la familia se convirtiera en el centro de toda la organización política feudal, en la cual la figura de la noble castellana, esposa y madre a la vez, tuvo siempre muy principal consideración. En la

estructura de la familia feudal, intervinieron dos elementos decisivos, a saber: el individualismo de los germanos y las ideas cristianas.

El primero, en el sentido de considerar a cada agrupación doméstica y feudal, con independencia de las otras organizaciones familiares y de otros feudos. Las ideas cristianas, para imponer a los padres la responsabilidad del cuidado y formación de los hijos dentro de los principios morales de la iglesia.

A la caída del Imperio Romano, durante las invasiones, la constitución de la familia se vio influida por elementos que introdujeron en ella las tribus bárbaras que invadieron el imperio.

Entre los germanos, la familia se entendía en sentido estricto formada por los miembros de ella (marido, mujer y descendientes de ellos) que vivían dentro de la casa común; pero comprendía también a los siervos y aún a los extraños acogidos en el hogar familiar.

Aún cuando no apareció completamente entre los pueblos bárbaros, el concepto rígido de patria potestad, este concepto de dominio del señor casi absoluto sobre los bienes y hacienda de los siervos, trascendió los límites del grupo familiar tal como estaba organizado en el Derecho romano.

La iglesia Católica introdujo más tarde las ideas romanas en la constitución de la familia feudal, especialmente en lo que se refiere al derecho familiar patrimonial.

En España, durante el medioevo y dada la estrecha relación que hubo en aquella época entre la iglesia y el Estado, casi todo lo relativo al derecho de familia y al matrimonio, fue reglamentado por el derecho canónico, cuando se trataba de matrimonio entre católicos.

Durante la edad media, la familia gentilicia que abarca un concepto amplio de ésta, tiene clara raíz celta. En el grupo familiar quedaban comprendidos aún los parientes más lejanos.

Se advierte en esta concepción de la familia española medieval, la influencia de la organización familiar germánica, en la que la cohesión entre los parientes es muy acentuada.

El elemento Cristiano ejerció un influjo decisivo en orden al matrimonio y otras instituciones del derecho de familia, y especialmente contra el concubinato, muy difundido en España, acaso por el ejemplo de las uniones islámicas. El derecho canónico, que penetró en Castilla por conducto de las partidas y de la doctrina de los canonistas, fue recibida la legislación civil.

En toda España fue recibida la legislación matrimonial del Concilio de Trento a virtud de la Real Cédula de Felipe II, de 12 de julio de 1564.

La familia moderna está formada por los progenitores y su prole, el padre, la madre, los hijos y los nietos que habitan con ellos. Fuera de este grupo ya no subsiste, por lo menos con el mismo rigor, el antiguo lazo de familia extensa.

Los efectos principales derivados de la relación de familia consisten en el derecho a alimentos, entre parientes próximos, el derecho a la sucesión legítima y en la prohibición para contraer matrimonio entre ascendientes o entre colaterales dentro del tercer grado en la línea colateral desigual (tíos, sobrinos) y sin limitación alguna en la línea recta ascendente o descendente, ya sea por consanguinidad o por afinidad.

La familia moderna se caracteriza por ser una institución fundamentalmente fundada en una relación sexual, suficientemente precisa y duradera, que permite la procreación y garantiza la educación y protección de los hijos.

Ha de consistir en una relación sexual continuada; normalmente se funda en el matrimonio y excepcionalmente en una institución equivalente (concubinato).

Da lugar a un conjunto de deberes y derechos entre los cónyuges y entre los padres y los hijos. Atribuye a los miembros de la familia el derecho a usar el nombre patronímico que corresponde a cada grupo familiar; de esta relación deriva una cierta estructura económica que regula los bienes de los consortes y que permite la manutención y educación de los hijos. Esta unión permanente entre los cónyuges, se ubica en un hogar conyugal”.⁴

En la actualidad se han presentado cambios tan constantes, y algunos muy drásticos, nos podemos percatar que en la sociedad hay más problemas en los núcleos familiares, es por eso tanta familia disfuncional y con esto me refiero a que se presentan más divorcios y por tanto la familia se compone solo de papá e hijos o en su caso mamá e hijos y entonces las reglas cambian porque ya no está completo el equipo y empiezan a existir ciertas carencias; y por otro lado resulta que hay matrimonios de personas del mismo sexo situación más compleja toda vía, ya que esto se sale del marco de la naturaleza y de la costumbre, situación que viene a descomponer el objetivo de la familia. Entonces si estamos en un dilema porque ahora sí que estoy confundida, ¿que es una familia en realidad?... y es tan complicado para legislar en estas circunstancias que es mejor evadirlo.

⁴ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, primer curso Parte General, Personas, Familia, 20° ed., Ed. Porrúa, México, 2000, pp. 451 a la 454.

1.2 EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA (guarda y custodia).

La familia es la base de la sociedad, pero su estructura en nuestra actualidad ¿es la misma que hace miles de años? Para contestar esta pregunta debemos analizar la estructura familiar hasta nuestros tiempos, el desarrollo que se ha ido dando entorno a ella y los cambios evolutivos que han ido surgiendo conforme al tiempo y la modernidad, que gracias a la convivencia y la necesidad de subsistir han hecho los grupos sociales más complejos; y para proseguir con nuestro trabajo vamos a analizar lo que nos dicen algunos autores:

“Antropólogos y sociólogos han desarrollado diferentes teorías sobre la evolución de las estructuras familiares y sus funciones. Según éstas, en las sociedades más primitivas existían dos o tres núcleos familiares, a menudo unidos por vínculos de parentesco, que se desplazaban juntos parte del año pero que se dispersaban en las estaciones con escasez de alimentos. La familia era una unidad económica: los hombres cazaban mientras que las mujeres recogían y preparaban los alimentos y cuidaban de los niños. En este tipo de sociedad era normal el infanticidio (muerte dada violentamente a un niño de corta edad) y la expulsión del núcleo familiar de los enfermos que no podían trabajar.

Después de la Reforma protestante en el siglo XVI, el carácter religioso de los lazos familiares fue sustituido en parte por el carácter civil. La mayor parte de los países occidentales actuales reconocen la relación de familia fundamentalmente en el ámbito del derecho civil, y no es sino hasta el siglo XVIII que incorporan el concepto de infancia actual”.⁵

“La familia se constituye originalmente en las Tribus o Clanes Primitivos, por necesidad de orden socioeconómica de los pueblos cazadores y agricultores, ha sufrido una gran evolución para llegar hasta nuestros días como una verdadera institución, fuertemente influida por una gran variedad de factores como es la cultura, la religión, la moral, el derecho, la costumbre, etc.

La motivación original de la familia hay que encontrarla en las simples exigencias biológicas de reproducción y del cuidado de la prole, mediante uniones transitorias e inestables entre los progenitores.

La familia es el conjunto de personas, en un sentido amplio que proceden de un progenitor o tronco común.

Desde principios de la segunda década del siglo actual, las normas jurídicas relativas a la familia, considerada como grupo social, como célula principal de la sociedad moderna, ha merecido la atención especial

de los estudiosos del derecho, al considerar necesario no solo la agrupación congruente y armónica de los preceptos legales aplicables al grupo familiar, sino que se ha ido formando paulatinamente una rama muy importante dentro del Derecho civil que se denomina Derecho de Familia y que comprende las normas relativas al matrimonio, al parentesco y a la ayuda recíproca que deben prestarse los parientes entre sí, la protección de los incapaces (menores de edad e incapacitados) y a la constitución y funcionamiento del patrimonio de familia”.⁶

“El pasó de la poliandria a la poligamia, y de ésta a la monogamia, así como el incremento de la riqueza del esposo en relación con los bienes de la esposa, fueron factores decisivos para imponer la filiación paterna sobre el derecho materno. Hasta antes de esta transición, la única filiación que se conocía con certeza, era la materna, ya que las relaciones conyugales se establecían de manera colectiva y a veces incestuosa, como fue el caso de la familia consanguínea.

Llama la atención que dos de las civilizaciones más antiguas, la mesopotámica y la hebrea, reconocieron siempre al padre como jefe de familia, a quien se investía con amplios poderes sobre la persona y bienes de sus hijos. Bíblicamente, el poder del padre sobre los hijos está implícito en el mandamiento “honrarás a tu padre y a tu madre”; hay un pasaje en el nuevo testamento que lo confirma; me refiero a la Epístola de San Pablo a los Efesios, concretamente en la parte en la que los exhorta a cumplir con ese precepto, advirtiéndoles: Y vosotros, padres, no irritéis con excesivo rigor a vuestros hijos; mas educadlos, instruyéndolos según la doctrina del Señor.

En contraste, el Derecho romano, edificado sobre la idea del ejercicio del poder y del mando, consecuencia de la estructura militar y aristocrática del Estado, concibió a la patria potestad como una institución del derecho civil, por virtud de la cual se le confería al jefe de familia un poder riguroso y absoluto sobre sus descendientes, poder cuyas características eran las siguientes: no se modificaba ni por la edad ni por el matrimonio de los hijos; la autoridad del padre se borraba frente a la del abuelo; pertenecía solo al jefe de familia al cual le estaba dado castigar, vender, abandonar y hasta matar a sus hijos. Así mismo, con excepción del peculio castrense, todo lo adquirido por el hijo pertenecía al padre, habida cuenta que solo podía existir un patrimonio familiar. La patria potestad era, así, un medio para tutelar la autoridad del pater familia antes que los intereses de los hijos o la esposa. Cabe señalar que, la potestad del jefe de familia, conforme al Derecho romano, perteneció siempre al hombre

⁵ <http://es.wikipedia.org/wiki/Familia>.

⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, primer curso Parte General, Personas, Familia, 20° ed., Ed. Porrúa, México, 2000, pp. 447 y 448

(abuelo o padre), no tanto como un reconocimiento a su superioridad física o intelectual, sino como una forma de preservar el culto doméstico, pues las hijas, al contraer nupcias, renunciaban no sólo a su hogar paterno, sino a su credo familiar para asumir el del marido.

A diferencia del Derecho Romano, el antiguo derecho alemán limitó temporalmente el ejercicio de la patria potestad, a la que conoció con el título *munt*. Así, en el caso del hijo, la potestad terminaba al momento en el que éste comenzaba su vida económica de manera independiente; en el de la hija, cuando contraía nupcias, siempre que hubiese mediado el consentimiento del padre. Bajo este régimen, la madre podía ejercer la patria potestad a la muerte del padre.

Por su parte, el antiguo derecho francés, cuya influencia se centró en las regiones del sur de Francia, atemperó el rigor de la patria potestad del Derecho romano; sin embargo, conservó las siguientes características: no podía pertenecer a la madre, se prolongaba indefinidamente y los hijos no podían adquirir por su cuenta. Bajo este régimen, la patria potestad continuó siendo un poder doméstico establecido en interés del padre. Cosa distinta sucedió en el derecho consuetudinario, en el que dominó la idea de una protección debida al hijo, razón por la cual, tanto el padre como la madre, estaban investidos, al mismo tiempo, de autoridad respecto de los hijos; autoridad que era esencialmente temporal, a diferencia de la del Derecho Romano, que era vitalicia.

Inspirado en el derecho consuetudinario, el Código Civil francés conocido como el Código de Napoleón (1804), recogió, entre otros derechos y deberes a cargo del padre, los siguientes: la guarda, educación, mantenimiento, corrección y tutela de los hijos; el disfrute y administración de sus bienes, así como el derecho de consentir su matrimonio y su emancipación. Bajo la sistemática del Código Napoleón, el padre es representante legal de sus menores hijos; investidura que deriva del cargo de administrador que la ley le confiere. La patria potestad se concibió, así, en dicho Código, como un organismo de representación de los hijos menores no emancipados; idea que trascendió a la mayoría de los Códigos que siguieron su impronta.

A partir de entonces, la patria potestad dejó de ser aquel poderío excesivo, riguroso y cruel que ejercía el padre sobre su descendencia, para convertirse en una relación jurídica cuyo fundamento ético es el deber de protección de los hijos menores; deber que se atribuyó al padre y a la madre, por el sólo hecho de la procreación; así lo entendieron los más destacados juristas franceses con base en el texto expreso del Código Napoleón.

Sin duda, la idea de protección al hijo, ingresó en el derecho civil francés, como consecuencia de la moral humanista y racionalista que proclamaba

la ilustración (S. XVIII). Baste recordar que, a mediados del siglo XVIII, empezaron a florecer las primeras teorías sobre la educación de la infancia; ejemplo de ello es el Emilio o de la Educación de Juan Jacobo Rousseau (1762), obra cuyo tema central es precisamente el conocimiento y la instrucción de los niños. A partir de entonces se empezó a rechazar la idea de castigar cruelmente a los infantes al amparo de un derecho a corregirlos; de tratarlos como objetos de utilidad de abandonarlos a su suerte, y de distanciarlos de sus padres para educarlos en instituciones ajenas al ámbito familiar.

Tributarios del código Napoleón, los redactores de los códigos de Civiles para el distrito federal y territorio de Baja California, de 1870 y 1884, siguieron, en lo general, los lineamientos que aquel ordenamiento había adoptado en torno a la patria potestad, especialmente en lo que se refiere al conjunto de derechos o facultades sobre la persona y los bienes de los hijos, atribuidos en primer lugar al padre. La ley sobre relaciones familiares de 1917, en cambio, modificó el régimen de los códigos citados para establecer que; la patria potestad se ejerce, en primer lugar por el padre y la madre de común acuerdo (a. 239); en segundo y tercer lugar, por los abuelos paternos y maternos, respectivamente (a.241); a falta de alguna de las dos personas que la ejerce, el que queda continúa en su desempeño (a.242); se puede ejercer también sobre la persona y los bienes de los hijos naturales y adoptivos (a. 240); así mismo desaparece la figura del tutor, empero, se conserva la posibilidad de renunciar la patria potestad, así como las causas de pérdida y suspensión.

Por su parte el Código Civil para el Distrito y territorios Federales en materia común y para la república en materia federal de 1928, incorporó entre los cambios más significativos en orden a la persona del menor los siguientes: Su ejercicio queda sujeto a las restricciones que le impriman las resoluciones que se dicten de acuerdo con la ley sobre previsión social de la delincuencia infantil (a. 413); mientras estuviere el hijo en la patria potestad no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad (a.421); a las personas que ejercen la patria potestad incumbe la obligación de educar convenientemente al hijo, pero también la facultad de castigarlo y corregirlo mesuradamente (aa.422 y 423); la patria potestad no la pierde la madre o la abuela por contraer segundas nupcias; y, finalmente no se permite renunciar la patria potestad, aunque puede ser excusable cuando a quien corresponda su ejercicio tenga más de setenta años cumplidos o no pueda atender su desempeño debido a su mal estado de salud (a. 448).

Cabe señalar que, en el año de 1997, se reformaron los siguientes artículos: el 411 para que la honra y respeto a cargo de los hijos fuese también una obligación a cargo de los padres; el 416 para que el ejercicio de la patria potestad, en caso de separación de los padres, la determine el juez con base en el interés superior del hijo; el 418 para incluir la custodia

de hecho, y así atribuir la calidad del tutor al familiar o pariente que se haga cargo de un menor durante un lapso prolongado; el 422 para hacer extensiva la obligación de educar al menor a quien tenga su custodia material; el 423 para que la facultad de corregir no se entienda como la aplicación de actos de fuerza; y el 444 para dejar claro que la patria potestad solo se pierde por resolución judicial en los casos expresamente previstos. Así mismo, se adiciono el artículo 444 Bis para establecer que el ejercicio de la patria potestad podrá ser limitado en los casos de violencia familiar”.⁷

La familia no es la misma en nuestros días de lo que fue hace siglos atrás, su forma y estructura fue cambiando así como los tipos de organización familiar. Estos tipos de familia que se han sucedido a lo largo de la historia, determinan las diferentes etapas que caracterizan la evolución de la institución familiar.

1.3 CONCEPTO DE GUARDA.

“Es la persona que tiene a su cargo y cuidado la conservación de una cosa. Es la acción de guardar, conservar o defender. Tutela, observancia y cumplimiento de un mandamiento, ley o estatuto”.⁸

“GUARDA DE LOS HIJOS: Las palabras “guardar” y “custodiar” proceden, respectivamente, del germanesco *wardon* que significa cuidar, y del latín *custos* derivado de *curtos*, forma agente del verbo *curare*, que también quiere decir cuidar.

Por “guarda de los hijos” se entiende, en lenguaje jurídico, la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados, con la diligencia propia de un buen padre de familia”.⁹

1.4 CONCEPTO DE CUSTODIA.

“Proviene del latín *custos* que significa guardar o guardián y ésta a su vez deriva del *curtos*, forma del verbo *curare* que quiere decir cuidar. Es por lo tanto la acción y el efecto de custodiar o sea guardar con cuidado alguna cosa”.¹⁰

⁷ <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-151s.pdf>.

⁸ RALUY POUDEVIDA, Antonio, Diccionario Porrúa de la Lengua Española, 48° ed., Ed. Porrúa, México, 2003.

⁹ Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo D-H, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 13° ed., Ed. Porrúa y/o Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1999, p. 1555.

¹⁰ *Ibidem*, Tomo A-CH, p. 803.

“Cuidado y guarda de los menores o incapacitados incapaces de valerse por sí mismos. La custodia de los menores de edad la otorga el Código Civil a los padres que ejercen la patria potestad si viven juntos, en caso de estar separados por divorcio o nulidad del matrimonio corresponde al juez determinar a cuál de los padres corresponde la custodia, aunque ambos conserven la patria potestad”.¹¹

Aunque no existe un concepto legal sobre guarda y custodia, considero que es muy importante definir y regular de forma clara estas figuras legales, desde mi punto de vista, la familia es un grupo relevante, en donde se originan derechos y obligaciones; y en ocasiones olvidamos los principales objetivos de ésta, dejándonos llevar por las ideas libertinas de la sociedad joven o incluso extranjera que trastocan los principios básicos de la familia, dejando atrás nuestras buenas costumbres y tradiciones familiares.

¹¹ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, Diccionarios Jurídicos Temáticos, Derecho Civil, Volumen I, Ed. Oxford, p. 29.

CAPÍTULO II MARCO CONCEPTUAL

2.1 FAMILIA

2.1.1 CONCEPTO DE FAMILIA.

Tener una definición exacta sobre la familia es una tarea compleja debido a enormes variedades que encontramos y a la amplia variedad de culturas existentes en el mundo.

Para poder definir este vocablo es de gran relevancia considerar lo que opinan algunos de los estudiosos del Derecho y de esa manera analizaremos de forma concreta el término a definir, comenzaremos con la opinión del Doctor Ignacio Galindo Garfias sobre la familia, quien dice lo siguiente:

“Es un núcleo de personas, que como grupo social, ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la procreación.

La familia es el conjunto de personas, en un sentido amplio (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común; y sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y adopción (filiación civil).¹²

Coincido con el enfoque que maneja el doctor, ya que para dar origen a la familia se tiene que empezar a hablar de otras figuras como es el matrimonio o el concubinato en su caso; y entonces sí a partir de aquí comienza a crearse la familia mediante la reproducción biológica de la especie, esto es cuando llegan los hijos y/o se da la adopción.

Por otro lado, Felipe de la Mata señala:

“Si bien el vocablo familia viene de famel que en el idioma de los oscos significa siervo, en términos generales pareciera que la familia es aquel grupo humano primigenio natural e irreductible cuya fuente es la unión de la pareja de un solo hombre con una sola mujer, y su linaje. Esta definición, consideramos que el término “familia” es equivoco e indefinido en cuanto a sus sujetos y alcances jurídicos.

¹² GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, primer curso Parte General, Personas, Familia, 20° ed., Ed. Porrúa, México, 2000, p. 447.

Desde una perspectiva biológica, la familia puede ser ampliada hasta la totalidad de las personas que comparten una misma carga genética.

Desde el punto de vista social y etnológico (especialmente entre los pueblos latinos) se ha sostenido que existe, además de la familia nuclear – pareja e hijos- la extensa que incluye también a los ascendientes de una o ambas líneas, la descendencia en segundo o ulterior grados, a los colaterales hasta el quinto o sexto grados, afines y adoptivos.

Como puede advertirse, la noción de familia es un concepto equivoco, ya que tiene varias acepciones y conlleva una problemática de definición y límite en las familias latinoamericanas.

Desde la perspectiva jurídica debemos entender por familia aquella institución natural de orden público, compuesta por las personas unidas por lazos de parentesco, matrimonio, concubinato o uniones heterosexuales análogas y que surte efectos jurídicos por lo que hace a cada miembro respecto de sus parientes, en línea recta sin limitación de grado y en la colateral hasta el cuarto grado”.¹³

Visto lo anterior, tenemos que según Felipe de la Mata es equivoco el delimitar la palabra “familia” ya que él considera que debe de tomarse en cuenta la gran dimensión de ésta, es decir que todos los parientes consanguíneos deben de estar involucrados, pero yo digo que sólo en cuestiones muy específicas es cuando se necesita de su participación como es en las situaciones de sucesiones o en la patria potestad; pero las obligaciones y derechos mas importantes para el desarrollo de la institución familiar sin menospreciar los antes mencionados sólo involucra la familia consistente en la pareja e hijos ya que de aquí se desprenden los alimentos, patria potestad, guarda, custodia y sucesión; con la excepción de que en ausencia de quien tiene derecho a recibir algún beneficio, en ocasiones es donde entran otros parientes consanguíneos a exigir sus derechos como beneficiarios.

