

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL**

***“LA CUSTODIA ALTERNATIVA: UNA PROPUESTA
PROCEDIMENTAL, PARA SU LEGAL APLICACIÓN EN EL
DISTRITO FEDERAL”.***

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE: LICENCIADA EN
DERECHO PRESENTA:

LUZ MARÍA AYALA GÓMEZ

**ASESOR DE TESIS:
MAESTRO CARLOS ERNESTO BARRAGÁN
SALVATIERRA**



Ciudad Universitaria, México, 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.

*Agradezco a DIOS por guiarme con sabiduría
y ayudarme a mantener la Fe así como la esperanza,
a pesar de los momentos difíciles que se presentan en la vida,
por ayudarme a superar los obstáculos y
permitirme llegar a la meta tan anhelada...*

*A MIS PADRES, que me dieron la vida, su cariño,
su comprensión, su paciencia, su tiempo,
quienes siempre estuvieron cuidando mis pasos
y me respaldaron en todo momento sin dudar,
no hay palabras para agradecer
todo su esfuerzo y apoyo incondicional
que me han brindado a lo largo
de este complejo camino de la vida,
a ellos les debo todo lo que soy,
por eso solo me queda decir...
MUCHAS GRACIAS.*

*AGRADEZCO A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO,
por abrirme las puertas al mundo universitario,
y permitirme portar con orgullo el azul y oro,
por darme la oportunidad de asistir a sus aulas
a fin de escuchar las cátedras tan amenas,
por formarme profesionalmente,
y conocer un universo de conocimientos
así como los mejores profesores y amigos
con quienes compartí los mejores tiempos universitarios,
que guardo en mi corazón
como un invaluable tesoro...
Por esa razón, llevo en mí el compromiso
de pertenecer a la mejor Universidad del mundo.*

*A LA FACULTAD DE DERECHO, agradezco porque me formó como
una profesionalista responsable y comprometida
con la más noble profesión.*

*A LA ESCUELA NACIONAL PREPARATORIA NÚMERO 9,
"Pedro de Alba"; en la cual inicié mis estudios universitarios,
le agradezco por abrigarme en sus aulas.*

*A LOS PROFESORES, cuyos sabios consejos
me han proporcionado las herramientas necesarias
para lograr alcanzar la meta deseada,
porque siempre motivaron y alimentaron
mi espíritu apasionado por el conocimiento.*

*A MI ASESOR, agradezco su infinita paciencia
para dirigir la presente tesis y
por impulsar su culminación.*

*A los Pumas de la Universidad,
porque viví momentos inolvidables
en los que el "GOYA"
se une en un solo grito universitario y
la emoción llena el corazón...
"¡México, Pumas, Universidad!
¡Goya, Goya, Cachún Cachún Ra Ra
Cachún Cachún Ra Ra
Gooya, Universidad!*

*A TODOS MIS AMIGOS,
en especial a ERIC, BRENDA, EUGENIA,
SARA, KARLA Y POLI por estar conmigo
en los buenos y difíciles momentos,
así como ser parte de mi vida
y con quienes compartí inolvidables vivencias,
espero que nuestra amistad perdure en el tiempo.*

*A MI PADRE, quien siempre confió en mí
y que con su sabiduría guió mis pasos
para que lograra hacer realidad mis sueños,
por ser parte fundamental en mi vida,
dedico el presente a su memoria,
es importante decirte que
siempre te llevaré en mi corazón...*

*A MI MADRE,
no tengo palabras para agradecerte
todo el apoyo incondicional
que has dado sin escatimar,
para que lograra cumplir tan noble sueño,
por ello te dedico el presente trabajo.*

*A MIS HERMANOS DIANA, ISABEL Y LALO,
con quienes he compartido infinitos instantes,
por comprenderme, impulsarme y apoyarme en toda ocasión,
les dedico la presente tesis.*

**“LA CUSTODIA ALTERNATIVA: UNA PROPUESTA PROCEDIMENTAL, PARA
SU LEGAL APLICACIÓN EN EL DISTRITO FEDERAL”.**

ÍNDICE

	PÁGINA
I. INTRODUCCIÓN	I
CAPÍTULO I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA GUARDA Y CUSTODIA	 1
1.1. Antecedentes Históricos de la Guarda y Custodia en el Derecho Romano	 1
1.2. Antecedentes Históricos de la Guarda y Custodia en el Derecho Medieval	 10
1.2.1. La Italia medieval	16
1.2.2. España en la Edad Media	20
1.2.3. El Derecho Canónico y El Renacimiento	24
1.3. Antecedentes Históricos de la Guarda y Custodia en la Época Moderna	 29
1.3.1. Europa Moderna	31
1.3.2. América Latina	35
CAPÍTULO II: CONCEPTOS FUNDAMENTALES	 41
2.1. Familia	41
2.2. Derecho de Familia	46
2.3. Matrimonio	51
2.4. Menor de edad (Niño)	59
2.5. Patria Potestad	62
2.6. Tutela	64
2.7. Curatela	66

2.8. Divorcio	67
2.9. Pensión alimenticia	70
2.10. Guarda y Custodia de los menores	73
2.11. Régimen de Visitas	78

CAPÍTULO III. LA GUARDA Y CUSTODIA EN MEXICO, Y LAS REFORMAS DEL 2004 Y 2007, EN MATERIA FAMILIAR: LA INCLUSIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA	80
3.1. Concepto	80
3.2. Antecedentes	81
3.2.1. México Prehispánico	81
3.2.1.1. Mexicanas	83
3.2.1.2. Mayas	90
3.2.2. México Colonial	94
3.2.3. México en tiempos de Juárez	114
3.2.4. México Moderno	129
3.3. La Guarda y Custodia antes de las Reformas del 2004, en materia familiar	134
3.3.1. Artículo 282	137
3.3.2. Artículo 283	139
3.4. Análisis de las Reformas del 06 de septiembre de 2004, en el Código Civil para el Distrito Federal	140
3.4.1. Análisis del Artículo 282	142
3.4.2. Análisis del Artículo 283	143
3.5. Análisis de las Reformas del 06 de septiembre de 2004, en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal	144
3.6. Análisis de las Reformas del 2007, en el Código Civil para el Distrito Federal	147
3.7. Análisis de las Reformas del 2007, en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal	152

3.8. Una nueva figura en nuestro Sistema Jurídico	155
3.8.1. Análisis de la Custodia Compartida	155
3.8.1.1. Ventajas	158
3.8.1.2. Desventajas	161
3.9. Opiniones expuestas a favor y en contra de la custodia compartida	162
3.9.1. Entrevistas	163
3.10. Derecho Comparado	165
3.10.1. La custodia compartida en España	167
3.10.2. La custodia compartida en Francia	170
3.10.3. La custodia compartida en Estados Unidos de América	172

**CAPÍTULO IV. LA CUSTODIA ALTERNATIVA:
UNA PROPUESTA PROCEDIMENTAL
PARA EL DISTRITO FEDERAL**

	177
4.1. Concepto	177
4.2. Estudio del concepto incorrecto de Custodia Compartida	180
4.3. Análisis de la Custodia Alternativa	181
4.4. Modalidades de la Custodia Alternativa	183
4.4.1. Alternancia	184
4.4.2. Periodos de tiempo	184
4.5. Apoyo psicológico a cada uno de los miembros de la Familia	185
4.6. Causas de Procedencia	187
4.6.1. Divorcio Voluntario	188
4.6.2. Divorcio Necesario	191
4.6.2.1. Causales de Divorcio en las que puede proceder	191
4.7. Causas de Improcedencia	194
4.7.1. Violencia Familiar	194
4.7.2. Causales de Divorcio en las que no puede proceder	196
4.8. La realización de un convenio que regule el acuerdo de los padres que soliciten la Guarda y Custodia Alternativa	197

4.9. Propuesta para proporcionar seguridad jurídica en Materia Familiar a las partes	197
4.10. Iniciativa de Reforma al Código Civil para el Distrito Federal y al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal	200

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Cabe destacar la importancia de la Familia, la cual es la célula social fundamental de la sociedad, institución familiar que ha tenido diversas formas y transformaciones, por ello, la actividad primordial del Estado ha sido proteger a tan noble Institución, mediante su regulación en la ley.

Por lo que durante su evolución histórica, se puede observar que con la llegada del cristianismo, el matrimonio se convirtió en preocupación básica de la religión. 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.

En esa tesitura, el Derecho Civil ha creado diversas figuras jurídicas, con la finalidad de proteger a la Institución esencial de la sociedad, por lo que implican cambios relevantes en materia del Derecho Familiar, el cual se ha ido ajustando a la realidad para proporcionar seguridad jurídica y protección a los miembros de la misma, considerando a los niños como la parte más sensible y vulnerable de las acciones derivadas de índole social.

Día con día, el número de divorcios es cada vez mayor y con ello miles de hogares se disuelven, en donde los niños, indudablemente son los más afectados, por lo que el legislador ha buscado soluciones inteligentes para proteger a este sector tan delicado, y no se vea afectado considerablemente por la separación de los padres, manteniendo como principio rector el interés superior del niño.

La Guarda y Custodia de los hijos, derivada de la Patria Potestad, es otorgada frecuentemente por criterio del Juzgador, a la madre, considerándola por su naturaleza la más apta para cuidar del niño, después de disolverse el vínculo matrimonial o la separación efectuada, para que ésta se haga cargo del menor y le proporcione las atenciones y cuidados que éste requiere por su corta edad de vida, obligando al padre a un Régimen de Visitas, que suele ser en la mayoría de los casos muy rígido no dándole la oportunidad de convivir libremente con el menor, y puede ocasionar baja autoestima al mismo derivada de la creencia

equivoca de no ser importante para su padre, ya que en diversas ocasiones, por infinidad de circunstancias no acuden los días señalados para tales efectos.

El legislador ha buscado la creación de figuras jurídicas eficaces, que permitan a ambos padres y a los hijos, afectados por el Divorcio o una separación, una sana convivencia y también les permita frecuentarse con regularidad.

Con las Reformas de los años 2004 y 2007, realizadas al Código Civil, al Código de Procedimientos Civiles y al Código Penal todos para el Distrito Federal, en materia Familiar, se introdujo una nueva figura legal a nuestro Sistema Jurídico Mexicano: la Custodia Compartida.

Los legisladores de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, incorporaron la figura jurídica Custodia Compartida, con la finalidad de proporcionar una aparente igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y una mejor convivencia de los menores con sus padres, considerando a ésta como la opción que permite compartir derechos y obligaciones del menor, así como la toma de decisiones con respecto a éste; todo ello, derivado de la presión de algunos sectores de la sociedad, como son asociaciones integradas por padres separados.

Notablemente los legisladores, no tomaron en cuenta, realizar un adecuado análisis jurídico de la Custodia Compartida, su origen, sus características y la cultura de la sociedad mexicana.

Esta figura tuvo sus orígenes en países anglosajones, posteriormente floreció en las demás naciones como Francia, España, Argentina, Brasil, etc., por mencionar algunas, con la finalidad de compartir derechos y obligaciones con respecto al menor, cuando los padres se divorcian o separan, y en los cuales se aplica desde hace algunos años y aún así, no ha tenido la efectividad y el éxito que se esperaba, aunque es de resaltar que en Estados Unidos de Norteamérica ha funcionado acertadamente.

La mayoría de los juristas mexicanos no están de acuerdo con las reformas realizadas, debido a que existen muchas lagunas, además se piensa que el concepto Custodia compartida es inadecuado y no se cuenta con un procedimiento idóneo para gestionarla, esto ha generado inseguridad y confusión jurídica.

Por lo anterior, en el presente trabajo, no se intenta defender la figura jurídica de la Custodia Compartida como tal, sino percibir, analizar, establecer y proponer elementos jurídicos que admitan complementar las reformas realizadas en el Distrito Federal, facilitándose la oportunidad de innovar en materia familiar utilizando argumentos jurídicos ineludibles, que fundamenten la incorporación de nuevas figuras jurídicas, que permitan proteger y preservar el núcleo básico de la sociedad: La Familia.

Además, es imprescindible dotar al Juzgador de herramientas necesarias para dictar una resolución apegada a Derecho y la expedita impartición de Justicia; por lo que se pretende proporcionar a nuestros legisladores, mecanismos que puedan utilizar en futuras reformas en lo que se refiere a materia de guarda y custodia de menores.

También sería óptimo establecer un punto de referencia para investigaciones y valoraciones futuras sobre el tema, al igual que procurar proporcionar elementos de juicio para fundamentar políticas, estrategias y acciones tendientes, al mejoramiento del Sistema Jurídico en materia familiar que impera.

En la presente Tesis, se plantea un concepto novedoso y la instauración de una nueva figura jurídica como opción a utilizar, la Custodia Alternativa, por ser más idónea y se considera adecuada para incorporarla a nuestras leyes, así como establecer algunas medidas que puedan regular el bienestar del menor, proponiendo una Iniciativa de Reforma al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles ambos para el Distrito Federal, que permita a los legisladores discutir, analizar, valorar y en su momento aprobar y publicar, con la finalidad de apoyar a los Juzgadores en la resolución de controversias familiares en materia de guarda y custodia; así como una solución viable a los padres separados para que exista seguridad jurídica y evitar una crisis en nuestro Sistema Jurídico local.

“LA CUSTODIA ALTERNATIVA: UNA PROPUESTA PROCEDIMENTAL, PARA SU LEGAL APLICACIÓN EN EL DISTRITO FEDERAL”.

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA GUARDA Y CUSTODIA

1.1. Antecedentes Históricos de la Guarda y Custodia en el Derecho Romano

En el presente Capítulo, se dará una introducción apropiada del tema, comenzando por los Antecedentes Históricos de la Figura Jurídica de la Guarda y Custodia de los menores; se mencionará las Instituciones jurídicas que le precedieron en el Derecho Romano.