Ahora bien, Rosalía Buenrostro dice:

“La familia constituye el grupo natural del cual surgen los individuos que conforman la sociedad.

La familia es un grupo social en el que recae todo tipo de responsabilidades para que una sociedad se defina y desarrolle. Entre ellas se hayan las que se refieren directamente, en lo individual, a cada uno de

¹³ DE LA MATA PIZANA, Felipe, Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal, 4° ed., Ed. Porrúa, México, 2008, pp. 7 y 8.

los sujetos unidos por vínculos de sangre producto de la convivencia intersexual y de la filiación o por vínculos jurídicos, o como ocurre con la unidad familiar en su totalidad.

Todas las culturas a lo largo de la historia del hombre, dieron origen a diversos tipos de familia, las cuales reflejan una gran variedad de situaciones económicas, sociales, políticas, jurídicas, etc.

El término familia posee distintas acepciones, pues su significado depende del ángulo en que se coloque el estudioso para reflexionar científicamente sobre ella; en este sentido, el concepto familia no será el mismo si se le mire desde el punto de vista de su origen, si se analiza a partir de sus formas de organización y evolución en el tiempo o si se le considera en razón de sus efectos, entendidos éstos como derechos, deberes y obligaciones que vinculan a sus miembros desde el punto de vista legal.

Desde el punto de vista social, es un concepto cambiante en el tiempo y en el espacio, la familia no es una agrupación inmutable, si no un conjunto de individuos que se han organizado de diferentes maneras durante distintas épocas y lugares.

Desde el punto de vista jurídico se atiende a las relaciones derivadas de la unión de los sexos por vía del matrimonio o el concubinato y la procreación conocidas como parentesco, así como, a las provenientes de las formas de constitución y de organización del grupo familiar, a las que la ley reconoce ciertos efectos: deberes derechos y obligaciones entre sus miembros hasta cierto límite. De aquí que este concepto de familia se refiera al conjunto de vínculos jurídicos que rigen a los miembros de la familia”.¹⁴

Dicho lo anterior y una vez definida “la familia” desde diversas perspectivas señaladas por la estudiosa del derecho Rosalía Buenrostro, es trascendente observar que conforme pasa el tiempo se van presentando cambios en la sociedad, lo cual provoca que se modifique la forma de regular dichas figuras o retomar nuevas conductas para evitar que alguno de sus miembros quede desamparado por las normas jurídicas.

Y hay que hacer énfasis que actualmente ha cambiado la ideología de los individuos, es decir que ahora las familias no son típicas como las conocemos, de

¹⁴ BUENROSTRO BAEZ, Rosalía, Derecho de Familia, Colección Textos Jurídicos Universitarios Ed. Oxford, México, 2008. pp.5 a la 7.

hombre, mujer e hijos, sino que existen otras en donde no hay la pareja de hombre-mujer como núcleo fundador, como es el caso de las madres solteras quienes forman una familia con sus hijos (as) sin la presencia de un padre; y también como sucede en la unión de personas del mismo sexo ahora llamadas “sociedades de convivencia” quienes pretenden modificar aún más los principios fundamentales y rectores de la familia, y aunque ya se les ha reconocido el derecho de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, también persiguen el derecho a adoptar, pero con independencia a esto nunca se van a dejar desamparados los derechos de los menores en cualquier circunstancia.

Cabe mencionar que el objetivo de esta figura desde el ángulo jurídico y natural-biológico se está perdiendo, así como lo señala el autor Diego Zavala en una de sus obras:

“Presenciamos el notorio debilitamiento de la institución familiar que se nos ha ofrecido como tipo tradicional; los divorcios se multiplican, se resquebrajan los valores que la sustentan y se advierten en el mundo de hoy condiciones económicas, sociales y culturales que impiden la unidad y estructura familiar en la forma que antiguamente se dio.

El legislador partía de la base de que el hombre debía trabajar para sostener a la familia y que la esposa debía cuidarse de los asuntos del hogar. En todo lo concerniente a la institución y a las necesidades económicas los hijos dependían exclusivamente de los padres. Esta concepción social justificaba la protección dispensada a la familia, la dificultad para obtener el divorcio y el derecho de los hijos a heredar a los padres.

Hoy ha cambiado la situación por que la mujer también trabaja y gana su dinero. La paridad de derechos entre los dos sexos a dejado de ser un a utopía. Y la sociedad a tomado a cargo la instrucción de los niños, sin que la posibilidad de que éstos cursen carrera dependa ya de la situación económica de los padres”.¹⁵

2.1.2 NATURALEZA JURÍDICA DE LA FAMILIA.

La función del derecho es garantizar adecuados mecanismos de control social de la institución familiar, imponiendo deberes y derechos para poder proteger y

¹⁵ ZAVALA PÉREZ, Diego H., Derecho Familia, Ed. Porrúa, México, 2006, p. 2.

salvaguardar un interés social, brindar seguridad familiar y anteponerla al interés individual, con la garantía de que existen normas que protegen a dicha institución así como a cada uno de sus integrantes.

Como podemos ver la familia es un grupo tan relevante en la sociedad que a rebasado la realidad jurídica por lo que veremos lo que opinan diversos autores:

Al respecto Francisco A. M. Ferrer, señala tres teorías:

- a) “La familia como persona jurídica. Esta doctrina sostiene que la familia es un ente de derecho autónomo, titular de derechos y obligaciones, ósea un sujeto unitario distinto e independiente de sus miembros.
- b) La familia como organismo. La idea de que la familia es un organismo jurídico a sido sostenida por el profesor de la universidad de Bolonia, Antonio Cicu, para quien la familia se presenta como un agrado de formación natural y necesaria, que si bien es anterior al Estado, y predomina sobre él, tiene estructura orgánica similar a la del Estado: en éste abría relación de interdependencia entre los individuos y subordinación de ellos al poder soberano; en la familia también hay vínculo recíproco de interdependencia personal entre sus miembros, y subordinación de toso ellos a un fin superior, con asignación de funciones, que son ejercidas por aquellos miembros a quienes la ley se las concede.
- c) La familia como institución. La idea de la familia como institución natural, aún antes de ser elaborada la moderna concepción institucional del derecho, fue expresada ya por algunos autores (Sánchez Román). Actualmente, la doctrina más difundida entiende que la familia es una institución social basada en la naturaleza, pues está determinada por imperiosas e inmutables fuerzas naturales que la propia ley no puede desconocer sin grave violación del derecho natural. Por ello, el concepto de institución es aquí entendido en su acepción sociológica y como claramente lo explica el sociólogo norteamericano Bierstedt, la institución es una manera organizada, regular, formal y definida de realizar una actividad y siempre que exista una institución de halla también por lo menos una asociación cuya función es desarrollar una actividad institucionalizada. La familia es así la institución de que se vale la sociedad para regular la procreación y educación de los hijos y la transmisión por herencia de la propiedad”.¹⁶

¹⁶ FERRER A. M., Francisco, Introducción al Derecho de Familia, Tomo I, Ed. Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores, Argentina, 1982, pp. 31 a la 34

Sin embargo Felipe de la Mata realiza un análisis más concreto sobre la figura de la familia y básicamente la visión que maneja es el de una institución, observando las características esenciales de dicha expresión.

- “La familia es una institución natural, esto es que proviene de la naturaleza del hombre, y en consecuencia ha existido desde los orígenes mismos de la especie humana.
- La familia es una institución de orden público; en efecto, a partir de la reforma del año 2000, Código civil señala, art. 138 ter. Las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros basados en el respeto a su dignidad.

Históricamente esta disposición no se encontraba en el código sustantivo, sino que tenía por fundamento el artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. Es evidente que fue un acierto, al menos formal, el llevar esta disposición a la materia sustantiva aunque, a nuestro parecer, debió derogarse dentro del código adjetivo.

Ahora bien, la redacción terminante del artículo en cuestión no deja lugar a dudas en cuanto que el legislador señaló que todas las disposiciones relacionadas con la familia fueran de orden público; sin embargo nos preguntamos si efectivamente éstas deben considerarse de manera tan tajante.

Para evidenciar lo anterior intentamos conceptuar –si es posible- orden público y, en su caso, resaltar las consecuencias de tal determinación.

En doctrina se ha discutido la noción de orden público (también llamado interés público o social) aunque, normalmente, se ha definido por vía de tres criterios que se expresan a continuación:

- a) Solo las materias de derecho son de orden público (v.gr. derecho constitucional, penal, etc.) Esta doctrina, evidentemente, ha sido rechazada en cuanto que no puede identificar la razón por la que algunas normas de derecho privado se sitúen en la órbita pública.
- b) En otras ocasiones se ha considerado de orden público sólo aquellas normas de realce y trascendencia social; es decir, las que sean de importancia para la sociedad en su conjunto. Sin embargo, igualmente esta doctrina pierde solidez si analizamos casos como el del arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación que, históricamente, se ha considerado una materia privada y, sin embargo, hoy día –por disposición normativa- es de orden público.

c) En general, la doctrina contemporánea evita definir el contenido del orden público y, más bien, pretende dar formulas que nos permitan evidenciar el momento en que el aplicador de la norma se encuentra ante el caso. En este sentido, hay tesis aisladas de los tribunales federales que han determinado que nos encontraremos ante una disposición de orden público cuando la ley señale expresamente que lo es, o cuando un juez, después de analizar un caso concreto, determine que la norma es de orden público.

Determinar cuándo una norma es de orden público no es banal pues, tal carácter la hace irrenunciable, y todo pacto en contrario sería nulo en términos del artículo 8 del Código Civil.

Ahora bien, atendiendo a su carácter e importancia, nos preguntamos si en verdad todas las disposiciones de familia son de orden público como dice la ley.

Si bien debe reconocerse que la mayoría de las normas de la familia son de gran importancia social y merecen el calificativo de orden público, igualmente debe afirmarse que existen temas cuya única trascendencia es particular, y que sólo inciden en cuanto a sus efectos a las partes.

Ejemplo de lo anterior serían las donaciones entre consortes que, finalmente, sólo se refiere a pactos entre cónyuges para un fin determinado, y es absurdo que esta materia sea de orden público ya que no le interesa a nadie más que a la pareja.

Sin embargo, cuando el Código señala de forma general que todas las disposiciones del Derecho Familiar son de orden público, las transforma irracionalmente en irrenunciables y, por ende, no puede existir pacto en contrario que las modifiquen o transformen, ni siquiera en los casos en que no se encuentran en peligro intereses generales o de menores o incapaces. Esto es un absurdo.

- La familia está constituida por personas que se encuentran vinculadas por diversos lazos. En este sentido el Código Civil señala:

Art. 138 Quater. Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia.

Art. 138 Quintus. Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.

Como puede advertirse el Código indica, de manera vaga, que los miembros de la familia están vinculados por matrimonio, parentesco o concubinato (a los que hay que añadir actualmente aquellos lazos análogos entre parejas heterosexuales derivadas de las sociedades de convivencia), ahora bien, las normas señaladas no indican línea o grado de parentesco que permita limitar la definición.

Por eso pudiéramos establecer dos nociones de familia: en amplio sentido, que corresponde a la familia sociológica y en estricto sentido jurídico, limitada a las personas que la componen en tanto los efectos que la propia ley indica.

Nos parece que la familia en sentido jurídico abarcará a todas las personas que tienen participación en la sucesión intestamentaria, en la tutela legítima y en el deber recíproco de darse alimentos; es decir, en la línea recta sin limitación de grados, y hasta el cuarto grado en la línea colateral”.¹⁷

Es agradable el análisis que realiza el autor, pero aún más interesante el énfasis que hace en cuanto a los efectos que tienen los derechos, por el hecho de ser de orden público, es decir son derechos irrenunciables por tanto no son susceptibles a ningún tipo de negociación.

Y en consecuencia, desde el punto de vista del autor Felipe de la Mata, es significativo que se delimiten o clasifiquen las normas de Derecho Familiar; ya que como dice el autor se le da importancia a situaciones que no tienen influencia social, por ser éstas de interés particular sólo que se lleva a cabo entre familiares; pero también deslindar este tipo de relaciones a un interés particular es peligroso, ya que si se presenta una situación de confusión y mala fe, para evitar realizar el pago de ciertas obligaciones (como son los alimentos), se puede intervenir en dicha acción a fin de salvaguardar los derechos del menor.

Como podemos ver el legislador se está olvidando de esta figura (familia) tan relevante desde el punto de vista social y jurídico (sin menospreciar otros ámbitos pero principalmente éstos nos interesan ahora); ésta dejando muchas lagunas en la legislación civil y eso puede ocasionar problemas para que el juez pueda tomar una correcta solución.

¹⁷ DE LA MATA PIZAÑA, Felipe, Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal, 4° ed., Ed. Porrúa, México, 2008, pp. 8 a la 13.

2.1.3 TIPOS DE FAMILIAS.

La familia ha demostrado históricamente ser el núcleo indispensable para el desarrollo de la persona, la cual depende de ella para su supervivencia y crecimiento. No se desconoce con esto otros tipos de familia que han surgido en estas últimas décadas, las cuales también enfrentan desafíos permanentes en su estructura interna, en la crianza de los hijos (as), en su ejercicio parental o maternal. Por mencionar algunas, la familia de madre soltera, de padres separados las cuales cuentan con una dinámica interna muy peculiar.

“Existen varias formas de organización familiar y de parentesco, entre ellas se han distinguido cuatro tipos de familias:

a) La familia nuclear o elemental: es la unidad familiar básica que se compone de esposo (padre), esposa (madre) e hijos. Estos últimos pueden ser la descendencia biológica de la pareja o miembros adoptados por la familia.

b) La familia extensa o consanguínea: se compone de más de una unidad nuclear, se extiende mas allá de dos generaciones y esta basada en los vínculos de sangre de una gran cantidad de personas, incluyendo a los padres, niños, abuelos, tíos, tías, sobrinos, primos y demás; por ejemplo, la familia de triple generación incluye a los padres, a sus hijos casados o solteros, a los hijos políticos y a los nietos.

c) La familia monoparental: es aquella familia que se constituye por uno de los padres y sus hijos. Esta puede tener diversos orígenes. Ya sea porque los padres se han divorciado y los hijos quedan viviendo con uno de los padres, por lo general la madre; por un embarazo precoz donde se configura otro tipo de familia dentro de la mencionada, la familia de madre soltera; por último da origen a una familia monoparental el fallecimiento de uno de los cónyuges”.¹⁸

Otros tipos de familias que van surgiendo conforme va creciendo la sociedad son:

a) La familia reconstituida: Es la familia que se forma de aquellas personas que tienen hijos y deciden darse una nueva oportunidad para rehacer su núcleo

¹⁸ <http://es.wikipedia.org/wiki/Familia>

familiar y por tanto se forma de la pareja (hombre-mujer) y los hijos de cada uno de ellos.

- b) La familia de madre soltera: Familia en la que la madre desde un inicio asume sola la crianza de sus hijos (as). Generalmente, es la mujer quien la mayoría de las veces asume este rol, pues el hombre se distancia y no reconoce su paternidad por diversos motivos. En este tipo de familia se debe tener presente que hay distinciones pues no es lo mismo ser madre soltera adolescente, joven o adulta.
- c) La familia de padres separados: Familia en la que los padres se encuentran separados. Se niegan a vivir juntos; no son pareja pero deben seguir cumpliendo su rol de padres ante los hijos por muy distantes que estos se encuentren. Por el bien de los hijos (as) se niegan a la relación de pareja pero no a la paternidad y maternidad.
- d) La familia compuesta por personas del mismo sexo: Se unen dos personas de un mismo sexo pero una de ellas tiene hijo (s) y deciden juntarse para criar y educar a él (los) hijo (s) y así formar una nueva familia.

En algunas páginas electrónicas que hablan al respecto y se dice que como en ocasiones algunos padres transfieren a otras instituciones las tareas familiares, no porque la familia sea incapaz de cumplir con su deber, sino porque las actividades que realizan en la actualidad requieren del apoyo de otras instituciones que les proporcionen un medio eficaz de conseguir los mismos propósitos. Entonces debe de considerarse como un tipo de familia ya que los niños pasan gran parte del tiempo en ese lugar compartiendo y aprendiendo en la “escuela”.

2.1.4 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS INTEGRANTES DE LA FAMILIA.

La familia es una institución en donde sus miembros se relacionan por derechos, deberes y obligaciones recíprocos; como nos explican diversos autores a continuación.

“Los derechos subjetivos familiares son las distintas facultades jurídicas que se originan por el matrimonio, el parentesco, la patria potestad o tutela, por virtud de las cuales un sujeto está autorizado por la norma de derecho para interferir lícitamente en la persona, e la conducta, en la actividad jurídica o en el patrimonio de otro sujeto.

En la patria potestad, los padres o abuelos ejercen el mayor tipo de interferencia respectivamente sobre la persona, la conducta, la actividad

jurídica y el patrimonio de sus hijos o nietos menores de edad. Lo mismo podemos decir en el caso de la tutela.

En el matrimonio, bajo los sistemas en los que se reconoce la potestad marital, el marido sí ejerce un derecho subjetivo sobre la persona, conducta, patrimonio y actividad jurídica de la mujer. En cambio, en aquellos sistemas como el vigente en el Distrito Federal, ha desaparecido la potestad marital, de tal manera que ambos consortes tienen los mismos derechos y obligaciones, tanto en sus relaciones recíprocas como respecto a los hijos y a la administración del hogar.

En las relaciones que crea el parentesco, debemos observar la siguiente explicación:

- a) En el parentesco consanguíneo en línea recta, este tipo de parientes sólo pueden tener, los derechos subjetivos de alimentos y herencia en la sucesión legítima.
- b) En el parentesco colateral, sólo existen los derechos subjetivos de alimentos y herencia en la sucesión legítima, así como la posibilidad de poder ser tutores en el caso de que existan los supuestos para la tutela legítima a que se refiere la ley.
- c) En el parentesco por afinidad, nuestro sistema no reconoce derechos subjetivos de ninguna naturaleza entre el marido y los parientes consanguíneos de su mujer, o entre ésta y los parientes consanguíneos de aquél. Sólo se atribuyen consecuencias jurídicas al citado parentesco por afinidad para constituir un impedimento en la celebración del matrimonio, pero sólo entre los afines que se encuentran en la línea directa.
- d) En el parentesco por adopción, como el adoptado asume en todo y por todo la situación jurídica de un hijo legítimo, el adoptante tiene frente a él todos los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, por lo tanto, ejerce un derecho subjetivo de interferencia constante, mientras sea menor de edad, en su persona, conducta, patrimonio y actividad jurídica. También tiene, como en el caso de los ascendientes, el derecho de alimentos y de herencia en la sucesión legítima”. ...

Es indispensable tener el conocimiento de en qué momento puedo ejercer los derechos, o en su caso durante cuánto tiempo gozó de los derechos familiares tomando en cuenta cada una de las situaciones jurídicas.

“... En cuanto al tiempo en que se ejercen los derechos subjetivos familiares, deben distinguirse las situaciones jurídicas que se crean respectivamente en el matrimonio, en la patria potestad, en la tutela y en el parentesco en general.

En el matrimonio, los derechos subjetivos de los consortes se ejercen de manera continua durante todo el tiempo que permanezca vigente el

vínculo conyugal. Según los sistemas que regulan los distintos derechos positivos, cabe la perpetuidad en cuanto a la existencia de los recíprocos derechos conyugales, por tratarse de un vínculo indisoluble; o bien, en las legislaciones que admiten el divorcio, es posible que sobrevenga la ruptura de dicho vínculo, con la extinción consiguiente de los derechos y obligaciones inherentes al matrimonio. Los deberes y derechos de vida en común, mutuo auxilio, asistencia y socorro en casos de enfermedad, fidelidad y débito carnal, varían en intensidad, supuestos que dependen de circunstancias especiales; pero en general puede considerarse que se mantienen durante toda la vida matrimonial.

En la patria potestad y en la tutela, los derechos subjetivos duran solo el tiempo de la minoridad o incapacidad de los sujetos pasivos. Desde el punto de vista jurídico se extingue la patria potestad con la emancipación del hijo o por el hecho de que éste llegue a la mayor edad, a un cuando simplemente los padres mantengan determinada autoridad de tipo espiritual.

En las relaciones parentales, excluyendo las que se derivan de la filiación que origina la patria potestad, podemos decir que los derechos subjetivos tienen una existencia condicionada o circunstancias especiales que determinan su temporalidad, como ocurre, por ejemplo, en el derecho a exigir alimentos o a heredar en la sucesión legítima”.¹⁹

Como podemos ver el autor Rojina Villegas, nos hace mención de la temporalidad en que pueden hacerse exigibles ciertos derechos o en su caso obligaciones y esto depende mucho de la relación familiar que exista y hace una clasificación entre el matrimonio, parentesco, patria potestad o tutela principalmente y más adelante analizaremos sobre los deberes de estos miembros y su clasificación.