La familia en Roma, constituía el núcleo fundamental de la sociedad romana, se define como “un grupo de personas unidas entre sí pura y simplemente por la autoridad que una de ellas ejerce sobre las demás para fines que trascienden del orden doméstico”.¹ Desde sus inicios la familia romana se constituyó de forma monogámica, por lo que sus características principales son:

- Es una institución política, por su estructura y función;
- Es una institución autónoma, por ser un grupo independiente;
- El parentesco es de tipo *agnatio*, porque el vínculo fundamental no era la sangre, sino la sujeción a una persona y,
- La máxima autoridad fue el “*paterfamilias*”, debido a que dentro del grupo familiar, era el jefe único, con poderes ilimitados sobre los miembros de la familia.

Fundada por los hermanos Rómulo y Remo la antigua Roma, de ser en sus comienzos una pequeña ciudad se convirtió al paso del tiempo en un vasto Imperio. Lo que dio origen a distintas Instituciones importantes, que caracterizan a las diferentes etapas de la Historia del Derecho Romano, y se enfocará en este caso, en las Instituciones familiares.

¹ BERNAL, Beatriz y José de Jesús Ledesma. *Historia del Derecho Romano y de los Derechos neorromanas: desde los orígenes hasta la Alta Edad Media*, 12ª ed., Edit. Porrúa, México, 2004, p. 66.

Las distintas fases de evolución del derecho romano se dividen de la siguiente forma:

- La Monarquía y la República corresponden al derecho preclásico.
- El Principado al derecho clásico.
- El Imperio Absoluto, al derecho posclásico.

LA MONARQUÍA Y LA REPÚBLICA

Abarca la época monárquica, desde la fundación de Roma hasta el año 510 a. C. Se tiene poca información sobre el desarrollo de esta etapa histórica debido a que se trata del comienzo de una Ciudad que destacó en la historia del derecho. La costumbre fue la fuente formal del derecho romano que caracterizó esta etapa.

Instituciones familiares que destacaron en la Monarquía de Roma fueron:

- La gens
- Los clientes
- Los patricios y los plebeyos

LA GENS

Existe incertidumbre sobre la naturaleza y el desarrollo de esta institución, debido a que surgió en la primera etapa de la vida de Roma. La palabra latina “*gens*”, procede de la raíz aria “*gan*”, que significa “*engendrar*”. También significa linaje o descendencia. *Gens* se emplea especialmente para designar un grupo que constituye una descendencia común y que está unido por ciertas instituciones sociales y religiosas formando una comunidad particular. Según Bonfante, “la *gens*, no es otra cosa que el núcleo político procedente de la *civitas*, una aglomeración de familias”² que, según las circunstancias de una determinada *gens*, puede constituir desde una casa hasta un municipio.

También se definía a la *gens* como un “grupo social que se integraba por la unión de varias familias cuyos jefes o *Paterfamilias* descendían del mismo varón. En dichas *gens* hay igualdad en el nombre y en el culto, y estaban basadas en el parentesco. Estas “*gens* forman la clase de los patricios, y al agruparse en treinta

² VENTURA SILVA, Sabino. *Derecho romano: curso de derecho privado*, 19ª ed., Edit. Porrúa, México, 2003, p. 4.

grupos gentilicios formaban el Comicio Curiado, gozando de todos los privilegios del ciudadano romano”.³

Cicerón decía que para ser gentil se necesitaba reunir ciertas condiciones, como llevar el mismo nombre, “*nomen gentilium*”; el haber nacido ingenuo, y que sus antepasados hayan sido ingenuos y no haber sufrido “*capitis deminutio*”.

Se consideraban los gentiles por la línea de varones exclusivamente, por un antepasado reconocido en la *gens*, cuyo miembros tienen un culto familiar especial en común, que es transmitido de generación en generación.

Los gentiles, según lo expone Sabino Ventura,⁴ tenían los siguientes derechos:

1. Derechos mutuos de sucesión en los bienes de un gentil fallecido. Los bienes de un gentil quedan siempre en la *gens*. Según la Ley de las XII Tablas, los hijos heredaban primero como herederos directos; a falta de aquellos, los agnados, y faltando éstos, los gentiles.

2. Posesión de un cementerio común.

3. Ritos religiosos comunes. Los dioses de la *gens* sólo protegían a ella y sólo por ella querían ser invocados.

4. Obligación de no contraer matrimonio dentro de la *gens*.

5. Posesión de tierras en común.

6. Obligaciones recíprocas de auxilio, defensa y reparación de daños.

7. Derechos de llevar el nombre gentilicio, (Cada *gens* se transmitió de generación en generación el nombre del antepasado y lo perpetuó con el mismo cuidado que eternizó su culto).

8. Derecho de adoptar extraños en la *gens*.

9. Derecho de elegir y deponer sus jefes.

La *gens* era una subdivisión artificial de la curia, llevada a cabo por el legislador. Para algunos autores la *gens* fue más que una agrupación de familias, fue una unidad política dentro del Estado, constituía una entidad independiente del mismo y contaba con una organización propia.

³ HUBER Y OLEA, Francisco José. *Diccionario de derecho romano; comparado con derecho mexicano y canónico*, México, Edit. Porrúa, 2000 p. 245.

⁴ VENTURA SILVA, Sabino. *Op. cit.*, p. 5.

LOS CLIENTES

Estaban los clientes muy ligados a la familia romana. Éstos eran hombres libres que se sometían a la potestad de un ciudadano romano, adquirían obligaciones para con él, debiéndole respeto y abnegación, recibiendo a cambio del *paterfamilias* su protección ante los tribunales y también les concedía gratuitamente tierras para que pudieran cultivarlas y vivir de su producto. Algunos autores consideran que los clientes eran extranjeros que llegaban por su propia voluntad a Roma y se veían obligados a buscar protección de un ciudadano romano para ejercer el comercio con seguridad y ver protegidos sus derechos. Otros autores argumentan que los clientes también provenían de familias romanas empobrecidas quienes acudían a las familias acomodadas en busca de apoyo a cambio de determinados servicios.

LOS PATRICIOS Y LOS PLEBEYOS

Clase social privilegiada de la antigua Roma lo eran los patricios, sus orígenes se remontan a la *gens*. Son quienes dirigían la vida política, religiosa y social de Roma, debido a que de ellos salían los miembros del Senado y del Comicio Curiado, dominaron Roma durante mucho tiempo, sólo los de su clase intervenían en los intereses de la Ciudad.

Los plebeyos constituían la gran masa de la población quienes vivían relegados y no formaban parte de ninguna familia, eran los habitantes de las aldeas, ocupaban en la Ciudad un rango inferior y no tenían participación en el Gobierno. “Los plebeyos también eran hombres libres y ricos pero relegados a una posición inferior”.⁵

Por ser de origen distinto, desde un principio se prohibió el matrimonio entre estas clases sociales. Debido a la separación entre patricios y plebeyos derivó la lucha de clases sociales, encabezadas por los plebeyos para conseguir igualdad de derechos lo que determinó la evolución de las Instituciones romanas en los dos primeros siglos de la República. En la *Lex Canuleya* (445 a. C.), se permitió el matrimonio de ambas clases. Posteriormente, al lograr la igualdad de derechos la

⁵ HUBER Y OLEA, Francisco José. *Op. cit.*, p. 527.

lucha llegó a su fin. “La nobleza patricia y la nobleza plebeya se confundieron por lo que la “[dignidad de patricio]” creada posteriormente por Constantino “[El Grande]”, sólo se trató de un título personal honorífico”.⁶

Comprende la República del año 510 al 27 a. C. En los comienzos de este periodo, existe una gran pugna entre patricios y plebeyos, lo que deriva que los plebeyos obtengan el derecho de ser representados por dos magistrados especiales, llamados los tribunos de la plebe. Tenían la facultad de convocar a la asamblea de la plebe, lo que dio origen a los plebiscitos, los cuales consistían en votaciones que realizaban los plebeyos para tomar decisiones, las cuales en un principio sólo afectaban a esta clase social, posteriormente también fueron obligatorias para los patricios, circunstancia que influye para la igualdad jurídica de estas clases sociales.

Roma en esta etapa, se convierte en una de las potencias más poderosas del mundo antiguo, ya que va consolidando su dominio en toda la Península Itálica y estableció colonias en los territorios conquistados. El poder público estaba integrado por el senado, los comicios y los magistrados. Las fuentes formales del derecho que la caracterizaron fueron la costumbre, la ley, los plebiscitos, los senadoconsultos, los edictos de los magistrados y la jurisprudencia.

La Ley de las XII Tablas, es un ejemplo por excelencia de ley, que destaca en esta época, aunque en realidad se conoce poco, ya que lo que se conoce es por referencias indirectas. Esta codificación se llevó a cabo con la finalidad de que rigiese de forma general para todos los ciudadanos romanos, patricios y plebeyos. “Su elaboración estuvo a cargo de diez magistrados, a quienes, por su número se les llamó decenviros, de allí que también se le dé el nombre de ley decenviral”.⁷

Sabino Ventura⁸ menciona el contenido de las XII Tablas:

Tabla I *In ius vocando*. Requisitos días y horas de pedir juicios.

Tabla II *De iudiciis*. Procedimiento, fianzas, testimonios judiciales.

Tabla III *De oere confeso*. Confesión en juicio y res iudicata (cosa juzgada).

⁶ *Ibidem*, p. 528.

⁷ MORINEAU IDUARTE, Marta y Román Iglesias González. *Derecho Romano*, 4ª ed., Editorial Oxford University Press, México, 1998, p. 14.

⁸ VENTURA SILVA, Sabino. *Op. cit.*, p. 25

Tabla IV *De iure patrio*. Nacimiento de hijos y patria potestad.

Tabla V *De hereditatibus et tutelis*. Herencia, tutela, curatela.

Tabla VI *De dominio et possessione*. Propiedad, usucapión, posesión.

Tabla VII *De iure oedium et agrarum*. De las servidumbres.

Tabla VIII *De delictis*. Penas y obligaciones.

Tabla IX *De iure publico*.

Tabla X *De iure sacro*. Sepulturas, exequias santuarias.

Tabla XI y XII Constituyen el complemento de las anteriores.

Esta legislación estaba lejos de dar plena satisfacción y otorgarles la igualdad que reclamaban los plebeyos, pero esta ley realizó un verdadero progreso.

Alcanzaron su óptimo desarrollo estas Instituciones hasta lograr consolidar el grupo social importante de la época: la Familia.

EL PRINCIPADO

El Principado inicia con la llegada de Augusto al poder y finaliza con Diocleciano como emperador, del año 27 a.C. al 284 d.C. Durante este periodo el poder esta compartido entre el senado y el príncipe o emperador. Los comicios casi desaparecen y el senado absorbe sus facultades. Mientras tanto el emperador va obteniendo gradualmente mayor poder hasta llegar a reunir en su persona todos los cargos públicos y como consecuencia emite las constituciones imperiales, las cuales eran de cuatro clases diferentes: *edicta*, *mandata*, *decreta* y *rescripta*.

Las *edicta*, son disposiciones semejantes a los edictos de los magistrados, es decir, comunicaciones efectuadas de forma directa al pueblo; las *mandata* consistían en instrucciones dirigidas a los funcionarios; los *decreta*, eran decisiones judiciales tomadas por el emperador como magistrado supremo en un juicio y; las *rescripta*, son las respuestas del emperador a un funcionario o aun particular, acerca de una cuestión de derecho.

En la época del derecho clásico, el derecho romano desarrolla su mayor grado de evolución, Roma logra su máxima expansión territorial, el derecho a través de la jurisprudencia se convierte en una verdadera ciencia jurídica.

EL IMPERIO ABSOLUTO

Todos los poderes se concentraban en el emperador, es una época de decadencia, la cual inicia con Diocleciano en el año 284 hasta la caída de Roma en 476 d.C., el Imperio Romano de Occidente, y en 1453 d.C., el Imperio Romano de Oriente, con la caída de la Ciudad de Constantinopla. En el derecho posclásico, los juristas de la época se dedican a ordenar y compilar la legislación creada en los períodos anteriores.

Ascendió al trono en el año de 527, el emperador Justiniano quien reinaría hasta su muerte en 565 d.C. Su obra como gobernante destaca tanto en el ámbito político-militar, como en el religioso y en lo jurídico. En el aspecto jurídico realizó una gran labor legislativa, la cual es muy importante por la influencia que tiene en el derecho moderno, incluye la codificación y a su vez un trabajo creativo en la creación de disposiciones nuevas y de normas jurídicas adaptándolas a las necesidades de la época.

Con la muerte de Justiniano, concluye la etapa que se conoce como la primera vida del Derecho Romano, a la obra jurídica de Justiniano se le conoce con el nombre de *Corpus Iuris Civiles* y se integra por el *Código*, el *Digesto*, las *Instituciones* y las *Novelas*.

EL DERECHO DE FAMILIA EN ROMA

El Derecho de Familia en el Derecho Romano, estudia el lugar que ocupa el individuo dentro del grupo familiar, puede ser un *alieni iuris*, que estaba sometido a la autoridad de un *paterfamilias*; o un *sui iuris*, el cual no se subordina a ninguna autoridad.

Podía tener patrimonio propio el *paterfamilias* y ejercía autoridad sobre las personas a su cargo, miembros de su grupo familiar, no importaba la edad, podía ser un recién nacido, quien tenía un tutor, solo contaba con la capacidad de goce, y no con la de ejercicio. Para la mujer se utilizaba el término "*materfamilias*, pero no indicaba ningún derecho, se manejaba más como un título honorífico dentro de la familia y de la sociedad".⁹

⁹ MORINEAU IDUARTE, Marta. *Op. cit.*, p. 59

Los lazos que unían a los distintos miembros de la familia, es decir, el parentesco, podía ser natural o civil. El parentesco natural o de sangre se llamaba *cognatio*, es aquel que une a las personas descendientes en línea recta o descendientes en línea colateral. La *agnatio* es el parentesco civil, el cual sólo será reconocido por la línea masculina, por el cual se ejerce la autoridad del *paterfamilias*.

Fue un sistema patriarcal, el sistema jurídico familiar romano, por lo tanto, la familia romana se compone por todos los individuos que están bajo la autoridad del *paterfamilias*, es decir, aquellos hijos nacidos de legítimo matrimonio o introducidos a la familia mediante la adopción. En la época de Justiniano desaparece definitivamente esta diferencia de parentescos, ya que el parentesco cognático es suficiente para conferir todos los derechos de familia.

El *paterfamilias*, es el jefe de familia y éste es quien ejerce la “*Patria Potestad*” sobre sus descendientes. Esta figura se crea principalmente para proteger los intereses de la familia, ya que quien la ejerce, cuenta con plena autoridad para tomar las decisiones tendientes al mejoramiento de los intereses familiares.

Patria Potestad, “es la autoridad que el *paterfamilias* ejerce sobre sus hijos legítimos de ambos sexos, sobre los descendientes legítimos de los varones, sobre los extraños adrogados o adoptados y sobre los hijos naturales legitimados”.¹⁰

Esta Institución en un principio beneficiaba principalmente a quien ejercía la “*Patria Potestad*”, ya que se ejercía de forma total sobre los bienes y personas sometidas a él, debido a que él solo gozaba de derechos y sus descendientes tenían solo obligaciones.

En caso de contraer matrimonio, el *paterfamilias* no necesitaba el consentimiento de ninguna persona, por el contrario, los descendientes sometidos a él, si necesitaban el consentimiento de éste. Inclusive el *paterfamilias* tenía derecho de decidir sobre la vida y muerte de sus descendientes. Con el paso del

¹⁰ VENTURA SILVA, Sabino. *Op. cit.*, p. 121

tiempo esta autoridad fue desapareciendo hasta convertirse en una figura con mayor igualdad de derechos y obligaciones entre padres e hijos.

Surgieron en el Derecho Romano, la Tutela y Curatela, con la finalidad de resolver la incapacidad en la que se podría encontrar un ciudadano *sui iuris*, el cual no está sujeto a ninguna autoridad, estas incapacidades se podían deber por la falta de edad, por razón de sexo, por la deficiencia en las facultades mentales y por prodigalidad.

Servio Sulpicio define a la Tutela, como: “el poder dado y permitido por el derecho civil, sobre una cabeza libre a efecto de protegerlo en virtud de que a causa de su edad no puede defenderse por sí mismo”.¹¹

Cuando la Tutela procedía por falta de edad del ciudadano romano *sui iuris*, la función del tutor era la del manejo adecuado de la fortuna del pupilo, por ello debía realizarse un inventario de los bienes para que en el momento oportuno le fueran restituidos completamente.

La Tutela Testamentaria es aquella en la cual, el *paterfamilias* designaba en su testamento un tutor para sus hijos. En caso de no haberse designado de esta forma, se designaba al agnado más próximo al pupilo, a este tipo de tutela se le conoce como Tutela Legítima, por designarse por medio de la ley. Si no existía ningún agnado del pupilo, el magistrado nombraba al tutor, a esta forma se le conoce con el nombre de Tutela Dativa.

Siempre la mujer estaba bajo tutela de una persona debido a que su capacidad estaba limitada para realizar actos con respecto a su patrimonio. También se le nombraba tutor por medio de las tres formas de tutela mencionadas en el párrafo anterior.

La Curatela es una figura jurídica que surgió en el Derecho Romano para que las personas con alteraciones mentales, llamadas “*furiosi sui iuris*”, y los pródigos, -aquellas personas que sin causa justificada dilapidaban el patrimonio familiar-; tuviesen una persona que se hiciera cargo de ellos y los representaran en los actos jurídicos. También a los menores *sui iuris* de 25 años y mayores de 14 años, se les nombraba un curador. En algunos casos se nombraba un curador para

¹¹ MORINEAU IDUARTE, Marta. *Op. cit.*, p. 76

aquel pupilo que estuviera bajo tutela, para que éste recibiera las cuentas del tutor; en el siguiente capítulo, se tratará a detalle estas figuras jurídicas.

Por muchos siglos de la historia romana el Derecho privado conserva su genealogía familiar. En Roma, la “individualidad” no es una noción primaria u original lo será tras un proceso lento, que ni siquiera culminará en la época de Justiniano. Se ha dicho que “el Derecho Romano, durante toda la época verdaderamente romana, es el *Derecho de los Paterfamilias*”.¹²

“La Historia del Derecho romano no concluye en la caída de Roma. Sigue a lo largo de la Edad Media y la Edad Moderna, seguirá tras nosotros, por que nosotros no hemos agotado todavía las posibilidades que ese Derecho encierra”.¹³

1.2. Antecedentes Históricos de la Guarda y Custodia en el Derecho Medieval

Se distinguió la Edad Media, por el intento de recuperar la organización y la cultura del Occidente de Europa. Europa es el resultado de lo mediterráneo (grecorromano y lo hebreo) y lo germánico. En el siglo VI, surgen varios movimientos que intentan unir el occidente de Europa. Los primeros en intentarlo fueron los ostrogodos, en Italia, pero fracasaron; los visigodos se aproximaron aun más, pero fueron vencidos por los francos; con el tiempo, relata Margadant¹⁴ que, Carlomagno logró formar la “*primera Europa*”, pero las comunicaciones no permitieron su desarrollo y en el año 843, el *Tratado de Verdún* dispuso la desintegración de este Estado.

La historia es en efecto un constante transcurrir unitario y global en principio, pero susceptible de segmentos y periodizaciones. La transformación va surgiendo de modo gradual y a medida que las circunstancias lo van propiciando. Convencionalmente se ha señalado el año 476 en que aconteció la caída del último emperador romano de occidente, para marcar la terminación de la edad antigua, pero no puede afirmarse que haya finalizado en ese año con exactitud.

¹² IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 11ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, España, 1993, p. 75.

¹³ *Ídem*.

¹⁴ MARGADANT, S., Guillermo Floris. *Panorama de la Historia Universal del Derecho*, 7ª ed., Porrúa, México, 2002, p. 132.

En el principio de tal proceso la mayoría de elementos fueron aportados por la Antigüedad, dada su riqueza cultural, pero estos empezaron a sufrir variantes y acomodados, fueron impuestos por las particulares circunstancias de aquellos tiempos.

El mundo occidental que habría de ser escenario de la transformación medieval se hallaba casi íntegramente dominado por la expansión romana, circunstancia que es conocida con el nombre de romanización. El significado de ese concepto pretende englobar el conjunto de nexos e influencias impuestos por Roma a los pueblos y regiones que sometió a lo largo de prolongados periodos de tiempo. La ocupación romana llevó a los dominios su sistema de organización política y social y fue variando de acuerdo a la evolución de sus ciudades.

Implantó el gobierno en lo político, todo su aparato de poder desde los primeros tiempos de conquista, estado de cosas que se prolongó hasta el fin del Imperio de occidente. La condición de los pobladores se fue modificando y gradualmente se asimiló a la del romano, reclamando mayor numero de derechos puesto que se consideraban merecedores de ellos.

La cultura romana influyó en la vida colonial, como en las formas literarias, artísticas, religiosas, etc., hasta la arquitectura siguió aquel modelo. No obstante la grandiosidad de la dominación y de la obra propagadora de su cultura, el inmenso Imperio sufrió un gran desmembramiento debido a diversas situaciones de índole política, económica y social en general.

Cuando ocurrió la caída del Imperio de Occidente, en el año 476, se activó aún mas el proceso de debilitamiento de la unidad romana, quedando el Imperio de Oriente, el cual tenía como centro político y administrativo la ciudad de Constantinopla (Bizancio), que en vano lucharía por mantener y restaurar la unificación.

Dadas las circunstancias anteriores, en el siglo V, se podría decir, que también contribuyó definitivamente a la transformación del mundo antiguo, las grandes invasiones germanas. La formación de reinos bárbaros independientes de Roma y asentados en los territorios imperiales contribuyó al proceso de rompimiento gradual de la cohesión política, social y cultural. Los elementos

culturales romanos se combinaron con los germanos, lo cual, originó la romanización entre los invasores, quienes conservaron sus tradiciones combinándolas con los aspectos de la cultura romana.

Lo anterior originó que los bárbaros también influyeran, produciendo la germanización, por la directa participación que tuvieron en la vida política antes de la caída del Imperio.

Por otro lado, el cristianismo había estado presente en el mundo romano desde el principio de nuestra era y de cierto modo su cultura formó parte del panorama general. “A partir del siglo IV su penetración fue más notoria; el reconocimiento de su credo primero y su elevación a religión oficial después, inició en definitiva su importancia en el desarrollo histórico de los siglos posteriores. En lo religioso e ideológico el cristianismo a través de la Iglesia, fue de cierto modo otro factor de descomposición del mundo antiguo”.¹⁵

Sobrevivió el cristianismo a la caída del Imperio Romano, la Iglesia se adaptó a los nuevos tiempos y organizó su estructura, con lo cual logró su consolidación, debido a los cimientos doctrinarios colocados por San Agustín y la Patrística en general, se produjo la estructura política y social de la Iglesia, que tan decisivamente actuó en la sociedad medieval. A ello se suma la expansión cristiana, que había llegado a extensas y remotas regiones europeas y se mantenía constantemente la evangelización.

Se realizó un entrecruzamiento de expresiones jurídicas romanas, germánicas y cristiano-eclesiásticas, iniciarían el proceso de transformación. Las corrientes cristianas influyeron decisivamente por el hecho de que numerosos miembros del clero eran versados en derecho romano, por la influencia que su doctrina impuso a muchas instituciones jurídicas. El derecho medieval se fue originando en estas circunstancias, “se hizo más notable en los grandes centros de la población mixta: España, Italia y parte de la Galia. Por tanto en extensas regiones europeas hubieron de coexistir, temporalmente al menos, estas manifestaciones”.¹⁶

¹⁵ ROSAS BENÍTEZ, Alberto. *Proyección histórica del Derecho. Génesis del Derecho Medieval. Siglos de Integración*. Volumen III, Editorial Hexágono, México, 1995, p. 25.

¹⁶ *Ibidem*, p. 37.

El *Código Teodosiano*, surgió en la primera mitad del siglo V, tuvo un origen romano y además estuvo vigente durante mucho tiempo. También fue tomado como modelo para redactar posteriores ordenamientos y asimismo, es importante por haber incluido disposiciones relativas al cristianismo. Durante la segunda mitad del siglo V, en que se hacían más fuertes los reinos germanos, este código representaba la expresión jurídica más importante, su nombre se debe a Teodosio II, quien lo promulgó el año 438, para Oriente y al año siguiente en Occidente por Valentiniano III. El emperador Justiniano, lo sustituyó en el siglo VI, al aparecer las famosas compilaciones creadas en su régimen.

Este código se integraba con las Constituciones de los Emperadores cristianos a partir de Constantino El Grande, hasta el propio Teodosio II. Fue una fuente jurídica a la que se le conoció con el nombre de *leges*.

Consta de dieciséis libros, los cuales trataban todas las materias, como el derecho privado, el fiscal, el penal, incluyendo las cuestiones religiosas. Este código fue el primer enlace entre los germanos y romanos, con la caída del Imperio de Occidente en el año 475, se terminó con la preferencia oficial del derecho romano, como consecuencia se redujo su aplicabilidad, no obstante su espíritu y principios continuaron marcando el rumbo del derecho.

La obra de Justiniano pertenece a la antigüedad, la cual apareció como producto genuino de su tiempo y la cual jugó un importante papel. Justiniano no logró su propósito de unificar el Imperio, ni la imposición global de su derecho, estuvo temporalmente aplicado en el sureste de España y en algunas regiones de Italia. El Emperador hacía público su credo, reconocía que Dios era origen de todo orden, invocándolo para inspirar su labor, también la religión católica formó parte esencial del derecho.

Justiniano coincide con la formación de un verdadero Estado-Iglesia, donde el derecho se ocupaba de la religión católica como una parte integrante de la política imperial, esta característica tuvo influencia decisiva en el criterio legislativo de los gobiernos de la Europa medieval.

Integraron la obra jurídica de Justiniano, conocida posteriormente como *Corpus Iuris Civilis: el Código*, el cual contenía constituciones imperiales

anteriores, sujetas a enmendaduras y correcciones, fue publicado en el año 529. *El Digesto o Pandectas*, de carácter doctrinario, recopiló los tratados de importantes jurisconsultos, también con enmiendas y correcciones, apareció en el año 533. *Las Novelas*, integradas con nuevas constituciones. Por último, la *Instituta o Instituciones*, que contiene las instituciones de derecho civil, apareció en el 533.

Tenían un derecho consuetudinario la mayoría de los pueblos. En las etapas iniciales de las relaciones romano-visigóticas, algunas leyes se han atribuido a tres reyes: Teodorico “El Grande”, Teodorico I, y Teodorico II. Centra su atención en la unión de elementos jurídicos, principal factor integrador del Derecho Medieval. El contenido del Código de Eurico, abarca diversas materias tanto de derecho privado como algunas de derecho penal. El Breviario de Alarico, integró el derecho medieval, también se le conoce con el nombre de *Lex Romana Visigothorum*, el cual fue un importante texto legislativo.

Un cuadro más heterogéneo que el visigodo, presenta el derecho franco, que en los siglos de integración (V al IX) estuvo en vigor en gran parte del continente europeo, que comprendía los actuales territorios de Francia, Alemania y algunos otros, el elemento que más perdió influencia fue el romano, a medida que el Estado franco se fue consolidando predominaron las características germanas y eclesiásticas, destacando la *Lex Salica* y la *Lex Ripuaria*.

Muy notoria es en todos los grupos la influencia del catolicismo a través de la Iglesia tanto en el aspecto doctrinario como en la producción del derecho. Los monarcas francos se constituyeron en defensores y mantenedores de la catolicidad y sus ordenamientos lo confirman. El Código de Eurico, monumento de derecho romano vulgar, se utilizó como modelo para redactar la *Lex Salica*, la *Lex Burgundionum*, lo cual ayudó a la pequeña influencia del derecho romano en el derecho franco.