“Los deberes subjetivos familiares se definen como los distintos estados de sujeción jurídica en los que se encuentran colocados respectivamente un cónyuge frente al otro, los incapaces en relación con los que ejercen la patria potestad o tutela y los parientes entre sí.

Los romanos clasificaron las obligaciones distinguiendo tres categorías principales: obligaciones de dar, de hacer y de no hacer y como una cuarta categoría podemos decir que son las obligaciones o deberes de tolerancia. Ésta especie no puede quedar comprendida en las obligaciones de no hacer, dado que éstas se caracterizan por la simple abstención del

¹⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo Segundo, Derecho de Familia, 11° ed., Ed. Porrúa, México, 2006, pp. 70 a la 73.

sujeto pasivo para realizar determinados hechos o actos jurídicos; en cambio los deberes de tolerancia implican la posibilidad en el sujeto activo de interferir en la esfera jurídica del sujeto pasivo y la necesidad, por parte de éste, de sufrir el acto de interferencia en su persona, conducta, patrimonio, o actividad jurídica. Por lo tanto, el deber de tolerancia es indiscutiblemente más enérgico que el de simple abstención.

Para los deberes jurídicos familiares, es esencial ésta cuarta categoría, porque en las relaciones conyugales, parentales, tutelares o de potestad, el sujeto pasivo debe permitir que el pretensor interfiera directamente en su esfera jurídica de una manera constante, principalmente en su persona, como ocurre en los deberes maritales de vida en común, cohabitación y débito carnal o en las relaciones de patria potestad y tutela, respecto a la educación, dirección y castigo de los menores o incapacitados; o bien la interferencia puede ser constante en la esfera patrimonial, cuando el pretensor tiene un derecho de administración de los bienes del obligado, tal como pasa en las relaciones de potestad, pues por la incapacidad de ejercicio de ejercicio de los menores o de aquéllos que están sujetos a interdicción, se confiere a quienes desempeñan la patria potestad o la tutela, un derecho permanente e ininterrumpido sobre la administración de todo el patrimonio de los incapaces”.²⁰

2.1.5 FINES E IMPORTANCIA DE LA FAMILIA.

Es indiscutible la importancia que la familia tiene para la sociedad y para el Estado ya que dentro de ella es donde la persona humana desarrolla su propia personalidad y es por excelencia el instrumento mediante el cual una generación transmite a otra una serie de valores morales, culturales, cívicos, etc.

A continuación se desarrollan los fines sociales de la familia:

“En las sociedades más desarrolladas, los fines de la familia no se agotan en las funciones de generación y defensa de sus miembros. Los individuos que forman el grupo familiar tienen fines no sólo biológicos sino también de orden psicológico. El dato psíquico tiene en la formación del grupo familiar actual, gran importancia a la necesidad de la conservación de la especie, se agrega la formación integral del individuo y en función de ella, se requiere de la solidaridad del grupo doméstico, de la existencia de lazos de unión no sólo simplemente extensos, sino fundamentalmente psíquicos, internos de orden ético y jurídico. De allí, la

²⁰ *Ibíd.*, pp. 92 y 93.

influencia decisiva de normas de orden moral y religiosos que caracteriza al derecho de familia. De la familia “ha brotado la primera y más noble e inagotable fuente de efectos, de virtudes y de solidaridad humana.

El conjunto de relaciones patrimoniales y no patrimoniales, que se desarrollan en el seno de la familia. Explican por una parte, la existencia de ciertos deberes típicos familiares, como la prestación de alimentos entre cónyuges y parientes, algunas de las obligaciones recíprocas de los cónyuges, el deber de desempeñar la tutela que se impone a los miembros del grupo familiar, etc.

Dentro de los fines de la familia encontramos que el elemento ético (deberes, mejor que obligaciones) que caracteriza al derecho de familia y que imprime un sello especial a su organización (poderes, mejor derechos), en esa “profunda virtud” en la idea y el sentimiento de comunidad doméstica, que tiende a afirmarse en el derecho, por medio del ejercicio de esos poderes y el cumplimiento de tales deberes de índole familiar”.²¹

Podemos concluir que la familia es un núcleo fundamental en la comunidad y la familia no se concibe plenamente sin la figura del matrimonio, por lo tanto, son instituciones que se consideran básicas para un buen progreso y desarrollo social.

Es indudable que a través de la institución del matrimonio se pretende que los hijos tengan más conciencia emocional desde el punto de vista psicológico, para que su ubicación social sea completa y definida; ya que en cuanto al ámbito económico y jurídico se encuentran asegurados en los derechos que reconoce nuestra legislación.

“Los fines de la familia son los siguientes:

- a) Tiene como fin natural la continuación responsable de la especie humana;
- b) Debe cooperar con el Estado y las organizaciones intermedias al establecimiento de la sociedad;
- c) Es responsable de la salud física y mental de sus miembros;
- d) Es didáctica y socializadora de sus miembros;
- e) Tiene una función económica, además de la regulación de las relaciones sexuales”.²²

La familia siempre ha sido y es, el principal pilar de la sociedad. Es el lugar donde los miembros nacen, aprenden, se educan y desarrollan. Debe ser refugio,

²¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, primer curso Parte General, Personas, Familia, 20° ed., Ed. Porrúa, México, 2000, pp. 458 y 459.

²² ... 300 Preguntas y Respuestas sobre Derecho de Familia, Análisis Doctrinal, Legislativo y Jurisprudencial, 2° reimpresión, Ed. Sista, México, 2008, p. 35.

orgullo y alegría de todos sus miembros. Cuando la familia tiene problemas, alegrías o tristezas internas, repercuten en todos los familiares, sufriendolos o disfrutándolos, debido a su total interrelación. Todas las legislaciones del mundo, tienen que tener leyes, que protejan el concepto de la familiar y facilitar lo más posible su unión y continuidad. La familia se convierte en un castillo, que además de servir de refugio de sus componentes, estos tienen que defenderla a ultranza, de todos los ataques que le hagan. No pueden permitir que lo dañino pase sus puertas. Todos tienen que formar un solo cuerpo, para defender su propia vida presente y futura.

2.2 MATRIMONIO

2.2.1 CONCEPTO DE MATRIMONIO.

Cuando pensamos en el matrimonio, entendemos que es la unión entre dos personas un hombre y una mujer, en un principio para hacer vida en común, es decir, que vivan juntos y se brinden respeto y ayuda mutua; posteriormente con la finalidad de procrear hijos y así dar origen a la organización familiar. Independientemente de nuestra visión analizaremos lo que nos dicen los estudiosos del derecho.

“La palabra matrimonio es de origen latino y deriva de la unión de *matris* (madre) y *monium* (carga o gravamen); su significación etimológica da idea pues que las cargas más pesadas que derivan de la unión recaen sobre la madre.

El matrimonio no es solo un vínculo de unión, sino un barón y una mujer unidos entre sí. La unidad en qué consiste el matrimonio, no es solo una situación de hecho, sino que comporta esencialmente un nexo o vínculo jurídico. Desde luego, debemos estar consientes de que el matrimonio es mucho más que estructura jurídica, que vínculo jurídico o que derechos y deberes.

Es la unión de un hombre y una mujer entre los cuales existan relaciones y muchas de ellas son jurídicas. Por lo tanto, los sujetos de la relación jurídica conyugal son el barón y la mujer, por que el matrimonio es la unión de ellos a través de la integración de las diferencias naturales de la distinción de sexos (virilidad y femineidad). Y un solo barón y una mujer por ser la singularidad propiedad suya.

Debemos tomar en cuenta que el matrimonio nace en relación con la sexualidad y sólo en este orden tiene posibilidad de existencia. Por lo tanto, el sujeto del matrimonio no es la persona humana en sí, es decir como persona sino está contemplada en el plano de la distinción sexual,

esto es, en cuanto que se es hombre y mujer porque su fundamento se recibe del carácter complementario de los sexos”.²³

Es importante ver que se recalca mucho que la naturaleza del matrimonio desde sus orígenes, es la unión entre un hombre y una mujer; ya que el propósito de esta relación es la procreación de hijos para dar inicio a lo que llamamos “familia”.

“Afirma Courbe –es el corazón de la familia. Es el acto fundamental que crea la célula familiar, y asegura, en las mejores condiciones, la perpetuación de la especie, si bien es cierto que ello puede tener lugar a fuera del matrimonio. Todo el derecho de la familia está ordenado entorno al matrimonio.

El matrimonio como fundamento de la familia y de la sociedad, - puntualiza Couto- es la institución más importante del derecho civil; con él nace vínculos afectivos entre los cónyuges, que tienden al mejoramiento individual y al bienestar colectivo; con él se origina la prole y nacen las relaciones entre los padres y los hijos; con él, en fin, se forma la familia que prepara a los hombres para la vida social”.²⁴

En la actualidad se están presentando algunos casos, que cambian la visión que nos desarrollan algunos autores y que por costumbre seguimos manejando; ya que empieza a crecer en la comunidad las parejas homosexuales que quieren formar familia, es decir, personas de un mismo sexo, lo cual no concuerda con ninguno de los objetivos o naturaleza de dichas figuras como el matrimonio y la familia; pero sin embargo por reclamos de la sociedad se están presentando como un cambio social que incluso ya se les está reconociendo este tipo de unión en nuestra legislación como sociedad de convivencia.

“La posición de la ley a propósito del significado del matrimonio ha variado en el transcurso del tiempo pues los conceptos ofrecidos por los ordenamientos del siglo XIX son gradualmente distintos con lo que al efecto indican los posteriores; además, en ocasiones la propia ley, como veremos, omite alusión expresa al respecto.

Según el artículo 159 del Código de 70, cuyo texto se repite en el artículo 185 del de 84, “el matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

²³ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales, 7° ed., Ed. Porrúa, México, 2007, pp.42 y 43.

²⁴ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil, Familia, Ed. Porrúa, México, 2008, p.108.

Aunque esta definición –señala Couto al comentar el texto transcrito– considera al matrimonio como una sociedad, o lo que es lo mismo, como un contrato a nadie se le ocurrirá pensar, que sea equiparable a los demás contratos. Las relaciones jurídicas que origina el matrimonio no afectan en nada a los intereses pecuniarios de los esposos sino a sus intereses morales, y muy principalmente, a los intereses de la sociedad; de donde resultan que las reglas relativas a los contratos en general, en que entran en juego intereses de dinero, no son aplicables al matrimonio, en el que dominan, antes que nada intereses morales, intereses de orden publico”.²⁵

El matrimonio es un término complejo, ya que como podemos ver nos dice el autor que en realidad es un contrato pero que es “especial” ya que no puede ser equiparable a otro tipo de contratos; y hasta cierto punto estoy de acuerdo sin tomar en cuenta ningún tipo de sentimentalismos; es cierto que un contrato por las características que presenta: que es un acto jurídico con cierto poder estatal, es por ese motivo que es de orden público, ya que se requiere de la presencia de un Juez del Registro Civil para que declare la formalidad y validez de dicho matrimonio, y asimismo es indispensable que manifiesten la voluntad los contrayentes de celebrarlo, razón por la cual es considerada una “institución” porque a partir de su creación tiene efectos jurídicos en la sociedad ya que son actos regulados por nuestras leyes.

Ahora bien, el autor nos dice que *“las relaciones jurídicas que origina el matrimonio no afectan en nada a los intereses pecuniarios de los esposos sino a sus intereses morales”*, yo opino que depende de qué momento estamos hablando en un primer momento no pasa nada pero sin embargo no sabemos si todo salga bien en la relación y pensando a futuro que por cualquier situación no coinciden y deciden separarse; entonces sí depende del tipo de régimen conyugal que hayan elegido los contrayentes, porque en el caso del régimen de sociedad conyugal si se ve afectado el patrimonio de cualquiera de los cónyuges, sí éstos tenían bienes antes de contraer matrimonio y en caso contrario no pasa nada considero que los derechos exigibles en esta figura partiendo de que ambos trabajaron para tratar de salir adelante es justo que al final compartan lo que con gran esfuerzo lograron pero que por determinadas circunstancias no pueden seguir juntos; pero en el caso de que ya tenían bienes y que por problemas en la relación, éstos sean motivo de controversias mayores.

²⁵ *Ibidem*, pp. 137 y 138

2.2.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO.

Para delinear la naturaleza jurídica del matrimonio, es necesario ver varias figuras; en efecto, se dice que es institución jurídica, contrato, acto jurídico condición, acto jurídico mixto, contrato de adhesión, estado jurídico y acto de poder estatal; se presenta un gran debate sobre dos categorías: Institución Jurídica o Contrato.

“Institución Jurídica; ésta ha sido definida como un conjunto de normas jurídicas de igual naturaleza, que regulan un todo orgánico y persiguen una finalidad de interés público.

La acepción de institución jurídica es amplísima: García Máynez nos dice “Institución es el núcleo de preceptos que reglamentan relaciones de igual naturaleza”.

En este sentido, es una institución jurídica la reglamentación de la propiedad, del contrato de compraventa o del contrato de trabajo.

El Estado estableció el marco jurídico imperativo que regula al matrimonio y, en consecuencia, a la familia. No está en la voluntad de las partes la facultad de señalar convencionalmente las normas a las que se sujetará el matrimonio, estas se encuentran dadas en un todo orgánico, normativo, se prevé las funciones del esposo y de la esposa, las atribuciones y obligaciones de ambos en la educación y alimentación de los hijos; determina la existencia de la patria potestad, la hace indeclinable, ordena las obligaciones y derechos de los hijos respecto de sus padres, etc.

Contrato; Como se deriva de los artículos 1792 y 1793 del Código Civil, el contrato es el acuerdo de dos o más personas para crear o transferir obligaciones y derechos. En el matrimonio se presenta la voluntad de los contrayentes en relación a un objeto, evidentemente, crea derechos y obligaciones.

Acto Jurídico Condición; El acto jurídico es el que, al realizarse, provoca la aplicación de un conjunto de disposiciones jurídicas que lo rigen; en otras palabras, hay un estatuto jurídico, éste tienen aplicabilidad condicionada a la ejecución del acto.

El acto jurídico “matrimonio” es la condición para hacer operar toda una serie de disposiciones de derecho que se imponen a los contrayentes.

Acto Jurídico Mixto; A los ordenes privado y público corresponde, respectivamente, los actos jurídicos privados y los actos jurídicos públicos; generalmente, los particulares realizan los primeros; los órganos

del estado, los segundos. La figura del acto jurídico mixto emerge en caso de concurrir en él particulares y órganos del estado; en el matrimonio actúan unos y otros por lo que se coloca en esa categoría.

Contrato de Adhesión; con poca fortuna y menor técnica jurídica se equipara al matrimonio a un contrato de adhesión. Recuérdese que en este tipo de contratos se produce una oferta con cláusulas y modalidades ya establecidas, de tal manera que a uno de los contratantes solo toca adherirse a los términos que se le ofrecen; la equiparación se hace bajo el argumento de que los contrayentes en el matrimonio se adhieren a una regulación dada, mas en los contratos de tal especie, se impone la voluntad de una de las partes, lo que en el matrimonio no sucede.

Estado Jurídico: El matrimonio provoca una situación jurídica permanente, un estado jurídico que se encuentra regulado por un conjunto de normas que le otorgan finalidad y características particulares.

Acto de Poder Estatal; El Estado sistematiza jurídicamente el matrimonio, establece los requisitos para contraerlo, otorgándole finalidades y potestades; en su celebración interviene un funcionario público, en el caso del Distrito Federal, un juez del registro civil, su actuación es esencial en el matrimonio; él examina si hay o no impedimentos para contraerlo, su intervención es constitutiva, sin ella no hay matrimonio.

Ciertamente, el matrimonio es un contrato, mas también es una institución; hay un marco jurídico que lo organiza, jerarquiza, otorga funciones, derechos y obligaciones, en fin, todo un sistema legal imperativo en el que se manifiesta un interés social evidente”.²⁶

A manera de conclusión diré que en el matrimonio existe la presencia de:

a) El acto jurídico en el que se expresan las voluntades.

b) La situación jurídica matrimonial, también llamada, “matrimonio estado” debido a que es una figura importante la cual se encuentra regulada en nuestras normas jurídicas; por tanto el matrimonio fuente es un contrato; el matrimonio estado, es una institución.

2.2.3 EFECTOS JURIDICOS DEL MATRIMONIO.

Las consecuencias jurídicas son muy importantes para la constitución de la familia y genera deberes, derechos y obligaciones especiales entre los cónyuges, veremos más adelante lo que opinan algunos autores.

²⁶ ZAVALA PEREZ, Diego H., Derecho Familiar, Ed. Porrúa, México, 2006, pp. 74 a la 76.

“Los deberes y obligaciones que nacen del matrimonio son los siguientes:

- a) Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.
- b) Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos de común acuerdo.
- c) Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal.
- d) El marido debe dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar; pero si la mujer desempeñará alguna profesión le corresponderá aportar la mitad de los gastos.
- e) El acreedor alimentario, tendrá derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia.
- f) El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezca;
- g) Los cónyuges resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar y a la formación y educación de los hijos;
- h) Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad excepto las que dañen la moral de la familia;
- i) El marido y la mujer, mayores de edad, tienen capacidad para administrar, contratar y disponer de sus bienes propios”.²⁷

El estudioso de derecho Edgard Baqueiro hace la siguiente clasificación:

“Los efectos jurídicos del matrimonio, que hacen al estado matrimonial se han dividido en:

- 1) Efectos respecto de las personas de los cónyuges;
- 2) Efectos respecto de los bienes de los esposos, y
- 3) Efectos respecto de las personas y bienes de los hijos.

Respecto de los cónyuges. Los derechos, los deberes y las obligaciones que nacen del matrimonio son recíprocos e iguales para ambos. Se agrupan en: deber de cohabitación, deber de ayuda mutua, débito carnal (procreación o, en su caso, reproducción asistida), así como el deber de fidelidad.

²⁷ ... 300 Preguntas y Respuestas sobre Derecho de Familia, Análisis Doctrinal, Legislativo y Jurisprudencial, 2° reimpresión, Ed. Sista, México, 2008, pp. 48 y 49.

a) El deber de cohabitación en el domicilio, obliga a que ambos vivan bajo el mismo techo y compartan mesa y lecho, los cuales ponen de manifiesto la convivencia conyugal.

b) El deber de ayuda mutua es correlativo al deber de convivencia; implica el deber de socorro que ha de existir entre los esposos, el cual debe de residir en la obligación alimentaria recíproca. Para esto los cónyuges deben contribuir económicamente al sostenimiento del hogar de la forma que libremente establezcan, según sus posibilidades.

La ayuda mutua también incluye el trabajo del hogar y el cuidado de los hijos; de hecho, hoy día ambas actividades se consideran como contribuciones económicas al sostenimiento del hogar.

También implica la administración y dominio de los bienes comunes, administración que recae en ambos cónyuges o según lo establecido en las capitulaciones matrimoniales.

En el matrimonio, los esposos gozan de autoridad, consideraciones, deberes, derechos y obligaciones iguales. Los cónyuges gozan de igualdad jurídica, dicha igualdad permite que ambos cónyuges puedan desempeñar cualquier actividad que sea lícita sin que una parte le impida o prohíba a la otra desempeñarla o trabajar en ella.

c) El débito carnal, pues constituye su esencia junto con la ayuda mutua para realizar la comunidad de vida, ya que implica los actos propios y necesarios para la perpetuación de la especie. Los cónyuges deben decidir de común acuerdo el número y espaciamiento de los hijos. El amor no puede ser regulado jurídicamente y, por lo tanto, cada pareja es libre de practicarlo de la forma en que lo juzgue pertinente. La reproducción asistida está íntimamente vinculada con el deseo de los cónyuges de lograr su propia descendencia ante la imposibilidad de la reproducción natural y con ello atender el fin de la procreación.

d) El deber de fidelidad, es la obligación de abstenerse de la cópula con una persona distinta de cónyuge. Este deber sustenta no sólo la estructura monogámica del matrimonio en nuestra sociedad, sino también el cumplimiento de otro de los fines del mismo, el respeto recíproco.

La fidelidad establece la mas plena manifestación del respeto mutuo que se deben los cónyuges, significa la exclusividad sexual entre ellos; tal conducta se exige de forma recíproca para ambos esposos”.²⁸

Podemos catalogar de forma general como efectos personales: todos los derechos y obligaciones que surgen recíprocamente entre los cónyuges; como efectos en relación con los bienes: los regímenes matrimoniales (régimen de bienes

²⁸ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, Derecho de familia, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, 2° ed., Ed. Oxford, México, 2009, pp. 89 a la 93.

mancomunados o régimen de bienes separados) y como efectos frente a los descendientes: la filiación, patria potestad y tutela.

2.3 CONCUBINATO

2.3.1 CONCEPTO DE CONCUBINATO.

Es una de las figuras más controvertidas, más interesantes y de un requerimiento de atención legislativa especial y constante.

De forma general podemos decir que el concubinato es la vida en común por un tiempo determinado, razonablemente prolongado y cuyo mínimo suele fijarse por la ley, que un hombre y una mujer llevan a cabo, sin haber contraído matrimonio, por lo que forman una familia, con o sin descendencia y a la vista de la comunidad. En seguida vamos a revisar lo que nos dicen los estudiosos del derecho.

“La denominación concubinato nace en el derecho romano para designar la unión de una pareja cuyos miembros viven como esposos, pero que por falta de *connubium* o debido a consideraciones políticas no podían o no querían celebrar *justae nuptiae*.

El concubinato puede entenderse, como la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer, libres de matrimonio y sin impedimentos legales para contraerlo que vive y cohabitan como si estuvieran casados, por dos años o mas en forma constante y permanente y, por el otro, como la unión entre un hombre y una mujer que viviendo o cohabitando como si estuvieran casados tienen hijos en común, aun cuando en tal caso no hayan transcurrido los dos años.

Para que nuestro derecho reconozca al concubinato son indispensables los siguientes requisitos:

- a) Que la vida en común sea permanente, es decir, que la relación haya durado más de dos años o que antes hayan nacido hijos.
- b) Que ambos concubinos permanezcan libres en matrimonio y demás impedimentos legales para contraerlo durante el concubinato.
- c) Que se trate de una sola concubina por concubino, y viceversa”.²⁹

Esta figura a sufrido a través del tiempo diversas modificaciones ya que no era bien vista en la sociedad, anteriormente no era reconocida por nuestra legislación debido a que se presentaban parejas en donde alguna de ellas era casada pero estaban separados y por esa razón no se comprometían o simplemente no querían estar atados a una serie de responsabilidades; lo cual en la sociedad era mal visto porque lo primero que pensaban era la infidelidad de alguna de las persona que se unía en “amasiato” o también denominado como “unión libre”. Conforme va pasando el tiempo y las situaciones sociales cambian, el legislador se ve en la necesidad de regular de alguna forma esta figura sin que los contrayentes se comprometan a celebrar un matrimonio pero es importante que se proteja de algún modo a los hijos, evitando que queden desprotegidos de nuestras normas jurídicas.

“Concubinato (del latín concubinatus) comunicación o trato de un hombre con una concubina. Es decir, se trata de la vida que el hombre y la mujer hacen como si fueran cónyuges sin estar casados; de la cohabitación o acto carnal realizado por un hombre y una mujer, cuya significación propia y concreta no se limita sólo a la unión carnal no legalizada, sino también a la relación continua y de larga duración existente entre un hombre y una mujer sin estar legalizada por el matrimonio”.³⁰

El Concubinato no presenta gran diferencia en comparación con el matrimonio en su desarrollo social; ya que la concubina y el concubinario hacen vida en común, tienen intereses comunes, tienen hijos a quienes crean, mantienen, educan y forman con toda seriedad y responsabilidad, tienen una vida estable, duradera, con fuertes lazos de unión, viven juntos, pasean, disfrutan, sufren y se exhiben juntos, sin tener un mínimo de diferencia si se tratare de una familia en la cual el padre y la madre estuvieren unidos en matrimonio o no.

Sin embargo Gutiérrez y González considera que el concubinato es otra forma de crear familia y que es una de las figuras más antiguas que el mismo matrimonio diciendo lo siguiente:

“En las épocas primitivas la pareja mujer-hombre se unía para formar una familia, sin recurrir a “sacramentos”, “instituciones” o “solemnidades”, sino que lisa y llanamente de hecho, celebraban lo que hoy se entiende es

²⁹ BUENROSTRO BAEZ, Rosalía, Derecho de Familia, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Ed. Oxford, México, 2008, pp. 149 y 150.

³⁰ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales, 7° ed., Ed. Porrúa, México, 2007, pp. 267 y 268.

un convenio tácito al unirse para alcanzar las metas que también hoy se considera son el objeto del matrimonio y del concubinato.

Pero si usted cree que el matrimonio es un “sacramento” y que se debe proscribir el concubinato, tome nota de lo siguiente:

A.- En el sistema Jurídico Mexicano, solo hay lo que se llama “matrimonio Civil”, y es el contrato que se solemniza al ser otorgado ante un oficial (juez) del Registro Civil.

B.- El Sacramento Matrimonio, matrimonio religioso de la religión que usted profese, para el Derecho Mexicano, no es un contrato de matrimonio.

C.- Por lo mismo, el matrimonio religioso, con todo lo respetable que es, en Derecho Mexicano solo engendra una situación de concubinato.

D.- A ello obedece, entre otras causas, que por mi parte considero al concubinato un contrato con gran base de moralidad y amor.

Pero en si, el concubinato tiene gran importancia en la formación de la familia mexicana, pues hay múltiples células de este tipo, integras no por un contrato de matrimonio, sino precisamente por esta especie de uniones, que persiguen los mismos fines que la unión matrimonial”.³¹

2.3.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCUBINATO.

El concubinato se caracteriza por esa convivencia de dos personas en vida marital, estable, permanente y pública y cuyo único sustento es esa vida en común, sin reconocer normatividad alguna en su origen, contra lo observado en el matrimonio, el cual, por ser precisamente una institución con fundamentos normativos y consecuente invariable reconocimiento legal.

“Conviene, estudiar brevemente las distintas teorías que existen sobre este aspecto, para concluir cuál es la naturaleza jurídica, según nuestro Derecho.

Si se trata de una unión semejante al matrimonio, se podría hacer una revisión semejante a la que se hizo con motivo al matrimonio, que nos

³¹ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Derecho Civil para la Familia, 2° ed., Ed. Porrúa, México, 2009, pp. 221 y 222.

permita destacar si se trata de una institución, de un contrato ordinario, de un acto jurídico o de un hecho jurídico.

Es necesario saber lo que la norma jurídica determina, para ello, me referiré en especial al artículo 291-bis el cual expresa que “la concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimento para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que preceden inmediatamente la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo”; se agrega que no es necesario el período mencionado cuando reunidos los demás requisitos tengan un hijo en común, por último se expresa que cuando con una misma persona se establecen varias uniones del tipo descrito, en ninguna se reputará concubinato”. ...

Por lo tanto se deriva, lo siguiente:

- 1) Que los sujetos del concubinato son un hombre y una mujer;
- 2) Que dichos sujetos no tengan impedimentos legales para contraer matrimonio;
- 3) Que han vivido en común en forma constante y permanente como si fueran cónyuges;
- 4) Que exista una temporalidad de dos años para que produzca efectos legales la convivencia o bien tengan un hijo en común.

La singularidad se aprecia cuando dice: si con una misma persona se establecen varias uniones de este tipo ninguna será considerada como concubinato, y además el que procede de buena fe tendrá derecho a demandar daños y perjuicios al otro.

Revisaremos las características de cada uno de los términos para analizar en cual se encuadra y cuál es su fundamento de acuerdo a lo que opina nuestro autor Chávez Asencio.

“ ... Como Institución:

El concubinato es una institución, entendida, como un conjunto de normas que rigen al concubinato, que son de igual naturaleza, que regulan un todo organizado y que persiguen una misma finalidad.

Como Contrato Ordinario:

Para que exista contrato se requiere acuerdo de voluntades. Si de contrato se trata, es necesario señalar que tendría un contenido patrimonial-

económico. En el concubinato no hay acuerdo de voluntades para que surjan derechos y obligaciones, éstos surgen por ministerio de ley.

Como Acto jurídico:

Para que exista acto jurídico se requiere un acuerdo de voluntades, y podría interpretarse que la concubina y el concubinario acuerdan unirse en concubinato, de donde se puede suponer el acuerdo de voluntades, para de ahí derivar la existencia de un acto jurídico.

Se debe tomar en cuenta que en el concubinato no se dan los mismos requisitos de existencia y validez que en el matrimonio; no tiene la misma naturaleza jurídica. Falta la solemnidad como requisito de existencia; ya que el concubinato es una situación de hecho, una unión no conyugal, los concubinos no se comprometen pues no desean hacerlo.

El acto jurídico una vez celebrado no puede modificarse o terminarse a voluntad de alguna de las partes. La validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, es decir, que desde que el acto jurídico se perfecciona por el consentimiento, obliga a los contratantes, no sólo a lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que según su naturaleza. En el concubinato observamos que esta unión puede terminar a voluntad de cualquiera de las partes, sin necesidad de previo acuerdo entre ambas, lo que contraría el principio general de los contratos en esta materia.

Como situación de hecho:

Las dos fuentes principales de efectos jurídicos son el acto jurídico y el hecho jurídico; el acto jurídico y el concubinato no encuadra dentro de él, por lo tanto, el hecho jurídico como posible para determinar la naturaleza del concubinato.

Que si el concubinato no existe como institución jurídica expresa dentro de nuestra ley civil, la labor constructiva de la jurisprudencia la ha dado ese rango, siendo muchos los fallos en que se han regulado los efectos de la unión concubinaria.

Es la unión de hecho entre un hombre y una mujer que no puede interpretarse como un acto jurídico. Es una institución que produce por disposición de la ley efectos jurídicos entre los concubinos. Entre los concubinos hay la voluntad no para generar un acto jurídico por el cual se

crean, transfieran, extinguen o modifican deberes, derechos y obligaciones, sino para convivir, generándose una situación de hecho”.³²

De acuerdo a los factores antes mencionados podemos decir que conforme a varias legislaciones que hacen referencia a esta figura como una institución y por consiguiente la legislación civil regula al concubinato en un capítulo especial, por tal motivo puede ser considerado como una institución; pero cabe mencionar que también es una situación de hecho ya que los concubinos deciden unirse para formar una familia en común. Como podemos ver las demás opciones quedan descartadas.

“La preocupación del legislador de atender los requerimientos del concubinato y dotar de un estatuto adecuado que garantice a los concubinos, como protagonistas principales, y especialmente a sus hijos comunes, que contenga los derechos para un desenvolvimiento normal en su vida, dio lugar, por una parte, a una adecuación del concubinato en disposiciones dispersas, es decir se presentaron varias reformas y posteriormente, resultó inclusive un capítulo completo para regular la figura”.³³

Es agradable ver que en ninguna circunstancia ni motivo va a quedar desprotegida legalmente los integrantes de la familia independientemente de los orígenes de ésta; por tal motivo y en consecuencia las futuras generaciones no deben de perder el objetivo de este importantísimo núcleo, que es la “familia”.

“Por tener ese origen meramente factico, pues no participa de la normatividad que cobija al matrimonio. Los alcances del concubinato, según hemos visto, señalados y delimitados en la ley, son ciertamente, en la actualidad, de menor envergadura y consistencia comparados con los de la unión conyugal, pero que con paso firme ha logrado un reconocimiento social y oficial”.³⁴

Es relevante la opinión de nos da el Doctor en Derecho Jorge Alfredo Domínguez respecto al desarrollo social y la visión que maneja es interesante.

“De las instituciones logradas por la humanidad con el paso de milenios y con grandes esfuerzos para afrontar los embates constantes de las corrientes en contra.

³² *Ibíd*em, pp.290 a la 293.

³³ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil, Familia, Ed. Porrúa, México, 2008, p. 423

³⁴ *Ibíd*em, p. 427.

El concubinato reconoce su origen en una institución fáctica, consistente en la convivencia de un hombre y una mujer cierto tiempo de vida marital, con observancia de conducta como si se tratase de una pareja unida en matrimonio.

Los concubinos se conducen como marido y mujer; con la base de una familia, tienen hijos en común, con posibilidades de deberse y profesarse respeto, consideración y amor a cual más pareja de casados.

La distinción de esencia entre el matrimonio y el concubinato está en el régimen normativo habido en el primero y la situación meramente fáctica del segundo. Precisamente por ello se denomina unión de hecho al concubinato”.³⁵

2.3.3 EFECTOS JURÍDICOS DEL CONCUBINATO.

Con el paso del tiempo se ha transformado la forma de pensar de la sociedad y nuestros legisladores en relación a la figura del concubinato, tanto que la ley ha recogido los hechos, les ha dado fuerza legal y hoy encontramos un concepto jurídico que determina cuándo hay concubinato y qué efectos produce. Enseguida nos referiremos a los efectos jurídicos de este importante hecho jurídico.

“El concubinato, como una situación de hecho que deriva de una situación humana generada por la unión sexual de un hombre y una mujer, produce efectos jurídicos. Éstos comprenden los que se producen entre los concubinarios; los que se producen en relación a los hijos; y, los que se producen en relación a terceros.

1)Efectos en relación a los concubinarios:

Los efectos que se clasifican a continuación son deberes personales, y también a los derechos y obligaciones que entre ellos se generan.

a)Parentesco: Los parentescos reconocidos por la ley son los de consanguinidad, los de afinidad y el civil; el concubinato actualmente genera el parentesco de afinidad; pues el artículo 294 del Código Civil expresa “el parentesco de afinidad, es el que se adquiere por el matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos”.

El parentesco por consanguinidad, en relación a los hijos, deriva de la filiación habida fuera del matrimonio sobre la cual existe la presunción;

³⁵ *Ibidem*, pp. 430 y 431.

en la línea ascendiente el parentesco se establece independientemente del concubinato, por el hecho de proceder unos de otros.

- b)Igualdad: La igualdad entre los concubenarios no se origina de esta situación de facto. Esta igualdad se establece como garantía constitucional. El artículo cuarto expresa: “el varón y la mujer son iguales ante la ley.” Y ésta igualdad se concreta en el artículo dos del Código Civil, que determina que la capacidad jurídica “es igual para el hombre y la mujer”.
- c)Alimentos: En el código actual solamente se expresa que “los concubinos están obligados (a darse alimentos) en los términos del artículo anterior” que trata de la reciprocidad en la obligación alimentaria, pero no hace referencia a ningún otro artículo de éste código que expresará que se tuviera derecho a los alimentos pasado cierto tiempo, es decir, actualmente dos años, por lo cual se estima que los concubinos tienen derecho a los alimentos a partir de su vida en común, de forma constante y permanente.
- d)Relación patrimonial: En relación al patrimonio de familia, éste se compone de la casa habitación, o de la parcela cultivable; pueden constituirlo los miembros de la misma en los términos del artículo 731 del Código Civil debiendo demostrar la existencia de la familia a cuyo favor se va a constituir el patrimonio, la comprobación de los vínculos familiares se hará con las copias certificadas de las actas del Registro Civil, lo que excluye a los concubenarios, pues no es posible comprobar esta unión con acta del Registro Civil.

La familia concubinaria vivirá en el domicilio como patrimonio familiar al establecerse una copropiedad entre ellos”.³⁶ ...

Se trata de una posición moderada, que sin equipararse el concubinato a la unión matrimonial, reconoce su existencia, concediendo algunos derechos a favor de los sujetos más vulnerables de ésta relación.

2)“...Efectos en relación a los hijos:

- a)Filiación y parentesco: Del concubinato se deriva la filiación de hijos habidos fuera del matrimonio, independientemente de otros hijos habidos de otras uniones sexuales.

Los hijos de los concubenarios deben ser reconocidos expresamente por los progenitores de modo voluntario, en la partida de nacimiento ante el

³⁶ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales, 7° ed., Ed. Porrúa, México, 2007, pp. 299 a la 302.

juez del registro civil, por acta especial ante el mismo juez, por escritura pública, por testamento o por confesión judicial directa y expresa.

El parentesco se produce de la filiación, al establecerse éste por el reconocimiento del padre o de la madre, o de ambos, o la investigación de la paternidad o la maternidad, se establece entre los padres e hijos todos los derechos, deberes y obligaciones que nacen del parentesco. No existe limitación alguna derivada de la situación de los padres.

- b)Igualdad: En nuestra actual legislación se borró la odiosa diferencia entre hijos de matrimonio y los nacidos fuera de matrimonio. Se procuró que uno y otros gozasen de los mismos derechos pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de sus padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos, únicamente por qué no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tiene.
- c)Alimentos: Comprobado el parentesco entre los padres e hijos, se establece entre ellos la obligación alimenticia recíproca. Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que tuvieren más próximos en grados.
- d)Adopción: la filiación también puede establecerse por adopción en el caso de concubinato, al establecer que los cónyuges y concubinos podrán adoptar cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque solo uno de ellos cumpla los requisitos de la edad; pero siempre y cuando la diferencia de edades entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años de edad cuando menos.
- e)Patrimonio de familia: Puede constituirse un patrimonio de familia, pues lo que debe comprobarse para ello es la existencia de la familia, con las actas del registro civil, del nacimiento de los hijos por lo tanto, la concubina o el concubinario pueden constituir un patrimonio de familia para todos los efectos legales.
- f)Nombre: Los hijos habidos del concubinato tienen derecho a llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que los reconozca. El nombre es un atributo de la personalidad que corresponde a todos y es inherente en ellos.
- g)Sucesión: todos los habitantes del Distrito federal tienen capacidad para heredar independientemente de la edad y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero con relación a ciertas personas, y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes: I. falta de personalidad; II. Delito; III. Presunción de influencia contraria a la del testador o a la verdad del testamento; IV.

Falta de reciprocidad internacional; V. Utilidad pública; VI. Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento. Salvo las causas señaladas, ningún otro obstáculo existe en relación al origen de los hijos pues todos, independientemente que fueran hijos habidos de matrimonio o fuera de él, tienen la misma capacidad de heredar.

h) Patria Potestad; La patria potestad se origina de la filiación, es un deber y una obligación con cargo a los padre y una respuesta de los hijos a honrar y obedecer a sus padres.

La patria potestad en caso del concubinato se ejercerá por ambos progenitores; cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos corresponderá su ejercicio al otro”.³⁷ ...

El concubinato es un fenómeno social muy extendido que no puede desarrollarse al margen de la ley ni del derecho, por eso debe rodearse de algunas garantías a los sujetos más sensibles de la relación concubinaria como son la mujer y los hijos, quienes finalmente sufren las consecuencias.

La ley, por otro lado debe gobernar los efectos que produce el concubinato ya que su fragilidad atenta contra la estabilidad de la familia de base no matrimonial.

3)“...Efectos en relación a terceros:

a) Daños por accidente: Independientemente del derecho que asiste a la concubina o al concubinario, en muchos casos para ser beneficiaria en relación a la seguridad social, y que comprende la indemnización por muerte, conviene precisar si en los términos de la legislación civil, alguno de los concubinos tienen derecho a la indemnización por lesiones o muerte del otro. Y esto desde dos puntos de vista: como una indemnización civil, y en primer término, y después como reparación moral.

Por lo tanto, se puede afirmar que nuestro derecho positivo se encuentra legitimada la concubina para obtener la indemnización en caso de muerte del concubinario. Tanto en el Código Civil, como en diversas leyes, la ley Federal del Trabajo, Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social, Ley del INFONAVIT, etc.

b) Alimentos Adeudados: Se trata de la gestión de negocios y previene que cuando, sin consentimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, éste tendrá derecho a reclamar a aquél su importe, ano constar que los dio con ánimo de hacer un acto de beneficencia.

Por lo tanto, los alimentos dados en esta situación a la concubina, pueden ser reclamados por quien los dio al concubinario.

³⁷ Ibídem, pp. 309 a la 311.

- c) Arrendamiento: El contrato de arrendamiento no se rescinde por la muerte del arrendador y del arrendatario, salvo convenio en otro sentido. Por lo tanto, si en la casa arrendada viven el concubinario, salvo pacto en contrario, no rescinde el contrato y la familia del arrendatario tiene derecho a seguir habitando la casa y, dentro de la familia se comprende a la concubina”.³⁸

2.4 DIVORCIO.

2.4.1 CONCEPTO DE DIVORCIO.

El divorcio es la fase final de una serie de desavenencias surgidas en el matrimonio, un acuerdo entre los miembros de la pareja para deshacer su relación, en cambio a la separación es lo mismo, pero sin trámites legales.

“El divorcio significa extinción de la vida conyugal, declarada por la autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto, y por una causa determinada de modo expreso”.³⁹

Vamos a ver qué opina el Doctor en Derecho Jorge Alfredo Domínguez al respecto:

“Se trata de una institución cuya finalidad es proporcionar a quienes lo intentan, un estado por el cual la vida en común desaparece para ambos cónyuges o recuperan su independencia, lo cual tendrá los respectivos alcances fijados en la ley, según regule al divorció, es decir, como veremos, pudieran limitarse a liberar a los cónyuges o a uno de ellos de la mera convivencia y cohabitación, pero con subsistencia de otros deberes conyugales, o bien, inclusive, como acontece las mas de la veces, de extinguir el estado matrimonial por la disolución del vínculo conyugal y la consecuente posibilidad de volver a contraer matrimonio”.⁴⁰

³⁸ *Ibíd*em, pp. 312 a la 314.

³⁹ ORIZABA MONROY, Salvador, matrimonio y divorcio efectos jurídicos, Ed. Editorial PAC, México, 2004, p. 81

⁴⁰ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil, Familia, Ed. Porrúa, México, 2008, p. 319.

“El divorcio es la disolución de la convivencia marital en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente, por causas posteriores a la celebración del matrimonio”.⁴¹ ...

La doctrina hace una clasificación en relación al divorcio en el Derecho comparado.

...“Esta institución se clasifica en: divorcio-separación o no vincular y vincular; y éste último se divide en necesario y voluntario, mismo que, a su vez, puede ser administrativo o judicial.

El divorcio separación o no vincular: los cónyuges no pueden contraer el nuevo matrimonio y sólo se les releva de la obligación de vivir en común.

El vincular: es en el que se rompe la unión matrimonial y existe la posibilidad de que los cónyuges contraigan nupcias nuevamente.