El derecho franco tuvo la mayor zona de influencia, en razón a las conquistas que se iniciaron desde tiempos merovingios y que habrían de culminar con el Imperio de Carlomagno, cuya extensión sobrepasó a cualquier dominio germano.

Cabe destacar que los monarcas francos repartían sus posesiones a sus descendientes, división que dio origen a varias naciones europeas.

La *Lex Salica*, se considera el texto más antiguo de las leyes francas, no se sabe el año exacto de su aparición, ni cuando comenzó su vigencia, los francos se convirtieron al catolicismo, sobresaliendo Clodoveo, quien se consideraba defensor de su religión y determinó una marcada influencia de ésta en el derecho.

“Se cita como redacción más antigua la llamada Glosa Malbergense, nombrada así por su relación con actividades de tribunales (mallum). El texto fue muy extenso alcanzando hasta noventa y nueve títulos, por lo que ha sido llamada –“Texto de los cien Títulos-”.¹⁷

Posteriormente apareció la llamada *Lex Salica enmendata o reformata*. En la organización social de los francos se determinó el derecho privado menos importante de lo que había sido para el derecho romano. *La Lex Salica* incluyó en su texto, disposiciones sobre relaciones familiares, contratos y sucesiones.

La historia franca, tuvo un importante periodo de unificación, debido a la extraordinaria actividad política y cultural de Carlomagno, durante el cual se expidieron Capitulares para poder gobernar extensas regiones del imperio. La unidad se desintegró debido a que los nobles francos dividieron los dominios entre los descendientes del Emperador.

Como principio rector de la política y a consecuencia de la influencia cristiana, se aceptó sin oposición alguna que todo poder provenía de Dios, en su nombre se efectuaban las funciones de las autoridades, en especial la del Rey, cuya potestad sólo era legítima previo juramento de fidelidad a los mandamientos divinos. Desde los tiempos de Constantino se consideró reunida la autoridad política y religiosa, por lo que la jerarquía de la Iglesia era indiscutible.

El influjo cristiano coadyuvó a fortalecer el concepto medieval sobre el régimen monárquico. Los reyes fueron abrazando su doctrina al convertirse al catolicismo. Por lo tanto el fortalecimiento de monarcas fieles buscaba el antiguo anhelo de universalismo humano y político preconizado por la cristiandad.

¹⁷ *Ibidem*, p. 67.

Al darles preferencia a las monarquías locales y pequeñas podría considerarse que dicho ideal se contradice, pero con ello se fomentaba la formación de reinos cristianos como medio para lograr esa universalidad tan anhelada. Esto pudiese explicar la participación eclesiástica en la redacción de las leyes donde se consignaban los fundamentos que salvaguardaban la autoridad e integridad de los reyes. Se les consideraba defensores de la Iglesia y sus principios, protectores de la fe en el reino, algo esencial para los gobiernos.

Un texto sobresaliente de la época fue el *Liber Iudiciorum*, en su Título I, declara la finalidad política de guardar los mandamientos de Dios y su Iglesia, también establece el carácter electivo del monarca.

Como se puede observar, la influencia del cristianismo fue tal, que es notoria en los textos jurídicos, por lo que en los puntos subsecuentes se explicará a detalle las circunstancias que influyeron en Europa, para el desenvolvimiento del derecho durante esta época.

Debido al gran interés que surgió durante este período, por el estudio de los textos jurídicos romanos, sobre todo los elaborados por Justiniano, se le conoce como la “Segunda Vida del Derecho Romano”, lo que realzó su importancia e influyó en las codificaciones futuras.

1.2.1. La Italia medieval

Los monasterios que por su especial funcionamiento eran lugares de retiro y observancia estricta de la doctrina cristiana, fueron también factores para la conservación de la latinidad. Salvaguardaron la lengua latina y otros elementos importantes de la cultura romana.

Ocuparon el territorio italiano los lombardos, en quienes predominaba su legislación germana, en la cual influyó el derecho romano y posteriormente tuvo un papel muy importante en Italia. Como ejemplos, se encuentran las siguientes legislaciones: *El Edictum Rotarii* del año 643, el *Liber Legis longobardorum* o *Liber Papiensis*, entre otras.

En Italia funcionaron establecimientos que realizaban estudios jurídicos, sobre derecho lombardo que contenía derecho feudal y ciertas raíces romanas, algunas partes del *Corpus* justiniano de algunos textos como de las *Instituciones* y el *Código*, no incluyendo el *Digesto*. Se inició un nuevo interés por el estudio del derecho romano-bizantino, que a través de unos ocho siglos aproximadamente formaron la “*Segunda Vida del Derecho Romano*”, lo que dio lugar a una gran cantidad de reinterpretaciones.

Escuelas de Pavía, Piza, Bolonia, entre otras, utilizaron el derecho romano incluyendo el *Digesto* con sus tres partes: *Vetus*, *Infortiatum* y *Novas*. Esa labor educativa la realizaron los juristas de los siglos XII, XIII y XIV, primero los glosadores, como el famoso Irnerio en Bolonia, fundador de este movimiento y sus seguidores de quienes destaca Acursio, autor de la *Glossa magna*. Esta obra fue publicada en 1240, la cual fue el resultado de la selección de miles de glosas dispersas, que sus predecesores habían escrito, contenía 96,940 glosas aproximadamente. Esta obra tuvo gran éxito debido a que era más práctico consultarla, que dirigirse a las obras originales.

Europa medieval no conocía el papel, el papiro era el que se utilizaba en esa época para escribir, el cual era producido por Egipto, y debido a que se encontraba en guerra, el papiro escaseó, por lo que era difícil conseguirlo, lo cual produjo como consecuencia que se comenzara a redactar notas en los libros antiguos. El procedimiento que utilizaban consistía en realizar apuntamientos interlineales en el propio texto llamados *glosas* y también se utilizaron las anotaciones marginales. Eran breves explicaciones que versaban sobre el texto del *Digesto*, para hacerlo comprensible.

Ninguna Universidad medieval ha tenido para el derecho tanta importancia como la de Bolonia, a la cual se le conoce como la “cuna del renacimiento del derecho justiniano”, a finales del siglo XI, y también comenzó a organizarse a principios del siglo XII, los estudios del derecho canónico.

La cultura académica medieval estaba repartida entre las llamadas siete artes liberales, que a su vez, formaban el *Trivium*, consistente en las ciencias verbales y lo integran la Gramática, la Dialéctica y la Retórica, el derecho encontró

su lugar en la Retórica. El *Quadrivium*, consistente en la ciencias exactas, y se componía de la Aritmética, la Geometría, Astronomía y Música.

Irnerio a quien se le conoce como el fundador de la Escuela de los Glosadores, logró mediante la redacción de las “glosas”, que la obra de Justiniano se convirtiera en la obra más consultada y comprensible de la época.

También destacaron en esta época Vacario, en la Universidad de Oxford en Inglaterra; Placentino, quien fundó la Universidad de Montpellier en Francia, Búlgaro, Martino, Hugo y Jacobo, a quienes se les denominó los Cuatro Doctores, cerrando este movimiento.

Con posterioridad se utilizaron textos resumidos llamados *Sumas*. En Perugia, aparece la Escuela de los Postglosadores o Comentaristas, iniciada por Cino de Pistoia, siendo Bartolo de Sassoferrato su máximo exponente, por lo que a sus discípulos se le denominó bartolistas. Sus criterios jurídicos tuvieron tal influencia que fueron respetados en los tribunales como si se tratara de la Ley.

Se le ha llegado a considerar como los fundadores de la ciencia jurídica moderna por utilizarse como base del derecho mercantil, penal y del derecho internacional privado europeo. Este movimiento trascendió bajo la denominación de *Mos Italicus*. También se principió la formación de profesionistas laicos, quienes desempeñaron un papel social muy importante.

Los estudios del derecho, sobresaliendo los italianos, no solo contaron con la población local sino también con estudiantes de diferentes partes de Europa, lo que propició la difusión y atracción del mismo, así como de la profesión jurídica laica. *El Digesto* tenía un carácter casuista, lo que dificultó su comprensión, pero todo ello lo superaron los glosadores y los comentaristas, porque se intentaba adecuar el derecho a las condiciones de la época.

Una nueva dirección doctrinal de los Postglosadores recibió el nombre de “*mos italicus*”, (estilo o modo italiano), debido a que se arraigó entre las universidades y los juristas italianos. Lo que caracterizó a este método fue la orientación a la aplicación del derecho a los problemas que surgieron en la práctica jurídica.

Humanistas franceses, estudiosos del derecho romano, en forma dogmática, sin aplicarlo en la práctica, realizaron sus estudios en la Escuela de Bourges, fundada por Budeo, a este estilo se le denominó el “*Mos Docendi Gallicus*, entre sus representantes se encuentra Cuyacio, quien fue un investigador arduo de los textos antiguos, y en sus análisis no estuvo de acuerdo con Justiniano y pretendió encontrar el derecho clásico detrás del derecho bizantino”.¹⁸

A pesar de la investigación realizada por estos juristas no obtuvieron el resultado que esperaban y se consideró más coherente el *Mos Italicus*.

Posteriormente, se creó la Escuela Holandesa llamada *Iurisprudentia Elegans*, la cual antecedió a la Escuela Histórica Alemana. Juristas sobresalientes como Hugo Grocio, quien fue reconocido como iusnaturalista e internacionalista, un fino romanista que escribió sobre los contratos y su interpretación, también contribuyó a la adaptación del derecho romano a la realidad holandesa.

Estudios laicos de derecho, eran un riesgo para las pretensiones del papado, el cual fue manejado por la Iglesia, aprovechando la integración del derecho canónico. En consecuencia el derecho canónico fue objeto de estudio, al igual que el derecho civil. Ambos fueron enseñados en las escuelas de derecho.

Esta “Segunda Vida” del derecho romano, dejó lo mejor en las diversas codificaciones neorromanistas de Francia, Alemania, Suiza, Austria, España, Turquía, Grecia e Iberoamérica.

En la Alta Edad Media, el *ius commune* fue considerado como el *substractum* jurídico general de Europa occidental, en caso de ausencia de alguna norma, se debía aplicar el *ius commune*. Estaba integrado por casos concretos y se apoyaba en el Digesto, por ello se considera un derecho casuístico que tuvo fuerza obligatoria.

Universidades de la época medieval elaboraron, enseñaron y difundieron el *ius commune*, basado en el *Corpus Iuris Civile* y el *Corpus Iuris Canonici*, debido a que éstas Instituciones podían ser eclesiásticas o reales como Paris y Oxford o privadas y municipales como la de Bolonia y Salamanca, ya que en todas las

¹⁸ SIRVENT GUTIERREZ, Consuelo y Margarita Villanueva Colín. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Editorial Oxford University Press, México, 1996, p. 19.

Universidades, la enseñanza del derecho era imprescindible y se enseñaba en latín, porque era considerada una lengua culta y también se utilizaba para escribir los libros de derecho en toda Europa hasta el siglo XVII.

El *Corpus Iuris Civile* y el *Corpus Iuris Canonici*, eran los únicos textos que se leían y repetían, ya que los derechos nacionales fueron objeto de estudio hasta principios de la Edad Moderna.

1.2.2. España en la Edad Media

España fue conquistada por los romanos en el año 218 a. C. A la llegada de los primeros romanos a la Península ibérica, había pueblos con un gran desarrollo cultural pero carecían de unidad jurídica y política. La mayoría de los pueblos tenían un derecho consuetudinario.

El grupo familiar hispánico y el grupo local eran agrupaciones sociales cerradas, que excluían de su derecho a quienes no fueran miembros de ellas. “Se aplicaba el principio de personalidad del derecho, esto es, que se regían exclusivamente las personas que forman parte de cada unidad política, cada miembro estaba regido por el derecho de su grupo social y era extraño a cualquier otro ordenamiento jurídico”.¹⁹

A la caída del Imperio Romano fue ocupada por los visigodos, que permitieron a los españoles la observancia de sus leyes y costumbres mientras ellos se regían por las propias.

En etapas iniciales de las relaciones romano-visigóticas, algunas leyes se han atribuido a tres reyes: Teodorico El Grande, rey de los ostrogodos; Teodorico I, rey visigodo muerto en la guerra con los hunos y Teodorico II, también visigodo. Los autores de estas leyes fueron reyes visigodos, especialmente Teodorico II, por esa razón se les denominó “*leyes teodoricianas*”. Aunque fueron promulgadas por estos reyes, se considera que se contó con la colaboración del Prefecto de Roma. Estas leyes se promulgaron aproximadamente durante el segundo tercio del siglo

¹⁹ CRUZ BARNEY, Oscar. *Historia del derecho en México*, 2ª. Ed., Editorial Oxford University Press, México, 2004, p. 43.

V, en las cuales reglamentaron el reparto de tierras entre godos y provinciales, incluyendo de ese modo en el campo del derecho a ambos elementos, éste fue un antecedente del derecho de propiedad característico de la Edad Media.

Eurico, rey de los visigodos del año 466 al 484, a quien se debe la primera codificación de derecho germánico, conocido con el nombre de Código de Eurico el cual apareció aproximadamente en el año 476. Se le considera el texto más antiguo de procedencia germana. Centra su atención en la unión de elementos jurídicos, principal factor integrador del Derecho Medieval. Tuvo una aplicación general entre los godos y los provinciales romanos.

Abarca diversas materias el Código de Eurico, tanto de derecho privado como algunas de derecho penal. Se tomó como modelo para redactar otras legislaciones entre las cuales destacan: *Lex Burgundionum*, *Lex Salica*, entre otras. Da relevancia a las ideas del derecho que se gestaron a los comienzos de la Edad Media, no obstante, no hubo unidad territorial por la desintegración del Imperio Romano.