El divorcio necesario: es aquel en el cual se disuelve el vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretado a petición de un cónyuge, decretado por autoridad competente, con base en una causa expresamente señalada por la ley.

El voluntario o por mutuo consentimiento: es aquel donde se disuelve el vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, y es decretado por la autoridad competente, ante la solicitud por recíproco acuerdo, de los esposos.

Por su parte el divorcio voluntario administrativo: es aquel en que se disuelve el vínculo matrimonial, solicitado por los cónyuges ante el juez del registro civil.

El divorcio voluntario judicial: se diferencia del anterior en que la solicitud de disolución del vínculo la hacen los cónyuges ante el juez de lo familiar.

Otra forma de clasificar esta institución es dividiéndola en divorcio sanción que se da por causal graves y divorcio remedio, que es el reconocimiento de la ley de que, presuntamente, ese matrimonio no puede seguir por la pérdida de la affectio maritalis”.⁴²

⁴¹ DE LA MATA PIZANA, Felipe, Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal, 4° ed., Ed. Porrúa, México, 2008, p. 172.

⁴² *Ibidem*, pp. 176 y 177.

El divorcio no puede ser considerado bueno o malo en sí, pues no es más que una manifestación legal de la real ruptura del matrimonio.

DIVORCIO EXPRESS DISTRITO FEDERAL.

EL DIVORCIO ES UN MAL NECESARIO

Nadie piensa en divorciarse, pero si las condiciones familiares y personales ya no tienen alternativas, es mejor separarse, pero a través del divorcio y no dejándolo a la deriva que puede traer graves consecuencias a futuro.

En la ciudad de México, se han dictado medidas de ley, para que quien no pueda tener conciliación con su pareja y evitar violencia intrafamiliar, daño moral y perdidas de valores, se ha propuesto una forma de divorciarse a la que se le ha denominado

QUIEN PUEDE DIVORCIARSE ASI:

- a) Quienes haya cumplido cuando menos un año de casados;
- b) Que hayan establecido su domicilio conyugal en la ciudad de México en término de ley aun y cuando no se hayan casado en esta ciudad, es decir si se casaron en el interior de la República Mexicana si podrán divorciarse, bajo los requisitos de ley.
- c) Habitar o haber tenido como último domicilio conyugal en el D.F.
- d) Principalmente, que uno de los cónyuges quiera divorciarse. Aun y cuando su cónyuge no lo quiera.

BENEFICIOS DEL DIVORCIO EXPRESS DISTRITO FEDERAL

- Fácil
- Rápido
- Dando tus datos de divorcio y llenando tu solicitud
- Aun sin el consentimiento de tu cónyuge
- No es necesario confrontarte con tu cónyuge
- Sentencia en términos de ley.

2.4.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL DIVORCIO.

El divorcio, es la forma legal de extinguir un matrimonio válido, en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido.

De acuerdo a su forma legal, el divorcio sólo puede demandarse por las causas previamente establecidas en la ley, ante autoridad competente y cumpliendo con todos los requisitos legales de procedimiento.

El divorcio es y sobre todo fue en el pasado, una figura álgidamente controvertida. Razones de peso se esgrimen en pro y en contra del divorcio. Los opositores al mismo aducen que el divorcio es factor primordial de la disgregación familiar y de la descomposición social por ser la familia la célula social.

Los que defienden el divorcio exponen que no es el mismo el origen de la ruptura del matrimonio, sino solamente la expresión legal y final del fracaso conyugal cuyas causas suelen ser innúmeras y que, ante la real quiebra del matrimonio se convierte en indebida, injusta y hasta inmoral la persistencia del vínculo legal, pues impide, a los que no pueden divorciarse, intentar una nueva unión lícita que podría prosperar y ser la base de una nueva familia sólidamente constituida. Al divorcio se le ha llamado acertadamente, un mal menor o un mal necesario. Es un mal, porque es la manifestación del rompimiento de la unidad familiar, pero es un mal menor y por ello necesario porque evita la vinculación legal de por vida de los que ya están desvinculados de hecho.

El divorcio ha asumido formas y producido efectos diversos, dependiendo de cada cultura en particular; pero siempre ha estado presente en todos los órdenes jurídicos.

2.4.3 EFECTOS JURÍDICOS DEL DIVORCIO.

El divorcio genera consecuencias respecto de las personas de quienes se divorcian, de sus hijos y de sus bienes.

El efecto de su esencia, en los términos de la legislación actual, es la disolución del vínculo matrimonial y por ende, la posibilidad de los divorciados de contraer nuevo matrimonio.

Los efectos jurídicos se clasifican de la siguiente manera:

- 1)“EFECTOS PROVINCIONALES:

- a) Divorcio Voluntario Administrativo; en la tramitación del procedimiento administrativo, no se decreta medida alguna porque no hay un solo interés preservable; no se toma en cuenta cualquier situación de los cónyuges o de sus hijos, porque todo ello está ya resuelto; los cónyuges no tienen diferencias que dirimir; nada ha quedado pendiente; lo único es que cada uno tome su respectivo camino ya sin el vínculo matrimonial. El juez del Registro Civil no dicta resolución; su función es simplemente registrar esa disolución.
- b) Divorcio Voluntario Judicial; éste divorcio trae consigo una pluralidad de efectos durante su tramitación. Los cónyuges están obligados legalmente a tramitar este divorcio ante el Juez de lo Familiar, porque o uno de ellos o ambos son menores de edad, o uno debe alimentos al otro, o tienen hijos menores o incapacitados también acreedores, o no han resuelto lo relativo a sus bienes en sociedad conyugal, o en fin, por cualquiera de esas razones, no satisfacen la totalidad de requisitos impuestos en la ley. Todas esas condiciones, como efectos definitivos relacionados, deben quedar previstas y pactadas en un convenio; éste es celebrado por los cónyuges con referencia a la situación de los hijos menores o incapacitados, a la separación, al lugar donde vivir de los cónyuges y a los alimentos durante el procedimiento; de ahí la importancia especial del convenio en la tramitación que nos ocupa; su celebración y presentación, acompañado a la solicitud de divorcio voluntario, mientras éste se decreta, el Juez de lo Familiar autorizará la separación provisional de los cónyuges y dictará las medidas necesarias respecto a la pensión alimenticia provisional de los hijos y del cónyuge.
- c) Divorcio Necesario; en éste no hay convenio alguno, por el contrario, impera tal desarreglo y desconexión entre los cónyuges que precisamente por ello llegaron a que uno demande el divorcio al otro. No es el parecer común de los cónyuges lo prevaleciente para fijar las bases sobre las cuales se darán durante el procedimiento de divorcio las relaciones de la pareja, su situación personal, el desahogo de sus compromisos mutuos, para con sus hijos y respecto de sus bienes, sino que ahora prevalecerá la determinación judicial.

2) EFECTOS DEFINITIVOS:

a) Efectos definitivos Comunes;

- es la disolución del vínculo matrimonial,
- quienes se divorcian readquieren la posibilidad de contraer nuevo matrimonio,
- quien se divorcia adquiere el status de divorciado y así debe calificarse cuando corresponda; (se discute si el estado, en cuanto a estar o no casado, arroja simplemente los caracteres de “casado”, “soltero”, “viudo” o “divorciado” según si se está unido en matrimonio o no se ha contraído nunca),
- en cuanto al nombre de la mujer, ésta deberá abstenerse de seguir incluyendo en su nombre el apellido del marido,

- para dejar constancia en asiento registral civil del matrimonio disuelto y con ello la colectividad pueda imponerse, (en el artículo 291 dispone que “ejecutoriada una sentencia de divorcio, el Juez de lo Familiar, bajo su más estricta responsabilidad, remitirá copia que levante el acta de divorcio, haga la anotación correspondiente en la del matrimonio disuelto y además, para que publique un extracto de la resolución durante quince días en las tablas destinadas al efecto”),
- en cuanto a los alimentos que puedan generarse entre los cónyuges, éstos deben ser objeto de comentarios independientes según se trate de divorcio voluntario o de divorcio necesario, pues las consecuencias producidas por uno y otro son distintas.

b) Efectos definitivos del Divorcio Voluntario; como en el divorcio voluntario no hay, al menor formalmente, contención alguna entre los cónyuges, la presentación y el manejo legales de los efectos definitivos son en gran medida sin castigar a uno u otro con sanciones que repercuten en las relaciones personales con sus hijos ni en aspectos patrimoniales por responsabilidades creadas. El divorcio sea una realidad, es objeto de previsión, se refleja y es consecuencia de lo pactado en el convenio; y para dar inicio al procedimiento de este tipo de divorcio. En dicho convenio se fijan las bases para esa nueva vida en relación con la persona de los divorciantes, así como en relación con sus hijos y con sus bienes.

c) Efectos Definitivos generados por el Divorcio Necesario; la situación prevaleciente es considerablemente distinta. En este caso, deberá estarse a lo ordenado en la resolución judicial dictada con motivo del juicio seguido por un cónyuge en contra del otro y como la ley toma en cuenta un posible convenio entre los interesados.

3) RESPECTO DE LOS BIENES: El cónyuge culpable perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su cónyuge o por un tercero; el cónyuge inocente, por el contrario, conservará lo recibido y podrá reclamar lo que se le hubiere ofrecido. El Juez de lo Familiar acordará lo procedente respecto de la división de los bienes y tomará las precauciones conducentes para asegurar las obligaciones pendientes entre los cónyuges y de estos para con sus hijos”.⁴³

⁴³ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil, Familia, Ed. Porrúa, México, 2008, pp. 398 a la 412.

CAPITULO III MARCO JURÍDICO – LEGAL

3.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

En algunos artículos constitucionales hacen referencia a la gran preciada figura de la familia como por ejemplo:

En el artículo 3° fracción II, inciso c; obliga a que la educación contribuya a la integridad de la familia.

En el artículo 4° cuarto y quinto párrafo; dice que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia, así como que toda familia tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa.

En el artículo 16°; dispone que nadie puede ser molestado en su familia, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

En el artículo 107 fracción III inciso a; en los casos en los que se afecten el orden y la estabilidad de la familia.

En el artículo 123 contiene preceptos relacionados con la familia como por ejemplo:

- a) Al apartado A, fracción VI, determina que el salario mínimo debe ser suficiente para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia.
- b) La fracción XXIV, limita la responsabilidad de pago de una deuda contraída por un trabajador por sus patronos, asociados, familiares o dependientes, al propio trabajador, sin que se pueda hacer exigible a los miembros de la familia de éste.
- c) La fracción XXVIII, obliga a los legisladores ordinarios a determinar que bienes constituyen el patrimonio familiar.
- d) Al apartado B, fracción VIII, tratándose de trabajadores al servicio del estado, con base en el escalafón, da preferencia para ser ascendido a quien represente la única fuente de ingresos de su familia.

En el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es en donde se señala de forma más específica que las normas de nuestra legislación mexicana tienen el deber de proteger en todos los ámbitos esta figura tan importante en la sociedad que es la “familia”, por lo que a continuación lo señalo de forma concreta:

“El varón y la mujer son iguales ante la ley, **Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.**

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

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

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

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

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

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que se coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”.⁴⁴

Como podemos observar en éste artículo se encuentra todo un almacén de instituciones, en él aparecen derechos, individuales y grupales, libertades disfrazadas de derechos y obligaciones para el estado y los particulares.

Algunos autores consideran que este artículo no reúne los elementos o características necesarias para estar dentro de las garantías individuales, por lo que el Doctor en Derecho Arteaga Nava nos hace ver los defectos que tiene:

“más que normas en el sentido técnico, el precepto contiene declaraciones generales; éstas si bien son propias de una exposición de motivos, son ajenas a la función normativa que es propia de una constitución; ellas carecen de imperio. Contiene, en teoría, titulares de los supuestos

⁴⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Colección Jurídica Esfinge, 32° ed., Ed. Esfinge, México, 2010, pp. 11 y 12.

derechos y libertades que consigna, pero en sentido estricto no establece responsables de su cumplimiento o respeto. No existen vías para hacerlos efectivos. (...)

(...)

La redacción es incongruente, si en los párrafos 1 y 6 se había distinguido entre varón y mujer, los niños y las niñas, debió observarse la misma práctica en los restantes párrafos”.⁴⁵

Así mismo, el Doctor en Derecho Ignacio Burgoa nos dice; que la disposición constitucional señalada en el artículo cuarto es muy criticable por diversas razones las cuales mencionare a continuación:

“La declaración dogmática que contiene el artículo 4 constitucional en el sentido de que el varón y la mujer son iguales ante la ley, es contraria a la condición natural de las personas pertenecientes a ambos sexos, la igualdad legal absoluta entre ellas no puede jamás existir.

Por otra parte lo innecesario de dicha declaración también se deduce de la circunstancia de que tanto la mujer como el varón, en su carácter de gobernados, son titulares de las mismas garantías que consagra la constitución, destacándose entre ellas las de seguridad jurídica, como son las de audiencia y de legalidad, que imparten su tutela a todas las materias susceptibles de normarse por el Derecho.

La prescripción de que ‘Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos’ merece también algunos importantes comentarios. La decisión que comprende, se desempeña de común acuerdo entre el varón y la mujer; por ende, tal derecho no se despliega frente a ningún acto de autoridad (...)

(...) La constitución, en lo que atañe al régimen de garantías individuales que instituye no debe prescribir, como lo prescribe, lo que los gobernados pueden hacer, sino lo que las autoridades estatales no deben hacer o dejar de hacer en su detrimento. (...)

(...) Si se hubiese advertido la naturaleza jurídica de las garantías del gobernado el texto del segundo párrafo se habría concebido en los siguientes términos: *No se podrá impedir a nadie el derecho a decidir de*

⁴⁵ ARTEAGA NAVA, Elisur, Garantías Individuales, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Ed. Oxford, México, 2009, p. 85.

manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos. Esta redacción, en el supuesto no admitido de que los actos determinativos de dicho número y espaciamiento pudiesen ser materia legible, hubiese adecuado, al menos terminológicamente, el propósito de quienes alentaron el segundo párrafo del actual artículo 4 constitucional, dentro del contexto de las garantías individuales.

El tercer párrafo del multicitado artículo concebido en los siguientes términos:

‘Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas.’

Esta disposición consigna meras declaraciones cuya operatividad práctica depende de la legislación secundaria que establezca la manera de cumplir las obligaciones a favor de los menores a cargo de los padres y de las instituciones especializadas, así como las sanciones que se pueden imponer por su incumplimiento y por referirse a los derechos de los menores, sí justifica su rango constitucional como declaración dogmática de carácter social. La protección del menor ha sido la motivación y la teleología de varios ordenamientos secundarios en cuanto a su situación civil, penal, educacional y laboral, por lo que, para revestirla con mayor fuerza y respetabilidad, se elevó al rango mencionado. (...)

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

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

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

‘Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa’, previniendo que será la ley secundaria la que establezca los instrumentos o apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

El deber subjetivo que reclama tal declaración está subordinado, en cuanto a su goce y ejercicio, a las condiciones económicas y sociales que permitan su efectividad práctica, ya que sin ellas tal derecho se antoja

onérico o quimérico. A mayor abundamiento, la obligación correlativa a tal derecho estará a cargo del Estado o de las entidades para estatales que la legislación ordinaria determine, por lo que la declaración constitucional que comentamos no deja de ser un mero sano propósito para mejorar los niveles de vida de las grandes mayorías que integran la población mexicana. (...)”⁴⁶

Si bien es cierto en la segunda parte del primer párrafo que es donde nos empieza a hacer referencia a la familia; cabe mencionar que esta palabra nos lleva al contexto del derecho familiar y no solamente está representado por el matrimonio, sino que es mucho más extenso, ya que incluye también todos los actos del Registro Civil, obligaciones y derechos que nacen del matrimonio, del parentesco y los alimentos que surgen a raíz de la integración familiar, de la paternidad y filiación, del derecho de de la Patria Potestad, de situaciones especiales como la Tutela, la Emancipación y de la mayoría de edad, así como también, las reglas de la separación y divorcio que desintegran al núcleo familiar.

Es importante lo que nos menciona el Licenciado Avendaño López en una de sus obras en relación al tema:

“La familia, es el núcleo más pequeño que integra a la población, la que constituye la fuerza de la misma sociedad en general. En consecuencia. La gran importancia que reviste la protección en la organización y desarrollo de la familia.

La legislación que emerge en esta disposición, son los contextos del derecho civil, especialmente en los que atañe a las relaciones familiares, y una institución dedicada a la protección de la familia es el Sistema Nacional del Desarrollo Integral de la Familia”.⁴⁷

Un aspecto muy importante dentro de nuestra socialización es la familia y la forma en que nos relacionamos con ella. Desde que nacemos aprendemos a relacionarnos, primero con nuestros papás y posteriormente con los demás.

Todos los valores, hábitos y costumbres que adquirimos de niños nos ayudan a consolidar nuestra personalidad. La familia no es sólo la unión de dos personas, sino la conjunción de dos familias de quienes aprendemos de acuerdo a sus principios.

⁴⁶ BURGOA O., Ignacio, Las Garantías Individuales, 41° ed., Ed. Porrúa, México, 2009, pp. 274 - 277.

⁴⁷ AVENDAÑO LÓPEZ, Raúl Eduardo, Comentarios a las Garantías Individuales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1991, p. 51.

Miguel Carbonell nos dice respecto a la protección de la familia en relación a lo señalado en el artículo cuarto de la Constitución lo siguiente:

“El tema de la familia ha sido tradicionalmente estudiado por los especialistas en derecho civil, al haberse constitucionalizado su protección, el tema cambia radicalmente de perspectiva y requiere de un enfoque realizado desde el derecho público.

La familia es un concepto que, antes de ser jurídico, es sobre todo sociológico; por lo que Anthony Giddens explica que una ‘familia es un grupo de personas directamente ligadas por nexos de parentesco, cuyos miembros adultos asumen la responsabilidad del cuidado de los hijos’ (...)

La organización de la familia ha sufrido importantes variaciones en las últimas décadas. El aumento de los divorcios, la discriminación de la tasa de natalidad en los países más desarrollados, el crecimiento de las familias monoparentales, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, etcétera, han sido fenómenos que han contribuido al cambio de las pautas organizativas del núcleo familiar.

(...)

En la vida diaria es muy difícil saber quien es parte de una familia o incluso qué es una familia, sobre todo para el efecto de poder determinar que realidad debe ser tutelada por el derecho. Las fronteras familiares parecen estarse borrando y las definiciones devienen inciertas.

A ello ha contribuido, al avance médico, que hoy permite nuevas formas de reproducción que modifican nuestro tradicional concepto de parentesco; por un lado, las pruebas genéticas nos permiten contradecir la máxima que decía que pater Semper incertus, pero por otro se pueden dar casos en los que lo que no se puede definir con certeza es el concepto de madre, como ha ocurrido en algunos casos de madres subrogadas, entre otros.

Parecería que la familia está destinada a desaparecer en el futuro; los estudiosos de los procesos familiares, sin embargo, no lo crean así, si no que más bien anuncian una modificación profunda de las estructuras familiares que se dará a través de la introducción de familias extendidas, de familias alternativas, de arreglos para los que se han divorciado, vuelto a casar, vuelto a divorciar y así por el estilo, ya abundan las familias que implican la convivencia estable sin matrimonio (con o sin hijos), las

familias monoparentales, las familias integradas por personas del mismo sexo, familias que viven en varios hogares o incluso en varias ciudades, etc. Con toda posibilidad la familia tradicional acabará perdiendo el monopolio de las formas de organización familiar, dando lugar a esas nuevas formas que se acaban de mencionar”.⁴⁸

Es desagradable que siendo una figura importante para el desarrollo de la sociedad y que la realidad de nuestras familias se este viendo afectada por ideologías extrañas a nuestros orígenes; cabe mencionar que no toda la población tiene esa ideología hay parte de las familias que aprovecharon los factores económicos, tecnológicos, científicos y morales en los cuales nos hemos desarrollado y sí bien es cierto que otra parte abusa de estos factores para descomponer el conjunto de valores éticos y morales de la sociedad joven razón por lo que surgen nuevas modalidades de grupos de familias, por lo que es indispensable que nuestra legislación contenga una definición concreta que defina y de las características necesarias de este término jurídico para evitar que éste se salga de contexto. Por consiguiente es relevante lo que comenta tan distinguido autor Arteaga Nava en lo siguiente:

“Por virtud del principio general que se desprende del artículo 124 constitucional, legislar en esa materia corresponde a las legislaturas de los estados; lo confirma el último párrafo del artículo 27 del mismo ordenamiento; son las facultadas para determinar qué es familia, definirla, si ello fuera necesario, determinar por virtud de que vínculos se conforma, quienes la componen y sus modalidades, también lo pueden hacer la asamblea legislativa del Distrito Federal”.⁴⁹

3.2 CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En éste ordenamiento hay un capitulo único que nos habla de la familia de una forma muy pobre desde mi punto de vista ya nos faltan mucho elementos importantes para regular ésta figura pero analizaremos los artículos del mencionado capitulo.

⁴⁸ CARBONELL, Miguel, Los Derechos Fundamentales en México, 2° ed., Ed. Porrúa, México, 2006, pp. 236 - 238.

⁴⁹ ARTEAGA NAVA, Elisur, Garantías Individuales, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Ed. Oxford, México, 2009, p. 88

“Artículo 138 TER. Las **disposiciones** que se refieran a **la familia son de orden público e interés social** y tienen por **objeto proteger su organización y el desarrollo integral** de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.

Artículo 138 QUATER. Las **relaciones jurídicas familiares constituyen** el conjunto de **deberes, derechos y obligaciones** de las personas **integrantes de la familia**.

Artículo 138 QUINTUS. Las **relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen** entre las personas vinculadas **por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato**.

Artículo SEXTUS. Es **deber de los miembros de la familia** observar entre ellos **consideración, solidaridad y respeto recíprocos** en el desarrollo de **las relaciones familiares**”.⁵⁰

La vocación del derecho de familia es eminentemente civil, ya que fundamentalmente intenta resolver conflictos entre personas privadas, aun cuando exista una marcada intervención del Estado.

En el artículo 138 Ter del Código Civil para el Distrito Federal, nos dice que todas las disposiciones referentes a la familia son de orden público e interés social, considerando tal situación se fundamenta en los artículos 6° y 8° que nos hablan de esa característica de las normas de interés social, son derechos irrenunciables ya que pueden afectar a derechos de terceros y por consiguiente los actos que vayan en contra de la naturaleza de las leyes o normas de interés público serán nulos.

En la segunda parte del artículo 138 Ter ya antes mencionado, nos señala que las normas de orden familiar deben de tener como objetivo la protección de la organización y el buen desarrollo de la familia basándose en el respeto a su dignidad; por tanto desde la unión de la pareja (un hombre y una mujer) que desean contraer matrimonio es un requisito que ambos se procuren respeto, igualdad y ayuda mutua, así como también lo señala el artículo 162 de esa forma procreen hijos de manera libre, responsable e informada y de esto se genere una familia ideal.

Existe gran semejanza con el artículo 138 sextus ya que nos hace mención de cómo debe ser el comportamiento entre los miembros de la familia como es la consideración, la solidaridad y el respeto de forma recíproca entre todos los

individuos para que el desarrollo de este grupo sea pleno tanto en lo individual como en su conjunto.

En el artículo 168 del Código Civil nos confirma que los cónyuges tienen autoridad en el hogar de forma equilibrada y que deben resolver las situaciones de común acuerdo; en caso contrario, toda controversia se resolverá ante un juez de lo familiar.

Los artículos 138 quáter y quintus se relacionan ya que nos dice que las relaciones jurídicas familiares se conforman de los deberes, derechos y obligaciones que tienen los integrantes de la familia y por otro lado sólo los familiares que estén vinculados por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato son a quienes se les generan dichos derechos y obligaciones correspondientes.

3.3 JURISPRUDENCIA.

Es la doctrina emanada de las resoluciones de los tribunales, pero sólo constituye jurisprudencia cuando dicha doctrina se da en forma reiterada. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo, al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales de derecho.

Clemente de Diego nos dice en que la jurisprudencia se define como:

“El criterio de interpretación judicial de las normas jurídicas de un Estado, que prevalece en las resoluciones de un tribunal supremo o de varios tribunales superiores. Ahora bien por jurisprudencia no debe entenderse –cualquier aplicación del derecho aislada, sino a la repetida y constante, uniforme, coherente, por tal modo que revele un criterio o pauta general, un hábito y modo constante de aplicar las normas jurídicas”.⁵¹

1) Registro No. 175689

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXIII, Marzo de 2006

⁵⁰ Código Civil del Distrito Federal, Título cuarto Bis, De la Familia, Capítulo único, Ed. Isef,

⁵¹ DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, 31° ed., Ed. Porrúa, México, 2003, p. 341.

Página: 1941
Tesis: I.3o.C.536 C
Tesis Aislada
Materia(s): Civil

ALIMENTOS PROVISIONALES. CONSTITUYE UNA PROTECCIÓN URGENTE OTORGADA POR EL LEGISLADOR, A LOS INTEGRANTES DE LA FAMILIA, RESPECTO DE LA CUAL NO PROCEDE LA RESTITUCIÓN DE LOS PAGOS HECHOS POR ESTE CONCEPTO PUES NO SE ESTÁ ANTE UN ENRIQUECIMIENTO ILEGAL.

De una interpretación armónica y sistemática de los artículos 302 del Código Civil y 943 del Código de Procedimientos Civiles ambos para el Distrito Federal, se desprende que en las controversias del orden familiar, específicamente en tratándose de alimentos, la ley prevé el otorgamiento inmediato, como medida cautelar de éstos, con la sola presentación de la demanda y previa justificación del derecho de los demandantes, sin perjuicio de lo que se resuelva en la sentencia definitiva. Lo anterior obedece a que los alimentos son una prioridad de orden público, de naturaleza urgente e inaplazable, cuyo fin es el asegurar la subsistencia de quien los demanda mientras se dicta sentencia definitiva; así mismo se advierte que dichos alimentos deben ser proporcionados con la simple manifestación de quien estima debe recibirlos y ante la necesidad de los mismos, razones todas las anteriores que permiten concluir que la medida cautelar de los alimentos en forma provisional constituye una protección dada por el legislador a los integrantes de la familia a efecto de garantizar su supervivencia mientras se resuelve el juicio en el fondo, por lo que es posible estimar que quien los demanda lo hace en atención a dicha protección la que, como se dijo, será de carácter temporal, hasta que se demuestre lo contrario, provocando así que dicha obligación alimentaria nazca en el momento de su petición ante el Juez de instancia, por quien estime los necesita, independientemente si trabaje o no, o tenga alguna forma de supervivencia, porque como se dijo existe la obligación de proporcionar alimentos a quien se le demande, sin que ello resulte de una obligación preexistente o previamente estipulada, para así poder advertir algún enriquecimiento ilegal, figura jurídica que además de corresponder a las obligaciones de carácter civil, no rige para la materia familiar, como la de la especie, por las razones ya indicadas. Por lo que si el gobernado acude al juzgador, para que éste fije una pensión provisional en atención precisamente a que se presume que son necesarios para quien los solicita, provoca que resulte improcedente la restitución de los pagos hechos por este concepto porque no se actualiza enriquecimiento ilegal alguno.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 358/2005. 27 de octubre de 2005. Unanimidad de votos.
Ponente: Anastasio Martínez García. Secretaria: Juana de Jesús Ramos Liera.

2) Registro No. 166625

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXX, Agosto de 2009

Página: 1661

Tesis: I.10o.C.73 C

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

MENORES DE EDAD. EL DERECHO PARA CONOCER SU ORIGEN GENÉTICO CONSTITUYE UN BIEN JURÍDICO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMO CON MAYOR RELEVANCIA FRENTE A LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONCEPTO DE FAMILIA.

Si bien dentro de los bienes y valores supremos inalienables tutelados por nuestra Constitución Federal, se encuentra, por un lado, la protección de la organización y el desarrollo de la familia, pues así se establece en el primer párrafo del artículo 4o. de la Norma Suprema, al disponer que "el varón y la mujer son iguales ante la ley, y que ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia", lo cual es entendible por ser ésta el origen de la sociedad, y en lo posible el núcleo de sus integrantes debe permanecer unido procurando su estabilidad, cohesión y ser protegida hasta el límite posible. Sin embargo, la propia Carta Fundamental, dentro del mismo precepto, establece los derechos de los niños en una igual dimensión, pues sus párrafos 5o., 6o. y 7o., sucesivamente, disponen que "los niños y las niñas tienen derecho, entre otros, a que el Estado debe proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos"; ante lo cual, puede apreciarse que la Constitución establece una misma jerarquía normativa tanto para la protección de la familia, como de los niños. En este contexto, dentro de la ponderación de los valores enunciados, esto es, el balance o contrapeso de un derecho frente al otro, el derecho de los niños a conocer su verdadera identidad tiene mayor peso, pues la posibilidad de conocer con exactitud su origen genético les brinda certeza en cuanto a su verdadera ascendencia, lo cual redundará en un beneficio psicológico y emocional, pues al conocer quiénes son sus legítimos padres les despierta un sentimiento de confianza, apoyo moral y pertenencia hacia su verdadero núcleo familiar, al saberse protegidos y educados por quienes son sus auténticos progenitores. Esto finalmente resulta más provechoso para el menor por encima de la supuesta protección al grupo mediante la pretensión de forzar indebidamente la unidad de una familia, tratando de preservar el vínculo, aun a sabiendas de que entre sus integrantes puede existir uno o varios de ellos sobre quienes recae la sospecha de no existir un lazo filial real. Por tanto, acorde con la normatividad nacional e internacional que privilegia el interés superior de los menores, es inconcuso que la protección de los derechos de los niños merece una tutela mayor por ser la parte más débil dentro del concepto de la familia, y ser quienes pueden sufrir un mayor perjuicio dependiendo de la medida que se asuma; de ahí que cuando en un litigio

el juzgador se ve ante la necesidad de realizar un ejercicio de ponderación entre valores constitucionales iguales en categoría, o sea, escoger entre la protección del núcleo familiar, frente al derecho de los niños para conocer a plenitud su verdadera filiación, el primero debe ceder respecto del segundo.

DÉCIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 268/2009. 1o. de julio de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Pérez Grimaldi. Secretario: Ramón Hernández Cuevas.

3) Registro No. 164547

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXXI, Mayo de 2010

Página: 2061

Tesis: XIX.1o.9 C

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

PRUEBA PERICIAL PSICOLÓGICA A CARGO DE LOS MENORES HIJOS EN EL JUICIO DE GUARDA Y CUSTODIA Y PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO CONSTITUYE UN ACTO DE IMPOSIBLE REPARACIÓN Y, POR TANTO, EN SU CONTRA PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.

Conforme a la jurisprudencia sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: "PRUEBA TESTIMONIAL A CARGO DE LOS MENORES HIJOS EN EL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO DE SUS PADRES. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO CONSTITUYE UN ACTO DE IMPOSIBLE REPARACIÓN Y, POR TANTO, EN SU CONTRA PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.", publicada con el número 1a./J. 182/2005, en la página 478 del Tomo XXIII de enero de 2006 de la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, la admisión y orden de desahogo de la prueba testimonial a cargo de los menores sobre hechos materia de divorcio necesario de sus padres puede causar daños a la salud psicológica de aquéllos porque tendrán que declarar sobre cuestiones como violencia intrafamiliar, infidelidad, maltrato, amenazas, etcétera, por lo que una prueba de esta clase debe considerarse como un acto de imposible reparación para los efectos de la procedencia del juicio de amparo indirecto. Ese mismo criterio es aplicable tratándose de los casos en los que se admita el desahogo de la prueba pericial psicológica respecto de menores en juicios de guarda, custodia y pérdida de la patria potestad, a participar de la misma naturaleza que aquélla, pues se puede causar al menor un daño a su salud psicológica, la cual se encuentra protegida por el artículo 4o. de la Constitución

Política de los Estados Unidos Mexicanos y por la Convención sobre los Derechos del Niño, signada por el Estado mexicano y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991, cuya protección es obligación del Estado en todos los actos que realice respecto de los menores, esto es así, merced a que es posible que los menores sean sometidos por los peritos en psicología a un interrogatorio sobre cuestiones como violencia intrafamiliar, maltrato, amenazas, etcétera; por lo que el posible perjuicio sufrido al desahogar la prueba de mérito no podría desaparecer ni restituirseles.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO.

Amparo en revisión 31/2010. 11 de marzo de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Octavio García Ramos. Secretario: Arturo Ortega Garza.

Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis 115/2010, en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

4) Registro No. 167711

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXIX, Marzo de 2009

Página: 2757

Tesis: I.7o.C.123 C

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES, CONDICIONES DEL LUGAR DONDE SE EJERZA.

Al decretar la guarda y custodia de menores a favor de alguno de los divorciantes, desvinculada de la patria potestad en razón del interés superior del menor o por convenio, el juzgador deberá contar con los elementos que le permitan advertir que el lugar donde se ejerza sea lo más favorable posible para el mejor desarrollo de los derechos y obligaciones de cuidado, corrección, formación física y espiritual de los menores, debiendo procurar que se ejerza en un lugar donde la persona a quien se decretó goce de las atribuciones, respeto y autoridad para llevar a cabo las acciones orientadas a lograr mejor esos fines. En cambio, si de actuaciones no se advierten esos elementos, la autoridad judicial, en ejercicio de sus facultades para intervenir en asuntos familiares, deberá recabar las pruebas que estime pertinentes para la mejor solución del asunto con audiencia de las partes.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 347/2008. 28 de enero de 2009. Mayoría de votos. Disidente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Benjamín Garcilazo Ruiz.

5) Registro No. 169368

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXVIII, Julio de 2008

Página: 1675

Tesis: I.7o.C.109 C

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

ARRESTO DICTADO EN JUICIO DEL ORDEN FAMILIAR EN CONTRA DEL PROGENITOR QUE TIENE LA GUARDA Y CUSTODIA, ANTES DE SU IMPOSICIÓN DEBEN TOMARSE LAS MEDIDAS PERTINENTES PARA LA PROTECCIÓN DE SUS MENORES HIJOS A FIN DE NO PONER EN RIESGO SU INTEGRIDAD, SEGURIDAD Y SALUD.

La medida de apremio consistente en la imposición del arresto hasta por treinta y seis horas, constituye un medio idóneo y eficaz para conminar al progenitor que tiene la guarda y custodia de sus menores hijos, a que cumpla con el régimen de visitas y convivencias fijado en juicio; sin embargo, previamente a hacer efectiva la medida de arresto, en aras de salvaguardar el interés superior de los menores, el Juez debe tomar las providencias necesarias para que otra persona se haga cargo de ellos, pudiendo ser los abuelos o bien prever su resguardo en una institución social, puesto que durante el tiempo en que el progenitor contumaz permanezca privado de su libertad se encuentra impedido para desempeñar la guarda y custodia, poniendo en riesgo la integridad, seguridad y salud de los menores.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 124/2008. 22 de mayo de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Secretaria: Rosa María Morales Gasca.

6) Registro No. 170514

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXVII, Enero de 2008

Página: 2785

Tesis: I.14o.C.51 C

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES. PARA LA MODIFICACIÓN DE LA SENTENCIA RELATIVA EL JUZGADOR DEBE EXIGIR Y TENER EN CUENTA NO SÓLO LA DEMOSTRACIÓN PLENA DE LAS CIRCUNSTANCIAS FUNDAMENTALES QUE SUSTENTARON LO DECIDIDO EN LA RESOLUCIÓN FIRME, SINO TAMBIÉN QUE ELLO REDUNDE EN EL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS, DE MANERA QUE QUIEN LA EJERZA CONCRETE UN BENEFICIO REAL Y EFECTIVO QUE INCIDA EN SU DESARROLLO Y EJERCICIO PLENO.

En la pretensión del cambio de la guarda y custodia de un menor decretada previamente en una sentencia definitiva, basada en que existe una modificación de las circunstancias en que aquélla se resolvió, el juzgador debe exigir no sólo la demostración plena de las circunstancias fundamentales que sustentaron lo decidido en la sentencia firme preexistente, sino también que ese cambio esencial redunde en el interés superior del menor, de manera que el cambio de guarda y custodia, en lo relativo a la persona que en lo sucesivo la ejerza, concrete un beneficio real y efectivo que incida en el desarrollo y ejercicio pleno de los derechos del menor, considerando que la responsabilidad de los padres en el cumplimiento de sus deberes hacia sus hijos, comprende no sólo el apoyo económico, sino también la formación espiritual, emocional y social que propicie el desarrollo armónico e integral del menor, lo que puede lograrse si el medio ambiente en el que se desenvuelva es benéfico para éste.

DÉCIMO CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 226/2007. 28 de septiembre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Alejandro Sánchez López. Secretaria: Rocío Hernández Santamaría.

7) Registro No. 170513

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXVII, Enero de 2008
Página: 2786
Tesis: I.14o.C.52 C
Tesis Aislada
Materia(s): Civil

GUARDA Y CUSTODIA. EN LA MODIFICACIÓN DE UNA SENTENCIA FIRME DE ESA NATURALEZA, EL JUEZ DEBE ESTABLECER TODAS LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA GARANTIZAR LA EFICACIA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, AUNQUE LA AFECTACIÓN SEA PROBABLE.

En la modificación de una sentencia firme de guarda y custodia de un menor de edad, por cambio en las circunstancias en que se decretó, el Juez debe garantizar la eficacia de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, de modo que debe establecer todas las medidas necesarias para alcanzar ese propósito, que permitan despejar cualquier peligro potencial en la transgresión de los derechos esenciales de los menores, como lo son su integridad y libertad, así como evitar el maltrato y abuso sexual, aunque la afectación que pudieran sufrir sólo sea probable.

DÉCIMO CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 226/2007. 28 de septiembre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Alejandro Sánchez López. Secretaria: Rocío Hernández Santamaría.

- 8) Registro No. 173068
Localización:
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXV, Marzo de 2007
Página: 1655
Tesis: XI.2o.146 C
Tesis Aislada
Materia(s): Civil

CONTROVERSIAS FAMILIARES SOBRE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES O INCAPACES. LES SON APLICABLES LAS MEDIDAS PROVISIONALES QUE DICTA EL JUEZ EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN).

El artículo 241 del Código Civil del Estado regula las medidas provisionales que puede dictar el Juez una vez que se presenta la demanda de divorcio, que tendrán

vigencia mientras dure el juicio. Ahora bien, tratándose de los juicios sobre guarda y custodia de menores o incapaces, debe hacerse extensiva la adecuación y aplicación de aquella disposición, por actualizarse idénticas situaciones jurídicas y materiales derivadas de la separación de los ascendientes, que si bien como objetivo principal obliga a establecer la guarda del menor a favor de uno de ellos, en forma complementaria conlleva la necesidad de precisar las circunstancias en torno a las cuales el diverso ascendiente habrá de convivir con los hijos y cumplir las obligaciones derivadas de la patria potestad que sobre ellos mantiene. No considerarlo así, provocaría inseguridad jurídica al menor, dada la indeterminación de su paradero y en cuál de los padres debe recaer dicha obligación de cuidado, si ambos siguen ejerciendo la patria potestad y pueden exigir fundadamente su guarda y custodia.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

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

9) Registro No. 173762

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXIV, Diciembre de 2006

Página: 1343

Tesis: II.3o.C.70 C

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

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

La Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la cual México es parte, establece en su sexto principio que para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad del niño se requiere darle amor y comprensión, por ello, siempre que sea posible, el infante debe crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y sólo por causas excepcionales un niño de corta edad puede ser separado de su madre, por ser quien tiene la presunción de ser la persona más apta para procurar el cariño, la comprensión, el cuidado y las atenciones necesarios para el menor. Ahora bien, el hecho de que pericialmente se haya determinado que la madre debe someterse a

tratamiento psicológico, para estar en mejores condiciones para hacerse cargo del niño, ya que se encuentra afectada emocionalmente por el proceso de separación que enfrenta con el padre del infante, no es motivo para considerar que aquella no sea apta para el cuidado del menor, sobre todo si no hay prueba de que la progenitora presente problemas relacionados con la psiquiatría o la psicología, en forma grave, que le impidan hacerse cargo de su hijo.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

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

10)Registro No. 176311

Localización:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXIII, Enero de 2006

Página: 724

Tesis: 1a. CLXXII/2005

Tesis Aislada

Materia(s): Constitucional, Civil

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

Si bien es cierto que conforme al artículo 4.1 del Código Civil del Estado de México, la familia tiene su base y fundamento legal en el matrimonio que le da estabilidad, ya que establece que es una institución de carácter público e interés social, por medio del cual un hombre y una mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia, y el artículo 4.16 de dicho código impone a los consortes la obligación de contribuir a los fines del matrimonio, esto es, a compartir el estado de vida que hayan adoptado; también lo es que la causal de divorcio prevista en el artículo 4.90, fracción XIX, de la aludida legislación, consistente en la separación de hecho de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que la haya originado, está referida exclusivamente a su separación personal, a la desunión, ausencia o falta de convivencia entre ellos, a la interrupción personal de su vida conyugal, así como a la falta de cohabitación de los esposos y de vida en común prolongada en exceso de ese periodo, justificada o injustificadamente. En ese tenor, se concluye que la figura jurídica del divorcio no es el origen del rompimiento del matrimonio ni la causa del deterioro de la familia, sino la

expresión legal y final de una ruptura de hecho preexistente, así como la manifestación jurídica de una situación conyugal irregular, que permite a los cónyuges afectados intentar una diversa unión lícita que pudiera prosperar y ser la base de una nueva familia sólidamente constituida; de ahí que la aludida hipótesis de divorcio no vulnera el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Amparo directo en revisión 1840/2004. 9 de febrero de 2005. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Manuel González Díaz.

3.4 LEY PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.

Ésta ley se fundamenta en el párrafo sexto del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sus disposiciones son de orden público, interés social y de observancia general en toda la República Mexicana y tiene por objeto garantizar a niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

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

En éste ordenamiento, se menciona en uno de sus capítulos el derecho a vivir en familia; por lo que es interesante analizar el contenido de los siguientes artículos:

“Artículo 23. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en familia. La falta de recursos no podrá considerarse motivo suficiente para separarlos de sus padres o de los familiares con los que convivan, ni causa de la pérdida de la patria potestad.