Integró el derecho medieval el Breviario de Alarico, también se le conoce con el nombre de *Lex Romana Visigothorum*, fue un importante texto legislativo. Se creó en el año 506, y fue redactado por una comisión de juristas y eclesiásticos designada por Alarico II, rey de los visigodos.

Éste se compone principalmente de derecho romano postclásico y otras fuentes, *Leges*, compuestas por constituciones imperiales; *lura*, o doctrina de los jurisconsultos; resúmenes interpretativos conocidos con el nombre de *Interpretatio*. Las primeras incluyen gran parte del *Codex Theodosianus* y *leges* posteriores. “El Breviario con su tradición, estructura y apariencia, era indiscutiblemente romano, pero su fuente ya no lo era, provenía de un rey visigodo”.²⁰

Posteriormente se publicó el *Liber Iudiciorum o Liber Iudicum*, (Libro de los Juicios o de los Jueces), nombre que recibió en un principio el Fuero Juzgo. El derecho romano influyó en esta compilación y se logró una unificación entre los visigodos y los hispanorromanos, fue de gran relevancia para la época debido a

²⁰ ROSAS BENÍTEZ, Alberto. *Proyección histórica del Derecho. Génesis del Derecho Medieval. Siglos de Integración, Op. cit.*, Vol. III, p.59.

que se consideró como el primer Código Nacional de España, como lo hace saber Consuelo Sirvent.²¹ Se dividió en doce libros y contenía principios del derecho romano procesal, privado y penal, adecuado a la práctica forense.

Habría de sucumbir el reino visigodo en el año 711, por la irrupción de los musulmanes, los cuales fueron tolerantes y permitieron la sobrevivencia del derecho que continuó aplicándose por los visigodos residentes en los territorios ocupados. Al norte de la península donde se refugiaron los vencidos, su derecho siguió vigente, esta irregular situación preparó la futura regionalización jurídica española.

Entre los siglos XI al XV se produjo en España la introducción de un nuevo derecho, formado por el derecho romano justiniano y por el derecho canónico, a lo que se le llamó derecho común, al proceso de difusión se le conoció con el nombre de recepción.

Al unirse Castilla y León, con la ampliación de la nueva Corona de Castilla al incorporarse los reinos musulmanes de Córdoba, Murcia, Jaén y Sevilla, elevaron al poder político a los castellanoleoneses Fernando II y su hijo Alfonso X “el Sabio”; quienes intentaron renovar la vida jurídica de sus pueblos con las nuevas enseñanzas del derecho romano canónico.

Fernando II, inició las reformas planteadas, su hijo Alfonso “El Sabio”, las llevó a cabo a quien se le atribuye la realización del *Espéculo, Fuero Real y de las Siete Partidas*. *El Espéculo (Espejo)*, se realizó a principios de la legislación alfonsina, se divide en libros y a su vez en títulos y leyes. Fue elaborada aproximadamente en el año 1255, aún queda duda si este texto legislativo tuvo vigencia o no fue posible porque quedó inconclusa.

El rey Alfonso X “El Sabio”, promulgó el *Fuero Real*, con el cual pretendía lograr la unidad jurídica de su reino, creando una ley uniforme. Esta obra fue creada entre los años 1250 y 1255, la cual está dividida en cuatro libros y éstos a su vez en títulos y leyes. El primer libro trata sobre los oficios de los que intervienen en los procesos (abogados, escribanos, procuradores). El libro segundo se refiere

²¹ SIRVENT GUTIERREZ, Consuelo y Margarita Villanueva Colín. *Op. cit.*, p. 24.

al procedimiento judicial, el libro tercero versa sobre el derecho civil y el libro cuarto sobre el derecho penal.

Las *Siete Partidas* se crearon entre los años 1256 y 1265, se le dio este nombre por estar dividida en siete libros, esta obra llegó a representar la aportación más conocida del derecho español a la historia jurídica por lo que se le consideró una obra magna, la cual intentó cubrir todo el panorama del derecho. Consisten en:

- ❖ Primera Partida. Su contenido versa sobre la fe católica y de la organización de la Iglesia, influye el derecho canónico.
- ❖ Segunda Partida. Trata del derecho público del reino, poder político, cuestiones militares y tenencias de castillos y fortalezas.
- ❖ Tercera Partida. Se refiere al Derecho Procesal.
- ❖ Cuarta Partida. Trata sobre el Derecho Matrimonial.
- ❖ Quinta Partida. Se refiere a las obligaciones, contratos y algunas Instituciones de Derecho Civil.
- ❖ Sexta Partida. Se ocupa del Derecho Sucesorio.
- ❖ Séptima Partida. Versa sobre el Derecho Penal.

Fuentes que se utilizaron para la creación de esta obra fueron el derecho de Justiniano, el canónico, el germánico visigótico, el Decreto de Graciano, las Decretales de Gregorio IX y la obra de los glosadores.

Esta obra jurídica tiene gran relevancia debido a que se aplicó en los territorios conquistados en América por España. En 1348 se promulgó el Ordenamiento de Alcalá, debido a que la diversidad de ordenamientos jurídicos causaba algunos conflictos en la aplicación del derecho.

En el año de 1484, los Reyes Católicos, Isabel y Fernando; publicaron las Ordenanzas Reales de Castilla también conocidas como Ordenamiento de Montalvo.

Bartolomé de Atienza realizó la culminación de la recopilación de diversos textos jurídicos que estaban dispersos y la cual ya se había iniciado años atrás, a esta obra se le llamó "Nueva Recopilación" y Felipe II la promulgó en el año 1567, constituida por nueve libros, que contienen las leyes, ordenanzas y pragmáticas.

Legislado el Derecho Real para las “Indias”, constituyó la base para el derecho indiano. Al nombrar a las “leyes de Indias”, se hace referencia a toda norma emanada del Rey, del Consejo o de las Principales autoridades reales residentes en las Colonias Españolas de América; el Consejo de Indias fue siempre el órgano centralizador de la política y de la legislación real, pero debido a la distancia entre la Corte y los puntos de América, las autoridades residentes en las Colonias Españolas de América llevaron a cabo un proceso de descentralización, de tal forma que el derecho romano tuvo mayor importancia en España.

La enseñanza del derecho romano en las Indias se manifestó en las Universidades destacando las de México y Lima que fueron las primeras.

Durante los siglos XIX y XX surgen las grandes codificaciones, el derecho romano dejó de ser derecho positivo pero la mayor parte de los códigos contienen principios de derecho romano.

1.2.3. El Derecho Canónico y El Renacimiento

A partir de la fundación de Roma, el Derecho Romano en el año 753 a.C., ha evolucionado continuamente transitando por diferentes periodos de la historia romana, destacando el Derecho Justiniano, por la influencia jurídica que tuvo durante la etapa conocida como la Segunda Vida del Derecho Romano. La Edad Media es una etapa de transición con la caída de Constantinopla, la cual quedó en poder de los turcos, el derecho romano se transformó, por un lado existía el dominio de los germanos y por el otro el mundo oriental.

Durante esta época cobró importancia el Pontífice de la Iglesia, la caída del Imperio de Occidente liberó a éste de la subordinación jurídica a la que estaba sometido y sus decisiones llamadas cánones, integran lo que es el Derecho Canónico.

El Derecho Canónico destaca por la organización política, social y económica que tuvo en aquella época. La Iglesia constituyó el sustento de mayor importancia

en la vida de la época. El Derecho Canónico o Eclesiástico, esta constituido por disposiciones jurídicas de la Iglesia católica.

La expresión derecho canónico proviene del griego *kanón*, que tiene como significado regla, por lo cual, a las primeras reglas de este derecho se les llamó cánones.

La organización sistemática de su derecho se originó a partir del siglo IV, cuando la Iglesia alcanzó su consolidación adquiriendo un lugar sobresaliente en la vida social y política de la época. En los primeros tiempos del cristianismo la fuente primordial de este derecho fueron las Escrituras, posteriormente aparecieron otras fuentes emanadas de los Pontífices, los Concilios, entre otros.

Iniciando la Edad Media, el panorama político y jurídico de Europa, experimentó un fenómeno generalizado de interacción de elementos políticos y religiosos que se complementaron, aunque los segundos superaron a los primeros.

Se formó una identidad de intereses y de propósitos entre el gobierno, representado por los reyes y su aparato de gobierno; y la eclesiástica representada por el Papa, los Obispos y el clero en general. Su nexo primordial era la salvaguarda y defensa de la religión cristiana.

Sobresale en el pensamiento jurídico de la Alta Edad Media, San Isidoro de Sevilla, a quien se le considera un “monumento de sabiduría y ejemplo intelectual de su tiempo cuya autoridad fue reconocida aun después de su muerte, entre su inmenso saber tuvieron lugar las ideas jurídicas”.²²

Uno de sus méritos más sobresalientes, es el haber reunido las tendencias culturales de su época, por un lado participó en el esfuerzo por salvaguardar la cultura antigua, la cual tendía a extinguirse, por otra parte, contribuyó a la organización del pensamiento cristiano y a la acción social de su Iglesia. Todo ello comenzó cuando iniciaba la nacionalidad española. La importancia de San Isidoro de Sevilla se extendió en gran parte de Europa Occidental.

²² ROSAS BENÍTEZ, Alberto. *Proyección histórica del Derecho. Génesis del Derecho Medieval. Siglos de Integración, Op. cit.*, Vol. III, p. 89

Tenemos que la noción de autoridad como institución autónoma se remonta posiblemente al apóstol San Pedro, considerado cabeza de la Iglesia, posteriormente su autoridad se apoyó en otras fuentes como la Patrística, algunas disposiciones conciliares y ordenamientos propiamente pontificales. La Iglesia ya tenía la independencia institucional y la universalidad cristiana.

Buscaba el derecho Canónico tener un Cuerpo de leyes como el *Corpus Iuris Civilis*, por lo cual creó el *Corpus Iuris Canonici*. El derecho romano dio la pauta para ese tipo de compilaciones. Otra influencia del derecho romano, es el llamado *Dictatus Papae*, el cual expresaba que: “*Quod solus possit uti imperialibus insignias...sólo el Papa puede llevar el emblema imperial*”.²³

El *Corpus Iuris Civilis* y el *Corpus Iuris Canonici*, constituyeron el derecho común, lo cual fortaleció la supremacía eclesiástica, porque el derecho común abarcó toda la cristiandad europea, lo cual significó un triunfo político y jurídico para la Iglesia.

Paulatinamente, el derecho canónico se ha ido formando a través de 20 siglos de cristianismo, como lo destaca Consuelo Sirvent,²⁴ por lo cual se sustenta en las siguientes fuentes:

1. El Nuevo Testamento, el cual contiene los principios en los que se basa la religión.
2. La costumbre, contenida en escritos antiguos.
3. Los cánones, consistentes en las disposiciones emanadas de los concilios.
4. Las decretales, eran disposiciones de los Papas, donde aclaraban asuntos doctrinales, en algunos casos el Papa lo hacía por iniciativa propia, y en otros casos para dirimir controversias.

Las primeras compilaciones que se conocen fueron atribuidas a los apóstoles, redactadas entre los siglos III y V, llevándose a cabo la colección de cánones conocidas como las compilaciones de *Dionisio-Hadriana*, escrita a finales

²³ ROSAS BENÍTEZ, Alberto. *Proyección histórica del Derecho. Regreso Medieval del Derecho Romano*. Volumen IV, Editorial Hexágono, México, 1995, p. 60.

²⁴ SIRVENT GUTIERREZ, Consuelo. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, 7ª ed., Edit. Porrúa, México, 2005, p. 28.

del siglo V, por el monje Dionisio el Exiguo, la cual consta de dos partes: una integrada por los cánones apostólicos y conciliares y la otra por la colección de decretales desde Siricio I hasta Anastasio II. Posteriormente, se localizó otra colección, La compilación Isidoriana o Hispana, redactada a finales del siglo VI, elaborada posiblemente por San Isidoro de Sevilla, conformada por los concilios orientales y africanos, así como las Decretales de Dámaso I hasta Gregorio Magno.

Durante el siglo XII, considerada la época clásica del derecho canónico, un monje llamado Graciano, maestro de teología, estudió las normas de la iglesia, en las cuales encontró que existían contradicciones entre los cánones y los textos. Por lo que, decidió ordenar todo este material en una compilación a la que llamó *Concordia Discordatum Canonum*, también se le conoció como Código de Graciano.

Esta obra se utilizó como base para la formación del *Corpus Iuris Canonici* y para la enseñanza en universidades como en la de Bolonia, que funcionó a modo de libro de texto.

Tuvo gran importancia el Derecho Canónico, incluso llegó a prohibirse el estudio del Derecho Romano, por lo que el interés por éste último creció, sobre todo cuando se encontró el manuscrito del *Digesto*. El Derecho Canónico y el Derecho Romano integraron el llamado *ius comune*, aplicándose en Europa.

Después de Graciano, se intentó recopilar el vasto material jurídico de la Iglesia. Durante el siglo XIII, el Papa Gregorio IX, publicó una colección de leyes contenida en cinco libros, la cual fue publicada en el año 1234, bajo el título de Decretales, también conocida como Liber Extra. El *Decreto de Graciano*, las *Decretales*, el *Libro Sexto* y las *Clementinas*, integran lo que se llama el *Corpus Iuris Canonici*, título que se utilizó en el siglo XVI.

El procedimiento canónico tuvo gran influencia en las legislaciones laicas de Europa, particularmente en Francia, Italia y Alemania, mas no en Inglaterra, cuyas instituciones procesales conservaron el régimen acusatorio proveniente de la

costumbre germánica y de “*la accusatio romana*, administrándose justicia por medio de un jurado popular”.²⁵

Hasta 1917, manifiesta Consuelo Sirvent,²⁶ que el *Corpus Iuris Canonici* se reemplazó, cuando se publicó el Código Jurídico Canónico de Benedicto XV. Con motivo del segundo Consejo Vaticano se llevó a cabo una revisión de la ley canónica lo que dio por resultado la promulgación de un nuevo Código Canónico en 1983.