El Estado velará porque sólo sean separados de sus padres y de sus madres mediante sentencia u orden preventiva judicial que declare legalmente la separación y de conformidad con causas previamente dispuestas en las leyes, así como de procedimientos en los que se garantice el derecho de audiencia de todas las partes involucradas incluidas niñas, niños y adolescentes. Las leyes establecerán lo necesario, a fin de asegurar que no se juzguen como exposición ni estado de abandono, los casos de padres y madres que, por extrema pobreza o porque tengan necesidad de ganarse el sustento lejos de su lugar de residencia, tengan dificultades para atenderlos permanentemente, siempre

que los mantengan al cuidado de otras personas, los traten sin violencia y provean a su subsistencia.

Se establecerán programas de apoyo a las familias para que esa falta de recursos no sea causa de separación.

Artículo 24. Las autoridades establecerán las normas y los mecanismos necesarios a fin de que, siempre que una niña, un niño, una o un adolescente se vean privados de su familia de origen, se procure su reencuentro con ella. Asimismo, se tendrá como prioritaria la necesidad de que niñas, niños y adolescentes, cuyos padres estén separados tengan derecho a convivir o mantener relaciones personales y trato directo con ambos, salvo que de conformidad con la ley, la autoridad determine que ello es contrario al interés superior del niño.

Artículo 25. Cuando una niña, un niño, un o una adolescente se vean privados de su familia, tendrán derecho a recibir la protección del Estado, quien se encargará de procurarles una familia sustituta y mientras se encuentre bajo la tutela de éste, se les brinden los cuidados especiales que requieran por su situación de desamparo familiar.

Las normas establecerán las disposiciones necesarias para que se logre que quienes lo requieran, ejerzan plenamente el derecho a que se refiere este capítulo, mediante:

- A. La adopción, preferentemente la adopción plena.
- B. La participación de familias sustitutas y
- C. A falta de las anteriores, se recurrirá a las Instituciones de asistencia pública o privada o se crearán centros asistenciales para este fin.

Artículo 26. Las autoridades federales, del Distrito Federal, estatales y municipales en el ámbito de sus atribuciones, velarán porque en las adopciones se respeten las normas que las rijan, las cuales serán diseñadas a fin de que niñas, niños, y adolescentes sean adoptados en pleno respeto de sus derechos y contendrán disposiciones tendientes a que:

- A. Se escuche y tome en cuenta en los términos de la ley aplicable su opinión.
- B. Se asesore jurídicamente, tanto a quienes consientan en la adopción, como a quienes la acepten, a fin de que conozcan las consecuencias del hecho.
- C. La adopción no dé lugar a beneficios económicos indebidos para quienes participen en ella.

Artículo 27. Tratándose de adopción internacional, las normas internas deben disponer lo necesario para asegurar que niñas, niños y adolescentes sean adoptados por nacionales de países en donde existan reglas jurídicas de adopción y de tutela de sus derechos cuando menos equivalentes a las mexicanas”.⁵²

Como podemos darnos cuenta la familia es un grupo importante para el desarrollo integral de un ser humano y con mayor razón en la vida de las niñas, niños y adolescentes, ya que en éste núcleo se presentan una gran diversidad de emociones, valores, conductas de libertad o restricción; que nos permiten aprender y crecer como personas, con decisiones y criterios firmes para enfrentar las adversidades que se presentan en la sociedad.

3.5 LEY DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y NIÑOS EN EL DISTRITO FEDERAL.

La presente Ley es de orden público, interés social y de observancia general en el Distrito Federal. Los beneficios que se deriven de esta Ley, serán aplicables a todas las niñas y niños que se encuentren en el Distrito Federal.

En seguida veremos el objetivo de creación de éste ordenamiento jurídico en relación al núcleo familiar, así como en que figuras se encuentra involucrada esta institución:

“Artículo 2.- La presente Ley tiene por objeto:

- I. ...
- II. ...
- III. Fijar los lineamientos y establecer las bases para la instrumentación y evaluación de las políticas públicas y de las acciones de defensa y representación jurídica, asistencia, provisión, prevención, protección y participación para la promoción y vigencia de los **derechos de las niñas y niños a fin de:**
 - a) ...;
 - b) ...;
 - c) Promover la cultura de respeto hacia las niñas y niños en el **ámbito familiar**, comunitario y social, así como en el público y privado;
 - d) ...

⁵² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Colección Jurídica Esfinge, 32° ed., Ed. Esfinge, México, 2010, pp. 244 y 245.

Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley, se entiende por:

- I. ...
- II. Acciones de Participación: Aquéllas que deben realizarse por los órganos locales de gobierno, **familia** y sociedad a fin de que las niñas y niños estén informados, se formen una opinión propia, que la expresen y puedan participar y organizarse en torno a sus intereses;
- III. Acciones de Prevención: Aquéllas que deben realizarse por los órganos locales de gobierno, **familia** y sociedad a fin de evitar el deterioro de las condiciones de vida de las niñas y niños, así como las situaciones que pongan en riesgo su supervivencia y desarrollo;
- IV. Acciones de Protección: Aquéllas que deben realizarse por los órganos locales de gobierno, **familia** y sociedad a fin de proporcionar bienes o servicios a las niñas y niños que se encuentran en condiciones de desventaja social, o cuyas condiciones de vida estén deterioradas, a efecto de restituirlas y protegerlas;
- V. ...
- VI. ...
- VII. ...
- VIII. ...
- IX. ...
- X. Atención y Protección Integral Especial: Al conjunto de acciones compensatorias y restitutivas que deben realizar los órganos locales de gobierno, **familia** y sociedad a favor de las niñas y niños que se encuentran en condiciones de desventaja social, y que tienen por objeto garantizar el ejercicio de sus derechos, satisfacer sus necesidades básicas y propiciar su desarrollo biopsicosocial;
- XI. ...
- XII. ...
- XIII. Hogar Provisional.- El **núcleo familiar** que proporciona alojamiento temporal, cuidados y atenciones a una niña o niño en situación de desamparo con el objeto de brindarle un ambiente propicio para su atención integral;
- XIV. ...
- XV. ...
- XVI. ...
- XVII. ...
- XVIII. ...
- XIX. Niñas y niños que se encuentran o viven en circunstancias de desventaja social: Aquellos que dentro o fuera del **ámbito familiar**, y en especial por causas de pobreza o miseria, están temporal o permanentemente sujetos a:
 - a) ...
 - b) ...
 - c) **Desintegración familiar;**
 - d) ...

- e) ...
- f) ...
- g) ...
- h) ...
- XX. ...

Artículo 4.- Son principios rectores en la observancia, interpretación y aplicación de esta Ley, los siguientes:

- I. ...
- II. La Corresponsabilidad o Concurrencia, que asegura la participación y **responsabilidad de la familia**, órganos locales de gobierno y sociedad en la atención de las niñas y niños;
- III. ...
- IV. El de **la familia** como espacio preferente para el desarrollo de las niñas y niños;
- V. ...
- VI. ...
- VII. ...

Artículo 5.- De manera enunciativa, más no limitativa, conforme a la presente Ley las niñas y niños en el Distrito Federal tienen los siguientes derechos:

A) A la Vida, Integridad y Dignidad:

- I. A la vida, con calidad, siendo obligación del padre y la madre, de la **familia**, de los Órganos Locales de Gobierno del Distrito Federal y de la sociedad, garantizar a las niñas y niños, su sobrevivencia y su desarrollo, así como el acceso a los medios y mecanismos necesarios para ello;
- II. ...
- III. ...
- IV. ...
- V. A ser protegidos contra toda forma de explotación;
- VI. A recibir protección por parte de sus **progenitores, familiares**, órganos locales de gobierno y sociedad; y
- VII. ...

B) A la identidad, Certeza Jurídica y **Familia**:

- I. ...
- II. ...
- III. ...
- IV. A vivir y crecer en el seno de una **familia**, conocer a 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;
- V. ...
- VI. ...
- VII. ...

VIII. A recibir el apoyo de los órganos locales de gobierno, en lo relativo al ejercicio y respeto de sus derechos a través de las instituciones creadas para tal efecto como son: **Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en el Distrito Federal**, del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, de las Procuradurías competentes y de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

C) A la Salud y Alimentación:

- I. ...
- II. ...
- III. ...
- IV. ...
- V. ...

D) A la Educación, recreación, información y participación:

I. A expresar su opinión libremente, conocer sus derechos y a ser escuchados en el **ámbito familiar** y comunitario, así como en todo procedimiento administrativo o judicial, que afecte sus esferas personal, familiar y social;

- II. ...
- III. ...
- IV. ...
- V. ...
- VI. ...

E) A la Asistencia Social:

- I. ...”⁵³

Como bien se sabe y lo estamos observando, la familia es un grupo muy vulnerable en la sociedad por lo que se requiere que existan normas que la protejan de situaciones que atenten contra la vida, la violencia, el abandono y otras situaciones más; pero en especial a las niñas o niños que son seres humanos indefensos que requieren de cuidados y mayor protección tanto de sus familiares como de las autoridades, brindando oportunidades para su mejor desarrollo y garantizando el cumplimiento de sus derechos; teniendo como objetivo que no se de la desintegración familiar si esta en posibilidades de rescatarse por su puesto, ya que hay casos que es mas viable que el infante se separe de la familia porque es donde más daño esta recibiendo sin embargo cabe mencionar que la asistencia de estos menores debe ser especial para que no caigan en situaciones de delincuencia o drogadicción como llega a suceder en la actualidad ya que ésta ciudad no se escapa de esta problemática.

⁵³ <http://www.asambleadf.gob.mx/>

3.6 LEY DE ASISTENCIA Y PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA FAMILIAR.

Las características de ésta ley son de orden público e interés social, y tienen por objeto establecer las bases y procedimientos de asistencia para la prevención de la violencia familiar en el Distrito Federal.

En seguida enunciamos un par de artículos en donde se señala la forma de atención que brindan las instituciones especiales para la ayuda en este tipo de conductas violentas o agresivas para la familia o alguno de sus miembros.

“**Artículo 9.-** La atención especializada que es proporcionada en materia de **violencia familiar** por cualquier institución, ya sea privada o perteneciente a la Administración Pública del Distrito Federal, será tendiente a la protección de los receptores de tal violencia, así como a la reeducación respecto a quien la provoque en la **familia**.”

Del mismo modo, estará libre de prejuicios de género, raza, condición socioeconómica, religión o credo, nacionalidad o de cualquier otro tipo, y no contará entre sus criterios con patrones estereotipados de comportamiento o prácticas sociales y culturales, basadas en conceptos de inferioridad o de subordinación.

Artículo 10.- La atención a quienes incurran en actos de **violencia familiar**, se basará en modelos psicoterapéuticos reeducativos tendientes a disminuir y, de ser posible, de erradicar las conductas de violencia que hayan sido empleadas y evaluadas con anterioridad a su aplicación.

Se podrá hacer extensiva la atención en instituciones públicas a quienes cuenten con ejecutoria relacionada con eventos de **violencia familiar**, a solicitud de la autoridad jurisdiccional de acuerdo con las facultades que tiene conferidas el juez penal o familiar; o bien, a solicitud del propio interesado”.⁵⁴

Esta legislación es para coadyuvar con otras normas a la protección de todos y cada uno de los miembros de la familia que se encuentren afectados por algún tipo de violencia o maltrato que se presente en éste grupo familiar.

De ese modo cubriendo varios ángulos o factores nos permiten cuidar y garantizar el pleno desarrollo integral de cada uno de los integrantes de la misma, esperando que estas normas sean de gran ayuda a las autoridades para la aplicación de las mismas, tomando en cuenta que estas son las armas para defender nuestros derechos es importante aprender a utilizarlas.

⁵⁴ idem

Para resolver esta problemática de agresión en este grupo primario, es importante mencionar que hay varias instituciones colaborando a la mejor convivencia entre los miembros de una familia ya sea previniendo una situación muy grave o solucionando alguna acción ya realizada en contra de alguno de ellos; los que participan dentro de este consejo son: La Secretaría de Gobierno del Distrito Federal, la Secretaría de Educación, Salud y Desarrollo Social, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, la Secretaría de Seguridad Pública, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, tres Diputados de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y tres representantes de las organizaciones sociales que se hayan destacado por su trabajo y estudio en la materia, invitados por el Jefe de Gobierno; como podemos ver es un equipo totalmente preparado para lograr un trabajo exitoso. Todo esto se realiza para el bienestar de todas las familias de México.

3.7 DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Los niños en general, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal tanto antes como después del nacimiento y que la necesidad de esa protección especial ya ha sido reconocida en diversas declaraciones como lo es la declaración universal de los derechos humanos, esto gracias a que la humanidad ha reconocido que el niño es lo más valioso que tiene y que por lo mismo debe hacer hasta lo imposible para darle lo mejor que pueda.

Se proclama la presente declaración de los derechos del niño a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian, e insta a los padres, a los hombre y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas.

Se reconocen diez artículos en donde se señala de forma muy concreta y especifica los derechos que tienen los niños a recibir, disfrutar o gozar para que tengan el mejor desarrollo tanto físicamente como mentalmente y de esa manera su desenvolvimiento en el grupo familiar y en la sociedad sea exitoso.

“En México el artículo 4º, de nuestra Constitución Política, menciona que es deber de los padre preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental.

Por lo que con el fin de que tal disposición se lleve a cabo sobre todo en aquellos sectores de la población más necesitados, el Gobierno de la República creó en el año de 1961 el Instituto Nacional de Protección a la Infancia (INPI), posteriormente en el año de 1977 creó el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), cuya finalidad es

la de apoyar el desarrollo de la niñez a través de programas, como el de apoyo nutricional que consiste en otorgar desayunos escolares, orientación nutricional, creación de guarderías, etc.

(...)

Después de varias modificaciones que se presentaron en la declaración de los niños finalmente la última modificación fue aprobada por la O.N.U. en el año de 1959 como se señala a continuación:

(...) Finalmente el 20 de Noviembre en 1959 la O.N.U., aprobó y proclamó la Declaración de los Derechos de los Niños, a continuación los diez principios fundamentales de la misma.

“Artículo 1°.

El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su **familia**.

Artículo 2°.

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

Artículo 3°.

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

Artículo 4°.

El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal.

El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

Artículo 5°.

El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.

Artículo 6°.

El niño, para el pleno desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión.

Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus **padres** y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños **sin familia** o que carezcan de medios adecuados de subsistencia.

Para el mantenimiento de los hijos de **familias** numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

Artículo 7°.

El niño tiene derecho a recibir educación que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación 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 de la sociedad.

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus **padres**.

El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

Artículo 8°.

El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

Artículo 9°.

El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación.

No será objeto de ningún tipo de trata. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

Artículo 10°.

El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa, o de cualquiera otra 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 semejantes. (...)

También se mencionan una serie de deberes que deben observar y obedecer los niños, los cuales se mencionan en seguida:

(...) Deberes

1. DEBER a respetar otras razas, credos o nacionalidades.
2. DEBER de autoprotegerse, física, mental y socialmente.
3. DEBER hacia el respeto del nombre y la nacionalidad.
4. DEBER a no desperdiciar los alimentos, cuidar la vivienda y aceptar los medicamentos.
5. DEBER a demostrar una férrea voluntad para luchar contra la adversidad.
6. DEBER de comprensión para los padres y la sociedad.
7. DEBER de estudiar con ahínco y a cuidar los juegos comunitarios.
8. DEBER de obedecer y respetar las indicaciones de los mayores.
9. DEBER de no abandonar nunca el hogar.
10. DEBER de ser solidario, comprensivo, amistoso, y justo con los demás”.⁵⁵

⁵⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Colección Jurídica Esfinge, 32° ed., Ed. Esfinge, México, 2010, pp. 233 - 235.

Como podemos ver los niños son seres indefensos, por lo que el deber de los padres o tutores es protegerlos y brindarles el mejor de los cuidados, pero así como existen derechos hay deberes para estos pequeños los cuales nos ayudan a que tengan una formación disciplinaria correcta con el fin de que sea un ser humano ejemplar.

CAPITULO IV.

PROPUESTAS DE REFORMA PARA REGULAR LA FIGURA DE LA FAMILIA EN EL ARTÍCULO 138 SEXTUS Y ADICIONAR EL ARTÍCULO 139 DENTRO DEL CAPÍTULO ÚNICO DE FAMILIA PARA REGULAR LA FIGURA DE GUARDA Y CUSTODIA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Para dar inicio a la primer propuesta y al presente capítulo, es importante tener claro el término de familia, ya que en el Código Civil del Distrito Federal, sólo nos mencionan los vínculos jurídicos o relaciones jurídicas entre familiares en su Título Cuarto Bis, De la Familia, Capítulo Único, artículos 138 Ter, 138 Quáter, 138 Quintus y 138 Sextus; por lo que consideramos oportuno hacer un recuento de lo que es la familia desde diversos enfoques para llegar a una conclusión, a saber:

“Concepto Biológico:

Este enfoque nos coloca frente a un concepto de familia en el que se sostiene que ella se forma por la unión sexual de la pareja compuesta por un hombre y una mujer a través de la procreación, generando lazos de sangre; por lo tanto, deberá entenderse como el grupo constituido por la pareja primitiva y sus descendientes, sin limitación alguna”.⁵⁶

“Concepto Sociológico:

Este enfoque se refiere a la forma como se organizan los conglomerados humanos para sobrevivir, entre ellos el familiar, lo que coloca frente a un concepto cambiante en el tiempo y en el espacio, pues desde esta perspectiva la familia no es una agrupación inmutable, sino un conjunto de individuos que se han organizado de diferentes maneras durante distintas épocas y lugares”.⁵⁷

“Concepto Jurídico:

El tercer enfoque, nos sitúa ante un concepto que no siempre ha reflejado el modelo biológico ni el sociológico, aunque se funda en ambos. Con el concepto jurídico se atiende a las relaciones derivadas de la unión de los sexos por vía del matrimonio o el concubinato y la procreación, conocidas

⁵⁶ BUENROSTRO BAEZ, Rosalía, Derecho de Familia, Colección Textos Jurídicos Universitarios Ed. Oxford, México, 2008, p. 5.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 5 y 6.

como parentesco, así como a las provenientes de las formas de constitución y de organización del grupo familiar, a las que la ley reconoce ciertos efectos: deberes, derechos y obligaciones entre sus miembros, hasta cierto límite”.⁵⁸

Si bien es cierto desde el punto de vista conservador en cuanto a la familia nos estamos refiriendo a aquella que se forma a partir de una pareja de un hombre y una mujer con su respectiva descendencia y/o ascendencia. En este término es delicado que empecemos a tratar de acomodar los movimientos sociales o modas en este tipo de conceptos tan relevante.

Ya que desde el nacimiento de un menor de edad éste requiere de sus padres para subsistir y hacer valer sus derechos a través de ésta figura que es la familia; lo cual origina derechos y obligaciones entre los miembros que la integran.

Por tal motivo consideramos que es conveniente reformar el artículo 138 Sextus del Código Civil del Distrito Federal, el cual se encuentra redactado de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 138 SEXTUS. Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíproco en el desarrollo de las relaciones familiares”.⁵⁹

Nos gustaría adecuar en éste artículo el concepto de familia ya que es muy importante tener bien definido éste vocablo para que de esa manera sea utilizado correctamente en todos los asuntos de orden familiar.

Podemos definir a la **Familia** como **la Institución Jurídica que une a sus integrantes por vínculos de parentesco, y que tiene como objetivo el desarrollo integral de sus miembros, observando el deber de la consideración, solidaridad y el respeto recíproco entre ellos.**

En seguida desglosaremos las características de la definición que se menciona en el párrafo anterior a fin de motivar nuestro criterio.

Es una Institución Jurídica: Porque es un núcleo o figura que se encuentra delimitada por un conjunto de normas que regulan el modo en que han de ser utilizadas las respectivas relaciones, y por lo general es un grupo dotado de organización interna, de modo que la actividad de todos sus miembros se realiza

⁵⁸ Ibídem, pp. 6 y 7.

⁵⁹ CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL, Título cuarto Bis, De la Familia, Capítulo único, Ed. Isef,

según el orden exigido por una idea directriz que es la que los une y pretende instruir, educar o enseñar.

La unión de sus integrantes se dan por vínculos de parentesco: Porque son parientes sólo aquellos reconocidos por la ley de conformidad con el artículo 292 del Código Civil del Distrito Federal son los de consanguinidad, Afinidad y Civil.

El parentesco por consanguinidad (art. 393 C.C.), es aquel vínculo entre personas que descienden de un tronco común. También se da entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos. Y en el caso de la adopción se equipara al parentesco por consanguinidad aquel que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquel.

El parentesco por afinidad (art. 294 C.C.), es el que se adquiere por el matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos.

El parentesco Civil (art. 295 C.C.), es aquel que nace de la adopción de acuerdo a lo señalado en el artículo 410-D del mismo ordenamiento.

Teniendo como objetivo principal el Desarrollo Integral: Porque se pretende lograr el desarrollo de las capacidades, aptitudes y conocimientos de todos los miembros de la familia pero principalmente de los hijos; es una tarea que exige el esfuerzo y compromiso de los padres de familia, quienes en su labor cotidiana, además de transmitir un saber disciplinario, apoyan y brindan a los hijos lo mejor con el fin de que el desempeño sea exitoso en cada uno de sus roles como estudiante, como persona y como hijo.

Observando el deber de la consideración, solidaridad y respeto recíprocos entre ellos: La consideración es tener en cuenta y/o dar la debida importancia a los miembros de nuestra familia; la solidaridad es la colaboración mutua en la personas, en este caso es con el núcleo familiar, como aquel sentimiento que mantiene a las personas unidas en todo momento, sobre todo cuando se viven experiencias difíciles de las que no resulta fácil salir; y el respeto consiste en el reconocimiento de los intereses y sentimientos del otro en una relación. Aunque el término se usa comúnmente en el ámbito de las relaciones interpersonales, también aplica a las relaciones entre grupos de personas. No es simplemente la consideración o deferencia, sino que implica un verdadero interés no egoísta por el otro más allá de las obligaciones explícitas que puedan existir.

PROPUESTA DE ADICIONAR EL ARTÍCULO 139 DENTRO DEL CAPÍTULO ÚNICO DE FAMILIA PARA REGULAR LA FIGURA DE GUARDA Y CUSTODIA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Ahora bien, una vez logrado el primer objetivo, y tomando como base lo anterior entonces comenzaremos con la segunda propuesta y veremos uno de los problemas que se presentan ante los diferentes juzgados familiares de nuestro país, es lo referente a la guarda y custodia de los hijos ya que existe gran confusión con la patria potestad y es necesario que se defina o delimite de forma concreta la figura de guarda y custodia para que sea utilizada de manera correcta en los asuntos familiares.

Cabe aclarar que no es lo mismo guarda y custodia que la patria potestad. Aunque en muchas ocasiones ambas coinciden en las mismas personas, las responsabilidades pueden cambiar así como los derechos y obligaciones que nacen de estas dos modalidades.

En realidad, tanto la guarda y custodia como la patria potestad tienen que ver con las responsabilidades de la pareja en relación con sus hijos e hijas. La diferencia está fundamentalmente en la forma en que se ejercen éstas y su alcance. Y dependiendo de la situación familiar, sobre todo de la madre y el padre. Es a veces necesario separar una de otra.

La guarda y custodia es el encargo que tienen algunas personas de conservar, cuidar y defender a alguien que les ha puesto o tienen bajo su responsabilidad y confianza.

A diferencia de la **patria potestad**, la cual es una obligación que nace del vínculo de sangre y por lo que solo la pueden ejercer padre, madre, abuela o abuelo, la guarda y custodia de una persona menor la pueden ejercer otras personas: familiares preferentemente cuando las principales responsables no pueden llevarla a cabo.

En realidad es como tener la responsabilidad directa y cotidiana del cuidado del o la menor, que esté bien y tenga lo que necesita para su desarrollo dentro de lo que marcan la Convención de Derechos de la Infancia y las leyes relativas a la protección de menores.

GUARDA Y CUSTODIA

Aunque no existe un concepto legal de guarda y custodia, podemos definir a la guarda y custodia como el derecho que tienen todos los padres para convivir con sus hijos, siempre y cuando no se les haya suspendido o decretado su pérdida, mediante sentencia ejecutoriada el derecho de la patria potestad. Mientras el matrimonio se encuentra estable, es decir sin problemas entre los cónyuges,

ambos padres ejercen el derecho de guarda y custodia sobre el menor o los menores hijos habidos en el matrimonio.

En caso de divorcio, ya sea que ambos cónyuges establezcan quién de ellos se quedara como responsable de la guarda y custodia de los menores, un gran porcentaje de todos estos casos, quien se queda al cuidado de los menores es la madre, así mismo se establecerá los días y horas en que el padre podrá convivir con los mismos.

Por lo que respecta al divorcio en donde exista alguna inconformidad por alguna de las partes, al no existir convenio entre los divorciados de quien se quedará al cuidado de los hijos, existen diversos criterios jurisprudenciales que establecen que salvo el menor o los menores corran un peligro grave para su desarrollo, los mismos se quedarán al cuidado de su madre, es decir solo que la progenitora presente conductas como drogadicción, alcoholismo o cause maltratos graves al menor o menores, ella será quien se quedara a cargo del cuidado de los mismos. Por lo que respecta al padre, tendrá el derecho de convivir con sus hijos los días y horas que señale el juez para dicho efecto, normalmente serán señalados días en los que no se interfiera con actividades escolares o cuando el menor se encuentre enfermo, dependiendo de la edad del hijo y las circunstancias propias del caso, esta convivencia podrá ser fuera del domicilio donde se encuentran o inclusive se ordenara se haga en el DIF de la localidad.

“CUSTODIA LEGAL

Se denomina custodia legal o guardia legal, en derecho de familia, a la situación jurídica que se da cuando un tribunal otorga mediante una sentencia la guarda y custodia de un menor de edad o incapacitado a una o varias personas.

Esta situación se puede presentar en diversos casos, aunque habitualmente se da en casos de:

- Separación matrimonial o divorcio de los padres, siendo necesario que el juez establezca cuál de los progenitores ejercerá la custodia (no confundir con la patria potestad);
- Orfandad, en los que es necesario buscar a una persona o entidad que se haga cargo de la debida protección de los niños.

Puede ser también posible la custodia compartida, en la cual ambos progenitores comparten el tiempo de custodia de los hijos.

La custodia legal supone una serie de deberes y responsabilidades del adulto con respecto al menor o incapaz. Tiene deber de manutención y cuidado del mismo, y asume las responsabilidades que ello conlleva.

En ocasiones también puede suceder que alguien que ostenta la custodia legal quiera deshacerse de dicha obligación, ya sea por incapacidad económica (por ejemplo, madres sin recursos que dan al hijo en adopción) o por no verse capaces de educar correctamente a un hijo problemático”.⁶⁰

Guarda y custodia compartida.

La jurisprudencia la ha definido como una modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro.

Registro No. 183286

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XVIII, Septiembre de 2003

Página: 1379

Tesis: II.2o.C.426 C

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES. CORRESPONDE EN MANCOMÚN A AMBOS PADRES CUANDO COHABITAN EN EL MISMO DOMICILIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

De una correcta y objetiva intelección de lo que al respecto previene el artículo 4.228, fracción II, inciso b), del actual Código Civil para el Estado de México, es concluyente que en los casos en que se declare improcedente la acción de divorcio y los padres que litigan viven con sus hijos en la misma casa ejerciéndose por ambos la patria potestad, sin controvertirse este aspecto, deviene indiscutible que a tales progenitores corresponde de modo mancomún la guarda y custodia de sus hijos porque jurídica y objetivamente deriva ello de esa cohabitación. Así, atento que los padres tienen la oportunidad concomitante de proporcionarles cuidados, educación, atenciones y vigilancia para procurar el sano desarrollo de dichos menores, no deben quedar desvinculados de alguno de

⁶⁰ http://es.wikipedia.org/wiki/Custodia_legal

sus ascendientes, pues en caso contrario se podría ocasionar una afectación a los derechos y bienestar de los infantes.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 454/2003. 5 de agosto de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Sonia Gómez Díaz González.

Registro No. 185753

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XVI, Octubre de 2002

Página: 1206

Tesis: II.3o.C. J/4

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

GUARDA Y CUSTODIA. DEBE DETERMINARSE CONSIDERANDO EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CONFORME A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

El derecho a la guarda y custodia de una niña, niño y adolescente, implica considerar no sólo las pruebas ofrecidas por las partes con las que pretendan demostrar una adecuada capacidad para el cuidado del menor, sino que atendiendo al beneficio directo de la infancia, el juzgador también debe considerar el interés superior de la niña, niño y adolescente como presupuesto esencial para determinar quién tiene derecho a la guarda y custodia. Ello, porque conforme a lo dispuesto por el artículo 4o. constitucional que establece el desarrollo integral, el respeto a la dignidad y derechos de la niñez, así como los artículos 3o., 7o., 9o., 12, 18, 19, 20 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México el veintiuno de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, que establece que los Estados garantizarán que los tribunales judiciales velen por el interés superior del niño, los juicios en los que se vean involucrados derechos inherentes de las niñas, niños y adolescentes, como el caso en que se demande la guarda y custodia, debe tenerse como presupuesto esencial el interés superior del niño y darle intervención al Ministerio Público, para que en

su carácter de representante de la sociedad, vele por los derechos de los infantes y adolescentes.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 170/2000. Adrián Escorcía Martínez y otra. 1o. de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe Alfredo Fuentes Barrera. Secretaria: Cristina García Acuautla.

Amparo directo 935/2000. Rosa María Reyes Galicia y otro. 17 de octubre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: Yolanda González Medrano.

Amparo directo 980/2000. Geni Vega Espriella. 26 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: Yolanda González Medrano.

Amparo directo 701/2001. Ignacio Alfaro Hernández. 29 de enero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: E. Laura Rojas Vargas.

Amparo directo 367/2002. Carlos Octavio Juárez González. 9 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Fernando García Quiroz, secretario de tribunal autorizado por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretario: Jorge Luis Mejía Perea.

Registro No. 184227

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XVII, Junio de 2003

Página: 915

Tesis: I.6o.C.279 C

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

ALIMENTOS. ES OBLIGACIÓN DE LOS PADRES MINISTRARLOS A TODOS SUS DESCENDIENTES EN LA MEDIDA DE SUS POSIBILIDADES Y NO ÚNICAMENTE A LOS QUE CADA UNO TENGA BAJO SU GUARDA Y CUSTODIA.

De una interpretación armónica y sistemática de los artículos 303, 312 y 313 del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende que en materia de alimentos no existe hipótesis que sostenga que los progenitores sólo tendrán la obligación de ministrarlos a los hijos que cada uno tenga bajo su guarda y custodia, en virtud de que los artículos en comento establecen la obligación de los padres de proporcionar alimentos a los hijos en la proporcionalidad que cada uno de ellos debe aportarlos y la hipótesis de que si sólo uno de ellos tiene la posibilidad de ministrar alimentos, será éste quien cumpla con la obligación, pero en modo alguno puede inferirse que sólo existe dicha obligación respecto de aquellos a los que se les tiene bajo su guarda y custodia, en virtud de que debe ser a todos los descendientes en la medida de sus posibilidades.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 8356/2002. 24 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Chávez Priego. Secretario: César Cárdenas Arroyo.

Registro No. 225167

Localización:

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

VI, Segunda Parte-2, Julio a Diciembre de 1990

Página: 596

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

PATRIA POTESTAD. PERDIDA DE LA. NO PROCEDE CUANDO EXISTE CONVENIO TACITO ENTRE LOS PADRES ACERCA DE LA GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR, A PESAR DE QUE VIVAN SEPARADOS.

El artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal claramente señala que la patria potestad se pierde en cualquiera de las hipótesis a que se refieren sus cuatro fracciones, no acreditándose en el caso, la pérdida de la patria potestad, porque a pesar de que los padres de un menor se encuentren separados, se presume que existe un acuerdo tácito entre ambos, ya que no se requiere la exhibición de un documento escrito para justificar la existencia de un convenio entre los padres del menor que viven separados, sobre la guarda y custodia de su hijo, porque puede quedar acreditado el consentimiento tácito, a través de la presunción que surge al haber permanecido el menor con el padre en la casa paterna, sin oposición de la madre, al no hacer reclamación alguna sobre este

particular y haber consentido esa situación durante un lapso considerable, sin que tal separación dé lugar a la pérdida de la patria potestad, ya que en tal evento, se actualiza la hipótesis que contempla el artículo 437 del mismo ordenamiento continuando ejerciendo la patria potestad ambos padres, o en caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar determinará quién de los progenitores continuará en el ejercicio de tal derecho, sin que esto implique pérdida de la misma por el progenitor no designado, máxime que la medida tampoco equivale a exonerarlo de sus obligaciones para con el menor, salvo el caso de que eventualmente alguno de dichos ascendientes dé lugar a la aplicación en su perjuicio de lo dispuesto por el artículo 444 del código de la materia.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 2108/90. Héctor Montiel Rodríguez. 7 de junio de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Gustavo Sosa Ortiz.

En la custodia compartida existe un reconocimiento equitativo de la idéntica capacidad de ambos progenitores para la atención y cuidado de los hijos arbitrada de forma rotatoria bien por días, semanas, quincenas, meses, trimestres, semestres, o cursos escolares y una actuación conjunta y solidaria de ambos en las labores del cuidado de sus hijos, compartiendo responsabilidades para lograr un saludable y equilibrado crecimiento de los mismos, quedando así garantizada la serenidad que requiere el desarrollo integral de su personalidad y sobre todo su derecho fundamental a seguir contando de forma real y afectiva con ambas figuras: paterna y materna.

De este modo, los hijos mantienen la misma relación afectiva con ambos progenitores y crecen según un único y común proyecto educativo lo que hace necesario un elevado nivel de comunicación entre ambos, madurez y comprensión recíprocos.

Finalmente nos permitimos concluir en relación y de acuerdo a lo anteriormente señalado, que **la guarda y custodia es el derecho que tienen principalmente los padres (pero puede ejercerlo cualquier persona que se encargue del cuidado del menor) de prestar asistencia a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, principalmente durante su minoría de edad; ésta asistencia, implica el velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y**

procurarles una formación integral, es decir que el deber de cuidado permanece mientras los hijos se encuentren en su dominio.

Es por ello que no debemos confundir la guarda y custodia con la patria potestad la cual a contrario sensu es el derecho o garantía de manutención o sustento que tienen los hijos desde que nacen o en su caso desde que son adoptados; en otras palabras o estricto sensu es la obligación que adquieren los padres en beneficio de los hijos a fin de brindarles vestido, calzado, alimentos, educación, etc.

Por lo tanto consideramos que en primer término la Reforma debe de quedar de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 138 SEXTUS. Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíproco en el desarrollo de las relaciones familiares”.

ARTÍCULO 138 SEXTUS. La familia es la Institución Jurídica que une a sus integrantes por vínculos de parentesco, y que tiene como objetivo el desarrollo integral de sus miembros, observando el deber de la consideración, solidaridad y el respeto recíproco entre ellos.

La base de la sociedad es la familia y por tanto hay que proteger su estructura, observando el desarrollo que se ha ido dando entorno a ella y los cambios evolutivos que han ido surgiendo conforme al tiempo y la modernidad, que gracias a la convivencia y la necesidad de subsistir han hecho los grupos sociales más complejos; y es la razón por la que debemos de plasmar una definición de esta figura que trascendido durante mucho tiempo.

Y siguiendo la trayectoria de la investigación es prudente señalar la adición de un artículo en seguida de la reforma mencionada con antelación, referente a la definición de **guarda y custodia** el cual podemos decir que debe quedar en los siguientes términos:

ARTÍCULO 139. Se entenderá por guarda y custodia aquel derecho que tienen principalmente los padres, y puede ejercerla cualquier persona que se encargue del cuidado del menor; de prestar asistencia a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, principalmente durante su minoría de edad; ésta asistencia, implica el velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, es decir que el deber de cuidado permanece mientras los hijos se encuentren en su dominio.

Ésta opción consideramos es idónea para que nuestra legislación tenga bases de donde partir algunos fundamentos más complejos en torno a estas figuras que son relevantes en materia de derecho familiar sin duda es pequeña la aportación pero significativa para el control de gran parte de asuntos que se ven saturados de información a fin de llegar a una conclusión ya que es común confundir guarda y custodia con la patria potestad situaciones completamente diferentes pero conllevan una gran relación.

Y es un paso importante para dar solución a muchos conflictos de orden familiar pero siempre salvaguardando el interés de los niños, niñas y adolescentes ya que son las personas más afectadas en estos problemas.

CONCLUSIONES.

1.- Consideramos el presente trabajo busca el bienestar de los niños, éstos seres indefensos que sufren por diversas situaciones pero principalmente por la falta de sensibilidad e inteligencia que tienen los padres para manejar las reglas familiares.

2.- Consideramos que las normas y las condiciones que prevalecen para el cuidado y protección de los menores de edad deben de estar acorde a la actualidad por ende debemos de dar la pauta para proponer nuevas formas de solucionar controversias que pudieran afectar el sano desarrollo de los niños.

3.- La familia debe en todo momento estar pendiente de los cambios sociales para controlar las diversas conductas que se suscitan dentro de ésta y establecer la comunicación adecuada con determinados acuerdos y normas concretas, es con mayor razón indispensable que las leyes de nuestro país estén actualizadas con dichas situaciones.

4.- Ahora bien, es necesario resolver la problemática que existe en nuestra legislación ya que como lo vimos en el desarrollo del presente trabajo, existe una laguna en nuestra ley como es en éste caso que no tenemos una definición concreta para la familia entonces si partimos de ahí, es por ese motivo que cuando se requiere de éste término cada quien da su versión de acuerdo a lo que conoce, considera, o simplemente tiene la idea.

5.- Como podemos observar en nuestro trabajo, la familia es de orden público e interés social, pero la misma no está regulada y por ende muchos términos más se encuentran en la misma situación, lo cual permite que haya varios criterios para la solución de controversias ya que no hay en concreto y todo depende de lo que les hagan llegar a nuestros órganos jurisdiccionales o jueces.

6.- Es necesario que se regule a la **familia** porque es la Institución Jurídica que une a sus integrantes por vínculos de parentesco, y que tiene como objetivo el desarrollo integral de sus miembros, observando el deber de la consideración, solidaridad y el respeto recíproco entre ellos.

7.- Ahora bien durante el desarrollo de nuestro trabajo nos dimos a la tarea de analizar, estudiar y definir la guarda y custodia, siendo este, el fin primordial del presente estudio y que logramos concluir que aunque no existe un concepto legal de guarda y custodia, podemos definir a la guarda y custodia como el derecho que tienen principalmente los padres, y puede ejercerla cualquier persona que se

encargue del cuidado del menor; de prestar asistencia a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, principalmente durante su minoría de edad; ésta asistencia, implica el velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, es decir que el deber de cuidado permanece mientras los hijos se encuentren en su dominio.

8.- El derecho antes mencionado debe ser respetado siempre y cuando no se les haya suspendido o decretado su pérdida, mediante sentencia ejecutoriada y en relación al derecho de la patria potestad, ya que como ya mencione en el desarrollo del trabajo tienen una gran relación pero no deben ser confundidos.

9.- Es por ello que se concluye en el presente trabajo que se requiere de reformar el Código Civil para el Distrito Federal, con la finalidad de proporcionar la protección a los menores de edad que se encuentren en una situación de divorcio de los padres o de cualquier otra que afecte a sus derechos.

BIBLIOGRAFIA

ARTEAGA NAVA, Elisur, Garantías Individuales, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Ed. Oxford, México, 2009.

AVENDAÑO LÓPEZ, Raúl Eduardo, Comentarios a las Garantías Individuales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1991.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard, Diccionarios Jurídicos Temáticos, Derecho Civil, Volumen I, Ed. Oxford.

BUENROSTRO BAEZ, Rosalía, Derecho de Familia, Colección Textos Jurídicos Universitarios Ed. Oxford, México, 2008.

BURGOA O., Ignacio, Las Garantías Individuales, 41° ed., Ed. Porrúa, México, 2009.

CARBONELL, Miguel, Los Derechos Fundamentales en México, 2° ed., Ed. Porrúa, México, 2006.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales, 7° ed., Ed. Porrúa, México, 2007.

DE LA MATA PIZAÑA, Felipe, Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal, 4° ed., Ed. Porrúa, México, 2008.

DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, 31° ed., Ed. Porrúa, México, 2003.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Tomo D-H, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 13° ed., Ed. Porrúa y/o Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1999, p. 1555.

DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil, Familia, Ed. Porrúa, México, 2008.

FERRER A. M., Francisco, Introducción al Derecho de Familia, Tomo I, Ed. Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores, Argentina, 1982.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, primer curso Parte General, Personas, Familia, 20° ed., Ed. Porrúa, México, 2000.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Derecho Civil para la Familia, 2° ed., Ed. Porrúa, México, 2009.

ORIZABA MONROY, Salvador, matrimonio y divorcio efectos jurídicos, Ed. Editorial PAC, México, 2004.

RALUY POUDEVIDA, Antonio, Diccionario Porrúa de la Lengua Española, 48° ed., Ed. Porrúa, México, 2003.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo Segundo, Derecho de Familia, 11° ed., Ed. Porrúa, México, 2006.

... 300 Preguntas y Respuestas sobre Derecho de Familia, Análisis Doctrinal, Legislativo y Jurisprudencial, 2° reimpresión, Ed. Sista, México, 2008.

ZAVALA PÉREZ, Diego H., Derecho Familia, Ed. Porrúa, México, 2006.

PÁGINAS ELECTRÓNICAS

<http://es.wikipedia.org/wiki/Familia>

<http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-151s.pdf>.

<http://www.asambleadf.gob.mx/>

http://es.wikipedia.org/wiki/Custodia_legal

LEGISLACIÓN

CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL, Título cuarto Bis, De la Familia, Capítulo único, Ed. Isef,

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Colección Jurídica Esfinge, 32° ed., Ed. Esfinge, México, 2010.

LEY PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.

LEY DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y NIÑOS EN EL DISTRITO FEDERAL.

LEY DE ASISTENCIA Y PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA FAMILIAR.

DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.