En el Siglo XVI, se produjo un notable florecimiento de los estudios del Derecho romano como consecuencia de trascendentales cambios políticos, sociales y económicos, surgidos en la humanidad, lo que dio origen al llamado “Renacimiento”, con el cual todas las manifestaciones de la inteligencia tomaron nuevas direcciones.

Precisamente, el movimiento relativo a los estudios jurídicos no lo inician juristas, sino hombres de letras, cuya finalidad era estudiar las lenguas antiguas. Entre ellos podemos nombrar a Lorenzo Valla, Angel Poliziano y a Pomponio Leto, quienes examinaron los textos clásicos y son los que orientaron la nueva posición que adoptaron los juristas a partir de ese momento.

Francia fue el centro de la dirección humanística de la Ciencia del Derecho, donde para los humanistas el *Corpus Iuris*, fue una manifestación del antiguo espíritu de Roma.

Los fundadores del renacimiento humanista de la ciencia legal fueron el alemán Ullrich Zasius, el francés Guillaume Budde y Andrea Alciato, éste último fue profesor en las universidades de Burgos y Avignon y posteriormente en las universidades italianas.

El exponente más sobresaliente del humanismo fue Jacques Cuyacius, por él la Universidad de Burgos se convirtió en el centro de la corriente llamada “*Mos Gallicus*”, los seguidores de esta corriente se interesaban en el estudio de las fuentes originales para descubrir cómo era el derecho romano clásico sólo en forma teórica, sin tratar de aplicarlo a la práctica forense.

²⁵ SIRVENT GUTIERREZ, Consuelo y Margarita Villanueva Colín. *Op. cit.*, p. 16.

²⁶ SIRVENT GUTIERREZ, Consuelo. *Op. cit.*, p. 31.

Contrario al *“Mos Gallicus”*, estaba el *“Mos Italicus”*, que era la continuación de los seguidores de los comentaristas, quienes argumentaban que en la práctica forense, los juristas querían un derecho predecible el cual proporcionara seguridad jurídica. Los seguidores de esta corriente reconocían las críticas que se hacían al derecho romano medieval, pero consideraban que debido al desarrollo alcanzado por éste, se había producido un derecho más seguro por lo que se debía de perfeccionar. Esta corriente tuvo mucha aceptación y se extendió por Europa.

Mientras transcurría el siglo XVII también en Holanda tuvo importancia el estudio del Derecho. Como resultado del traslado de juristas franceses pertenecientes a la corriente del *“Mos Gallicus”* a este lugar, surge la *“Jurisprudencia Elegante”*, el objetivo de esta corriente era combinar la teoría con la práctica, para lograr que el derecho romano se hiciera útil, uno de los juristas sobresalientes de esta escuela lo fue Ulric Huber.

Durante el siglo XVIII apareció la Escuela del Derecho Natural, la cual consideró al Derecho como un producto de la razón humana, idéntico para todos los pueblos y común para todos los tiempos. Hugo Grocio fundó esta escuela *“racionalista”*, con su obra *“De iure belli ac pacis”*. A Hugo Grocio se le debe el movimiento codificador del siglo XVIII.

1.3. Antecedentes Históricos de la Guarda y Custodia en la Época Moderna

El reconocimiento general del Derecho Romano, se debe a la constante presencia de éste, en todas las épocas de la Historia de Europa. Tras la caída del Imperio Romano, el Derecho Romano ejerció gran influencia en el Derecho consuetudinario de los Estados germánicos que le sucedieron. Luego adquirió renovada importancia en la Alta Edad Media, en la Escuela Jurídica de Bolonia. Tampoco dejó de ejercer su influencia en el Derecho canónico de la Iglesia y fue admitido en los Estados nacionales que se desarrollaban a comienzos de la Edad Moderna.

Por otra parte cabe advertir que el material jurídico justiniano había ganado un sólido prestigio y autoridad sobre todo el oriente, debido a una serie de

circunstancias que le fueron favorables como, el mantener la gran aportación jurisprudencial de Roma, el funcionamiento de renombrados centros para el estudio del derecho, un abundante número de juristas y además la vocación jurídica del Emperador Justiniano, que lo llevó a realizar una gran labor compiladora del derecho romano, la cual por su calidad se hubiese impuesto sola, sin la necesidad de utilizar las armas, para reunificar el imperio.

El Derecho Romano durante la Alta Edad Media en Europa, habría de combinarse con otros elementos como fueron los principios doctrinarios cristianos y el derecho consuetudinario germánico, lo que dio origen al derecho medieval.

Necesidades y requerimientos de la época, impulsaron la búsqueda de apoyos jurídicos que satisficieran los intereses de ese momento lo que originó el retorno del derecho romano.

Sobresale el redescubrimiento del Corpus, en especial del Digesto, porque ayudó al regreso del derecho romano, el cual se aplicaría como fuente doctrinal, el derecho es una ciencia actuante y el derecho romano fue idóneo para ser aplicado, debido a su trascendencia marcó los rumbos jurídicos del mundo moderno.

Trabajos del Emperador Justiniano, respondieron primero a inquietudes culturales, esto nos ayuda a comprender el porque los juristas de los siglos XI y XII fueron eruditos y gramáticos y posteriormente se convirtieron en especialistas del derecho romano.

El Derecho Romano se proyectó hacia el exterior y llegó a todo el mundo conocido desde entonces. Se extendió por toda la península Itálica y finalmente a las regiones conquistadas por los romanos, tuvo gran influencia y se fue arraigando en muchos de estos lugares.

Posteriormente, el Derecho Romano sirvió como base para el derecho occidental principalmente en España, Alemania, Francia, inclusive hasta para Inglaterra, en cada país se desarrolló de forma diferente, esto explica el por qué el Derecho Romano se convirtió en un Derecho universal.

Como resultado de la labor de los juristas de la Edad Media, el Derecho Romano fue transformado en lo que hoy se conoce como Derecho Civil, y era

enseñado en las Universidades de la época, poco a poco fue surgiendo el Derecho Nacional, por lo cual, los juristas debían enfocarse a la realización de códigos propios. En 1679 en París, se creó la Cátedra de Derecho Francés; en 1707, en Wellemer se enseñó el Derecho Alemán; con lo que se hace notar que el Derecho romano constituyó la base de la enseñanza del mismo en las diversas Facultades de Derecho.

No solo estuvo presente en la antigüedad y en la Edad media, sino que se prolongó hasta la época moderna y contemporánea, en donde se incluyen los países latinoamericanos que conservan la influencia romanista.

1.3.1. Europa Moderna

La Ley Romana medieval se convirtió en la piedra angular de la enseñanza del Derecho en las universidades junto con el Derecho canónico, eran los que aprendían los juristas cultos, llegan a aplicarse de manera predominante porque en éstos se resume el saber jurídico de la época.

Contó con el auxilio de los Reyes, el auge de los juristas letrados que se habían educado en la tradición romano-canónica, por lo que esta unión influyó en la formación del Estado moderno.

En Europa la recepción del Derecho causó algunos conflictos debido a que algunos círculos conservadores lo consideraron como una amenaza a sus intereses y tradiciones. En Italia, el Derecho que se impartía en las Universidades se impuso de manera rápida y decisiva, ya que en ese país el derecho vulgar romano era una tradición.

Vemos que la recepción en Francia varió de acuerdo con el lugar, estaba dividida en dos regiones: el sur y el norte. En el sur, regía el derecho romano de forma escrita, conocido a través del Breviario de Alarico y además se habían desarrollado grandes centros de estudio; mientras en el norte del país, regía el Derecho consuetudinario constituido por el derecho germánico. Esta situación se mantuvo hasta que entró en vigor el Código Civil Francés de 1804.

Constituyeron en Europa, un aspecto de la unidad de occidente, el *ius comune*, el latín y la Iglesia universal, lo que influyó en el crecimiento del nacionalismo y la consolidación del poder real.

En muchas partes de Europa continental, el naciente nacionalismo legal se transformó en lo que sería la codificación, periodo que comenzó en el siglo XVIII y alcanzó su apogeo en el siglo XIX.

Los romanos llamaban *codex*, al conjunto de pequeñas tablas de madera, sobre las cuales escribían, y éstas se ataban de tal forma que se formaba un cuaderno.

Se ha utilizado durante la Edad Moderna la palabra *Código* para designar las colecciones de leyes promulgadas por el poder público, por el cual presentan la legislación de una materia determinada.

A partir de la segunda mitad del siglo XVIII los códigos se adoptaron en todos los países del continente europeo. Éstos se caracterizaron por una pretensión de construir un nuevo orden legal que incluyera entre sus preceptos soluciones para todos los casos posibles, cuyo principal propósito era reorganizar el Derecho vigente.

Varios juristas consideraron que era importante que los códigos estuvieran basados en principios o cumplieran con determinados requisitos, donde destaca el jurista inglés Jeremías Bentham,²⁷ quien manifestó que una buena codificación debe tener lo siguiente:

1. Un buen código debe evitar todo casuismo y contener definiciones breves de sus Instituciones,
2. Un buen código debe cubrir alguna de las ramas del derecho importantes para el ciudadano en general,
3. Un buen código no debe dejar un amplio margen de discrecionalidad al Juez,
4. Un buen código debe evitar la referencia a otros sistemas jurídicos para llenar sus lagunas,

²⁷ *Ibidem*, pp. 48-49.

5. Un buen código debe ser completo, contener todas las obligaciones a las que debe estar sujeto el ciudadano,
6. Un buen código debe estar escrito con claridad y sencillez, para que todos los interesados puedan tener conocimiento de la ley.

Se necesitaba plasmar los principios de justicia, de libertad, la dignidad de los individuos y el orden que debía guardarse, todo esto se podría lograr a través de un código. Como resultado surgen el Código de Napoleón y el Código Alemán, los cuales sirvieron de modelo a los demás países.

En Francia, bajo las órdenes de Juan Bautista Colbert, ministro del Rey Luis XIV, fueron elaboradas tres importantes leyes: la Ordenanza Civil, la Ordenanza Criminal y la Ordenanza Marítima y Mercantil; y tenían como objetivo establecer un Derecho uniforme en el reino.

Cuando Napoleón Bonaparte fue nombrado primer cónsul de Francia, decidió introducir una legislación que se utilizara en todo el país por lo que nombró una Comisión para la elaboración del Código Civil. Una vez terminado este proyecto, el Código se componía de 36 leyes, éste fue promulgado en el año de 1804, con el nombre de Código Civil de los Franceses, en 1807 se le llamó Código Civil de Napoleón. En éste influyeron aspectos del Derecho romano, así como las costumbres, las ordenanzas reales y los principios fundamentales de la Revolución Francesa como la libertad e igualdad.

Posteriormente, se publicó el Código de Procedimientos Civiles en 1806, el Código de Comercio en 1807, el Código Penal en 1810 y el Código de Procedimientos Penales en 1811; los que se consideran como los cinco Códigos importantes que se crearon con Napoleón.

El Código de Napoleón, se elaboró con un lenguaje claro y conciso porque se pretendía que cualquier ciudadano pudiera entenderlo, comprender sus derechos y obligaciones legales, por lo que lo consideró como el mayor logro de todas sus victorias.

Comenzó a ser conocido el Código Civil Francés por lo que fue admirado y sirvió de inspiración para la creación de más códigos en Europa continental. En 1814, un profesor alemán llamado Anton Friedrich Justus Thibaut publicó su obra

“*De la necesidad de un Derecho Civil para Alemania*”, en donde insistió en la necesidad de elaborar un Código para esta nación.

Ideas de este profesor fueron discutidas por la llamada Escuela Histórica cuyo representante lo fue Federico Carlos von Savigny, quien publicó en ese mismo año su obra titulada “De la vocación de nuestro siglo para la legislación y el Derecho”, donde expresó que el Derecho era parte de la cultura de la gente, por lo que consideró al Derecho como una emanación del alma del pueblo.

La Escuela Histórica del siglo XVI, se caracterizó por el estudio del Derecho romano clásico, por su obra destaca el italiano Iulius Pacius, quien en su libro “*Iuris Civiles Rom, Initia et Progressus*”, incluyó estudios sobre las Doce tablas, a Ulpiano y Gayo; cuyo objeto fue destacar al Derecho entre las manifestaciones del Renacimiento. La Escuela Histórica del Derecho del siglo XVIII y XIX, tuvo influencia romanista, de la cual destacó el gran jurista Friedrich Kart von Savigny, con su famosa obra *Historia del Derecho Romano*, en donde hace notar la presencia del Derecho romano en los inicios de la época contemporánea.

Savigny sostenía que la codificación no era lo más ideal, porque impedía la evolución del Derecho al estar contenido en un código fijo y rígido.

Apareció en 1864, el Código Bávaro; por lo que en 1874, se nombra una comisión encargada de redactar el código civil. Finalmente se promulgó el Código Civil Alemán en 1896 y entró en vigor en el año de 1900. El Código Civil Alemán (*Burgerliches Gesetzbuch*) o BGB como es conocido, contiene una parte general y cuatro libros sobre obligaciones, derechos reales, familia y sucesiones. Se trata de una obra para expertos, ya que es un código muy sistemático dirigido principalmente a los jueces.

Influyeron en la creación de los futuros códigos, el Código Civil Francés y el Código Alemán, por lo que son parte de la tradición neorromanista contemporánea.

El Código Civil Francés, sirvió de apoyo para la elaboración del Código Holandés de 1838, del Código Italiano de 1865, del Código Civil Español de 1888, del Código de Louisiana de 1808, del Código Civil de Portugal de 1867, así como los países de Egipto, Argelia y Marruecos. También gran parte de los países

latinoamericanos lo han tomado como modelo, mencionando a México como un ejemplo.

Ha jugado un papel muy importante el Código Alemán y también ha influido en los códigos de Grecia, Austria, Hungría, Yugoslavia, Japón, China y Turquía, por mencionar algunos.

En el año 57 a. C., Bélgica se convirtió en una provincia romana, posteriormente llegaron los germanos y finalmente fue ocupada por los francos. Durante la Edad Media estuvo dividida en estados feudales por lo que se logró su unificación con Napoleón y en el año de 1807, el Código Civil francés se adoptó.

Suiza primero elaboró una Constitución, intentó unificar el Derecho, pero fue hasta en 1907 que se redactó el Código Civil que entró en vigor en el año de 1912; que contenía lo relativo a las personas, familia, sucesiones y derechos reales. Se caracterizó por ser claro y sencillo, de manera que prevaleció su carácter nacional en los principios jurídicos, lo cual le concedió al Juez los vastos poderes para juzgar conforme a la equidad.

Podemos observar que los códigos constituyeron una conexión entre el iusnaturalismo y el positivismo para lograr los ordenamientos perfectos de esta época. A partir de este momento la tarea del jurista era estudiar e interpretar dichos instrumentos jurídicos.

Con el paso del tiempo, se dieron cuenta que los códigos no eran tan perfectos, ya que si no se actualizaban constantemente, se corría el riesgo de que quedaran obsoletos e inaplicables, por lo que se consideró que debían ser complementados con la elaboración de otras leyes y de esta forma mantener la actualización de los mismos, para adecuarlos a la realidad social.

1.3.2. América Latina

Como se puede notar, cada una de las potencias europeas colonizó el territorio descubierto, el dominio de Europa en América influyó para la formación de diversas corrientes de pensamiento, las cuales fueron determinantes para la creación de las múltiples legislaciones de este continente una vez lograda su

independencia. La influencia del Derecho romano es evidente en las colonias conquistadas por España, así como la influencia del *Common Law* en los territorios conquistados por Inglaterra.

Los irlandeses llegaron a Canadá en el siglo IX, posteriormente llegaron los franceses y en 1608 se fundó la provincia de Quebec. Inglaterra permitió el crecimiento de la población francesa y en 1774 se firmó un Acta en la cual se permitió a los franco-canadienses se gobernarán con sus propias leyes. El Derecho francés constituyó la base de su Código de 1866, en el que se consideró el Derecho de familia y algunas instituciones mercantiles. El resto del territorio de Canadá se regula por el *Common Law*.

El Estado de Louisiana, estuvo sometido a Francia hasta 1769, luego fue cedido a España y en 1803 se incorporó a los Estados Unidos. Este estado tiene cierta relevancia debido a que su Código Civil de 1808 se inspiró en el Código de Napoleón, se sustituyó en 1825 siendo modificado en 1947; es importante mencionarlo ya que contiene ciertas características particulares, el resto del territorio de Estados Unidos es regido por el *Common Law*.

En varias partes de Sudamérica y Centroamérica se desarrollaron importantes culturas antes de “La Conquista”, el derecho que se conoce de éstas es gracias a las obras que escribieron los altos funcionarios, los clérigos y hasta los indígenas que se incorporaron a la civilización.

Sudamérica, tuvo grandes e importantes culturas como los incas, y otras sociedades establecidas y con un Derecho muy desarrollado. “Cabe referirse a los mochicas (norte del Perú, 300 d.C.); los tiahuanacos (Bolivia, Perú, Chile, Argentina, 200-1000 d.C.), los chibchas (Venezuela, 700-1400; Colombia, 1100-1450) y a los indios de la cultura-manteña (Venezuela, 500-1400)”²⁸

Alrededor del año 1200 d.C., los incas tuvieron una severa jerarquía, organizada desde Cuzco, se dividía en cuatro clases: nobles, libres, siervos y esclavos.

²⁸ MARGADANT S., Guillermo Floris. *Op. cit.*, p 355-356.

EL DERECHO INDIANO

El derecho indiano surge para regular la situación de las nuevas colonias, se hará hincapié en especial a las gobernadas por la Corona Española. Por esa razón, se crea el Consejo de Indias; lo relativo al comercio es vigilado por la Casa de Contratación de Sevilla, fundada en 1503.

El Derecho Indiano se define como “el conjunto de leyes y disposiciones de gobierno promulgadas por los reyes y por las autoridades a ellos subordinadas para el establecimiento de un régimen jurídico particular en las Indias”.²⁹ El Derecho castellano se aplica con carácter supletorio respecto al Derecho indiano.

Las principales autoridades fueron: los virreyes, las audiencias (órganos judiciales), los gobernadores de las provincias, el clero, los gobiernos locales de los municipios de españoles o de “indios”, los corregidores y los consulados.

Respetaban los conquistadores el Derecho indígena siempre y cuando fuese compatible con los intereses de la Corona y la Iglesia. La Corona a través del “Consejo Real de Indias”, legisló para los territorios de ultramar de forma especial, conocido como “derecho indiano peninsular”.

Ejemplos de leyes de la época son: las Bulas alejandrinas de 1493, las Leyes de Burgos de 1512-1513 y las Ordenanzas de 1573.

LA CODIFICACION DEL DERECHO EN AMERICA

Una vez obtenida la independencia de Europa, las colonias americanas comenzaron a crear sus propias leyes, para adecuarlas a la realidad social en la que se encontraban y además para no continuar rigiéndose por el Derecho de sus colonizadores.

Los primeros colonizadores de Brasil fueron los portugueses, en 1822 Brasil se independizó de Portugal, y Pedro hijo de Juan VI, se declaró emperador del mismo. La legislación portuguesa estuvo vigente en Brasil hasta su independencia.

El brasileño Augusto Teixeira de Freitas, abogado romanista y seguidor de Savigny, recibió el encargo de ordenar los preceptos civiles, lográndolo en 1858

²⁹ CRUZ BARNEY, Oscar. *Op. cit.*, p. 223.

con la obra llamada *Consolidación de las Leyes Civiles*. Dado el éxito de esta obra, se le encomendó la realización del proyecto del Código Civil, el cual constó de siete volúmenes publicados entre 1860 y 1865, a los cuales se le conoció con el nombre de *El Esbozo*.

Con posterioridad esta obra fue olvidada. A partir de entonces se intentó elaborar una nueva legislación, se realizaron varios trabajos hasta que en 1916 se publicó el Código Civil, en el cual se percibe una gran influencia del Código Civil Alemán, sobre todo en la parte general. El Derecho nacional influyó en la parte de familia, en lo referente a la propiedad y a la transmisión de las obligaciones se basa en el sistema romano.

Al lograr la unificación de Argentina, se le encargó al jurista Vélez Sársfield, la elaboración de un proyecto de Código Civil. Vélez descubrió los trabajos del brasileño Freitas, por lo que mantuvieron una breve correspondencia. La obra del brasileño Freitas *El Esbozo*, influyó sobre Vélez, quien tomó la metodología de organización del Código, artículos, notas y soluciones, algunas muy innovadoras.

Asimismo tiene gran influencia de la obra de Savigny, por lo que se considera que dicha obra publicada en 1869 y la cual entró en vigor en 1871, fue la primera de la escuela savigniana, que apareció en el mundo, tres décadas antes del Código Alemán, como lo hace notar Ravinovich-Berkman.³⁰

MÉXICO

Antes de la conquista española, el derecho imperante en el territorio mexicano se le conoce como Derecho indígena, de carácter consuetudinario plasmado en Códices que manifiestan la organización política, social y jurídica de la época. Los conquistadores, al llegar a América encontraron algunos derechos vivos como el azteca o mexica, el maya y el tarasco.

Tenía cimientos de índole feudal y tributaria el Derecho mexica. Las fuentes más importantes de éste son "*Las Leyes de Nezahualcóyotl*", entre otras. La jerarquía mexica estaba conformada de la siguiente forma: la punta de la pirámide la ocupaba el rey y a su lado se encontraban los nobles (los altos militares o

³⁰ RAVINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. *Un viaje por la Historia del Derecho*, Editorial Quorum, Argentina, 2002, p. 287.

funcionarios administrativos), le seguían los altos sacerdotes, luego los *pochteca*, quienes eran comerciantes, los cuales realizaban funciones de diplomacia y de espionaje; le sigue la clase de los artesanos y después los *macehualtin* y en la base de la pirámide se encontraban los *tlatlacotin*, es decir, los esclavos; de los cuales los prisioneros de guerra o los que tenían un mal comportamiento, eran sacrificados a los dioses.

El sistema de la familia mexicana era patriarcal, el matrimonio celebrado con la primera esposa, solo podía ser disuelto por divorcio el cual autorizaban los jueces y basado en pruebas, los matrimonios considerados como secundarios podían ser disueltos por repudio.

Los mexicanos desarrollaron los contratos de compraventa y de préstamo. Su derecho penal contaba con castigos significativos, como máxima pena se contemplaba la muerte, también otras penas como la tortura, la esclavitud y la destrucción de ciertas propiedades.

En 1521, se llevó a cabo la conquista de la Gran Tenochtitlan, por lo cual los pueblos indígenas quedaron sometidos a la Corona Española y al territorio conquistado se le llamó la Nueva España. Cortés fue gobernador de la misma en 1522 y hasta el año de 1542 comenzaron a aplicarse las leyes españolas con Antonio de Mendoza, primer virrey de la Nueva España.

Como no eran del todo adecuadas para el nuevo territorio conquistado, se comenzaron a elaborar leyes específicas para las colonias españolas, como el Ordenamiento de Alcalá, Las Leyes de Toro, La Nueva Recopilación, la Novísima Recopilación y las Siete Partidas. Se podría considerar como derecho propio de las colonias conquistadas la Recopilación de las Leyes de Indias. Como una Ley especial para la Nueva España se puede mencionar a la Ordenanza de Intendentes, que se refiere a la organización política, administrativa y judicial de la colonia.

Llegó a México el derecho romano-canónico a través del derecho castellano, posteriormente se buscó crear un derecho propio con la influencia del Derecho romano, el cual estuvo presente a través de Las Siete Partidas de Alfonso X "El Sabio", y las Leyes de Indias.

Al independizarse México de la Corona Española en 1821, surge el interés por crear una legislación nacional, por lo que en 1870 se elabora el primer Código Civil, en el cual es notoria la influencia obtenida del Código Civil de Napoleón, en 1884 se promulgó un Código Civil que se adecuó a las necesidades del país. En 1932 entró en vigor el Código Civil que actualmente rige al Distrito Federal.

Puede decirse que las ideas contemporáneas sobre el papel y significado histórico del Derecho, inician en la Escuela Histórica Alemana, representada por Federico Carlos von Savigny y seguida por otros juristas. Desde entonces el Derecho cobró una dimensión histórica, sigue un trayecto a través de los tiempos y va respondiendo a las circunstancias que éstos presentan.

Lo más destacable para la historia del Derecho, es la creación de una verdadera ciencia, por ser la primera en contener un rico material doctrinario y un derecho escrito, que hizo posible que la vida social romana se sustentara en el derecho.

“Tal circunstancia constituye un legado a la humanidad, que aún perdura como paradigma en la organización de toda sociedad. Con el agregado moderno de la libertad e igualdad, los regímenes actuales pretenden alcanzar un Estado de Derecho, cuyo remotísimo origen se encuentra de cierta manera en Roma, en cuanto dicho estado proviene de un orden jurídico acatado y respetado unánimemente”.³¹

³¹ ROSAS BENÍTEZ, Alberto. *Proyección histórica del Derecho. Regreso Medieval del Derecho Romano*, *Op. cit.*, Vol. IV, p. 26

CAPÍTULO II: CONCEPTOS FUNDAMENTALES

El núcleo fundamental de la sociedad: la Familia, por ser un grupo trascendental, el Estado busca su protección creando leyes que salvaguarden los intereses y el bienestar de cada uno de sus miembros, pero sobre todo de los más vulnerables, como es el caso de los menores de edad, de los incapaces y de los adultos mayores.

En este Capítulo, se explicaran los Conceptos fundamentales referentes a la presente investigación para poder hacer entendible la misma y la comprensión de este tema se facilite.

2.1.Familia

Se puede observar que la familia ha jugado un papel importante a lo largo de la historia y su evolución ha marcado las pautas para que el legislador pueda crear leyes acordes buscando su protección y destacando la importancia de la misma.

Todos y cada uno de los miembros que conforman a la familia son importantes, pero siempre los miembros más vulnerables son los que más deben protegerse.

Deriva el término familia del latín “[*famulus*], que significa grupo de siervos y esclavos patrimonio del jefe de la *gens*”,³² que para los romanos significaba cada miembro perteneciente al grupo familiar y que además de habitar en la misma casa también se alimentaban, incluyendo a los esclavos como parte del patrimonio familiar.

El Derecho romano hacía la distinción entre los ciudadanos *alieni iuris*, quienes estaban sometidos a la autoridad del *paterfamilias*; y del *sui iuris*, el cual no está subordinado a ninguna autoridad, Morineau Iduarte³³ explica que las personas *alieni iuris* estaban sometidas a las siguientes autoridades:

-La autoridad paternal

³² <http://es.wikipedia.org/wiki/Familia>, Consulta 10 de Junio de 2009.

³³ MORINEAU IDUARTE, Marta. *Op. cit.*, p. 59.

-La autoridad del marido (*manus*)

-Autoridad especial sobre un hombre libre sobre otro hombre libre, (*mancipium*).

Los *sui iuris* no estaban sometidos a ninguna autoridad, sin embargo, podrían estar limitados por razón de la edad, como consecuencia de esta circunstancia podían estar bajo tutela o curatela, según el caso. También son los únicos que podían poseer un patrimonio propio y ejercer las potestades del *paterfamilias*.

A la mujer se le llegaba a denominar "*materfamilias*, pero no le da un derecho que se especifique, sino más bien le otorga un título honorífico dentro de la familia y la sociedad".³⁴

También los romanos hacían distinción entre los lazos de parentesco que los unían entre los miembros de una familia, los cuales los dividían entre parentesco natural o de sangre llamado *cognatio* y el parentesco civil creado por la ley llamado *agnatio*. El parentesco *cognatio*, es aquel que une a las personas en línea recta o en línea colateral, sin distinción de sexos, por medio de la sangre, por descender de un autor común, este parentesco fue reconocido en la línea paterna y en la materna.

El parentesco *agnatio*, es el parentesco civil que surge de la autoridad paternal o marital, éste solo fue reconocido en la línea masculina. Esto significa que la familia romana por medio de este parentesco, se compone por todos los individuos que están bajo la autoridad de un *paterfamilias*. Hasta la época de Justiniano desaparece esta diferenciación, ya que el parentesco *cognatio* es suficiente para reconocer los derechos de familia.

Como se puede ver, la familia ha ido evolucionando en sus distintos ámbitos, en este caso, los romanos fijaron precedentes relevantes para el desarrollo del Derecho Mexicano.

"La familia es elemento activo, nunca permanece estacionada, sino que pasa de una forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a uno más alto..."³⁵

³⁴ *Ídem*.

³⁵ MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Tomo III, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 5.

Históricamente está comprobado que el elemento social es el grupo y no el individuo como tal. Sus orígenes se remontan desde los tiempos primitivos hasta llegar a la época actual. Existe la hipótesis de que hubo un sistema matriarcal antes del sistema patriarcal, debido a la naturaleza de la mujer como procreadora, por esa razón se cree que haya sido la primer forma de organización de la sociedad humana. En la época romana destaca el sistema patriarcal, la familia dependía del *paterfamilias*; tenía su culto privado, una tumba propia y sus propios dioses.

Al transcurrir del tiempo las comunidades familiares se fueron uniendo para poder sobrevivir lo que originó el Estado y posteriormente el Derecho, reconociendo una organización familiar y social.

La influencia social de la familia comenzó a decaer a medida que se desintegraba el antiguo sistema que la sustentaba, el cristianismo vino a dar un giro a la integración familiar debido a que consagra el matrimonio como un sacramento lo que trae como consecuencia la desaparición de la familia feudal, el sistema del patriarcado como tal, existiendo una relación monogámica establecida en sus principios en el Código de Napoleón, y como este fue tomado como modelo para crear el derecho occidental el matrimonio se rige y se disuelve por la ley.

Cabe destacar que la Familia “es un núcleo base de la sociedad y, por ello, encargada de la organización, desarrollo, vigencia y reglamentación de las relaciones familiares que surgen con motivo de la procreación, cuidado, vigilancia de la niñez, de su educación, formación profesional y de la conducta de los seres humanos para vivir en armonía; por esa razón, nuestro legislador se interesa por el matrimonio, por los derechos que tienen los hijos, así como se encarga de resolver los conflictos que se presentan dentro del hogar y que puedan dar motivo al divorcio, así como sus relaciones patrimoniales que correspondan a los padres y los hijos dentro de una familia”.³⁶

De acuerdo a la definición anterior, lo que se puede observar es la importancia de la familia en la sociedad, de ello se deriva la preocupación por protegerla ante las diversas situaciones que se lleguen a presentar. Es el

³⁶ LOZANO RAMIREZ, Raúl. *Derecho Civil, Derecho Familiar*, Tomo I, Editorial PAC, México, 2005, p. 7.

elemento básico de la sociedad, de ella depende el desarrollo de los seres humanos en la vida moderna. Desde los orígenes de la historia, la Familia ha jugado un papel medular, ya que se ha logrado comprobar que el elemento social es el grupo y no solo el individuo.

Como consecuencia se han desarrollado diversas corrientes que estiman necesaria la intervención del Estado para proteger a la Familia y otras que no están de acuerdo en la intervención de éste. Las primeras argumentan que gracias a la intervención del Estado, la familia ha sobrevivido a lo largo del tiempo, el interés principal es que los miembros de la familia se conviertan en ciudadanos útiles para la sociedad. El Estado es el responsable de brindar la protección necesaria por medio de la creación de leyes encaminadas a la protección de la familia, así como vigilar la educación de los miembros de la misma sobre todo de los menores de edad, así como tutelar su sano desarrollo y llegar a privar de autoridad a aquellos padres que se excedan y que no estén en condiciones de desempeñarla satisfactoriamente.

La otra corriente, que no está de acuerdo con la intervención del Estado, argumenta que originalmente se formó por la unión libre de un hombre y una mujer por los sentimientos entre uno y otro, con el fin de ayudarse y conservar la especie humana, por lo que debe de considerarse un grupo “autárquico”, y no se le debe al Estado la existencia de ésta a través del tiempo.

También la familia tiene otro aspecto relevante regulado por el Estado, es lo referente al patrimonio familiar, ya que una de sus funciones primordiales es el sostenimiento de sus miembros y la educación de los hijos, por lo que necesita de un patrimonio para cumplir sus finalidades.

Debido a lo mencionado con anterioridad, la Familia es el objeto de estudio para diversas ramas del conocimiento, por lo que puede ser estudiada desde diferentes enfoques como el biológico, el teológico, el sociológico, el jurídico, etc. El punto relevante es este último, aunque los otros enfoques también influyen para determinar el espíritu con el que se crearan las leyes encaminadas a la protección de la Familia.

Los vínculos jurídicos que rigen a los miembros de la familia, se basan en el parentesco, derivado de la unión de un hombre y una mujer ya sea por medio del matrimonio o el concubinato con el fin de procrear hijos. Desde la existencia de la pareja comienzan a establecerse los derechos y obligaciones entre ambos, así como la protección de los hijos antes de concebirse o después de su nacimiento.

Desde el enfoque jurídico, la familia se considera a partir de los padres, los ascendientes, los descendientes y los parientes colaterales hasta el cuarto grado, tal como lo establece el Código Civil para el Distrito Federal, el cual limita el parentesco en línea colateral hasta el cuarto grado, para reconocer los derechos y obligaciones que éstos tienen.

El matrimonio civil y el concubinato son las uniones reconocidas jurídicamente, ya que en el caso de México, el matrimonio religioso solo es reconocido por la sociedad mas no para el derecho, porque con la creación de las Leyes de Reforma, el vínculo religioso dejó de surtir efectos jurídicos.

Actualmente, se introdujo con las reformas del año 2000, el Título Cuarto Bis, titulado “De la Familia”, contenido en los artículos 138 Ter al 138 Sextus, del Código Civil para el Distrito Federal, donde se define “Familia”, y a continuación se mencionan:

**Título Cuarto Bis
De la Familia
Capítulo Único**

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 Quáter. 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 138 Sextus. Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares.³⁷

³⁷ <http://www.asambleadf.gob.mx/index2.php?pagina=191>,
<http://www.asambleadf.gob.mx/is52/010805000001.pdf>, Consulta 15 de Junio de 2009.

Derivado de los artículos anteriores, puede establecerse otro concepto de la figura de Familia: “es la institución jurídica que surge de la propia naturaleza biológica, ética y social del ser humano; es una comunidad de vida primaria vinculada por lazos de matrimonio o concubinato y parentesco, cuyas relaciones interpersonales de sus miembros (cónyuges, concubinos, hijos, progenitores), constituyen un conjunto de deberes, derechos y obligaciones reguladas por el derecho; relaciones que deben darse en un ambiente de consideración, solidaridad, respeto a su dignidad e integridad física y psíquica, que el Estado está interesado en proteger”.³⁸

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la familia es el núcleo donde se forma la sociedad o el país, es por ello que no debe ser maltratada, esclavizada o discriminada, y razón por la cual es protegida por el Estado.

En la actualidad, el concepto de familia y su composición ha cambiado considerablemente, debido a la intervención de los derechos humanos, se ha tenido que tomar en cuenta a las personas homosexuales, por lo cual en la red de Internet se propone una definición subjetiva y visionaria de lo que es familia actualmente: “Familia es un núcleo de amor y nada mas”.³⁹

Este tema es muy complejo y polémico, y por no ser tema fundamental del actual trabajo de investigación, no se profundiza en el mismo, por ser de análisis de otros temas. Aunque las recientes reformas a los ordenamientos del Distrito Federal dejan un amplio margen de análisis acerca del tema y solo se mencionaran las reformas realizadas en la última década, para hacerlas de conocimiento y tomarlas como referencia.

2.2.Derecho de Familia

Como se ha mencionado con anterioridad, la Familia es la célula básica de la sociedad, en la que cada uno de sus miembros están vinculados jurídicamente por

³⁸ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, etal. *Derecho de Familia*, Editorial Oxford University Press, México, 2008, p. 9.

³⁹ <http://es.wikipedia.org/wiki/Familia>, Consulta 15 de Junio de 2009.

la relación intersexual, la procreación y la filiación, y por su importancia es protegida por el Estado.

El Derecho, “del latín “*rego*” –*ere*- llevar en línea recta, del cual procede el compuesto *dirigo*, –*ere*- dirigir. Siempre con el matriz implícito de línea recta. Del vocablo, –*dirigere es directus*-, “dirigido en línea recta”, que dio en castellano el derivado culto directo y el popular derecho”.⁴⁰ Para los romanos, el derecho es conocido con el término –*ius*-, el cual es el derecho elaborado por el hombre, *la lex humana*. En sentido amplio, “–*el ius*- es el conjunto de reglas que rigen las relaciones de los hombres dentro de la sociedad”.⁴¹

Para Montesquieu, el Derecho es un conjunto de leyes reguladoras de las relaciones que sostienen entre sí los ciudadanos. Savigny⁴² define al derecho como la expresión del espíritu común nacional y por consiguiente, de su voluntad que es también la voluntad de todos los individuos.

Así el Derecho es definido como “el conjunto de principios, preceptos y reglas a que están sometidas las relaciones humanas en toda sociedad civil, y a cuya observancia pueden ser compelidos los individuos por la fuerza”.⁴³

Unidos estos dos conceptos, han dado origen a las diversas definiciones existentes sobre el Derecho de Familia, por lo que se mencionan las siguientes:

Bonnecasse lo define: “como el conjunto de reglas de derecho de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto, es presidir la organización, vida y disolución de la familia”.⁴⁴

Otra definición, “Rama del Derecho Civil relativa al conjunto de normas jurídicas que rigen la formación, el funcionamiento y los efectos de las relaciones familiares, así como su disolución y la sucesión hereditaria entre las personas”.⁴⁵

Para Edgar Baqueiro y Rosalía Buenrostro,⁴⁶ el derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas de orden público e interés social que regulan la

⁴⁰ <http://www.cem.itesm.mx/derecho/referencia/diccionario/bodies/d.htm>, Consulta 17 de Junio de 2009.

⁴¹ MORINEAU IDUARTE, Marta. *Op. cit.*, p. 30.

⁴² LOZANO RAMIREZ, Raúl. *Op. cit.*, p. 7.

⁴³ <http://www.cem.itesm.mx/derecho/referencia/diccionario/bodies/d.htm>, Consulta 17 de Junio de 2009.

⁴⁴ LOZANO RAMIREZ, Raúl. *Op. cit.*, p. 7.

⁴⁵ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, *Op. cit.*, p. 4.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 9.

constitución, organización y disolución de las relaciones entre los miembros de la familia con el objeto de proteger el desarrollo integral de ellos.

El español Castro Lucini, dice que el Derecho de Familia es entendido en dos sentidos: el objetivo y el subjetivo. “En sentido objetivo es el conjunto de normas que regulan la institución familiar, esto es, el grupo social de carácter estable y sentido ético constituido por personas unidas por el vínculo de parentesco. En sentido subjetivo, es el conjunto de facultades y deberes, subsumibles bajo el término –funciones-, que corresponden a los miembros de la institución familiar”.⁴⁷

En este caso para los romanos, el Derecho de Familia era analizado desde los *sui iuris* –*paterfamilias*-, autoridad a la que estaban sometidos los *alieni iuris*. Una persona *sui iuris*, a veces se veía limitada su capacidad por distintas razones, como por la edad, por lo cual debían estar bajo la figura de la Tutela. El *paterfamilias* era el titular del patrimonio familiar, y su responsabilidad era protegerlo, administrarlo y en su momento heredarlo.

Roma, entendía a la familia como un grupo de personas sometidas a la autoridad de un jefe o *paterfamilias*. Esta Institución no se mantuvo sin modificarse, fue evolucionando y con Justiniano la familia se fue convirtiendo al actual concepto.

Se encontró en la enciclopedia el siguiente concepto: “El Derecho de Familia es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia, entre sí y respecto de terceros. Tales relaciones se originan a partir del matrimonio y del parentesco”.⁴⁸

Puntualiza el Diccionario Jurídico en Línea del Tecnológico de Monterrey que el Derecho de Familia es “parte del Derecho Civil que se ocupa de las relaciones personales de individuos unidos por el vínculo de parentesco”.⁴⁹

⁴⁷ LLEDO Yagüe, Francisco, et al. *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, pag. 21.

⁴⁸ http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_de_familia, Consulta 18 de Junio de 2009.

⁴⁹ <http://www.cem.itesm.mx/derecho/referencia/diccionario/bodies/d.htm>, Consulta 18 de Junio de 2009.

La familia es tutelada por el Estado, éste es el encargado de la creación de las leyes que regulen la convivencia entre sus miembros, por lo que el Derecho Civil es la rama del derecho, que contiene dichas leyes, a su vez, el Derecho Civil se subdivide en Derecho Familiar, el cual, regula las instituciones del matrimonio, el divorcio, la filiación, la adopción, el parentesco, la patria potestad, la tutela; así como también todo lo relacionado al patrimonio familiar.

Para comenzar con la regulación de la familia, es importante el parentesco, el cual, debe ser reconocido para surtir sus efectos jurídicos. Algunos autores consideran tres fuentes constitutivas de la familia: el matrimonio, la filiación y la adopción. La ley reconoce el parentesco por consanguinidad, afinidad y el civil (por medio de la adopción).

El parentesco por consanguinidad es el que existe entre los miembros de la familia que descienden de un tronco común, puede ser ascendente, descendente o colateral.

Por afinidad, es el lazo que se adquiere por el matrimonio o el concubinato, entre el varón y los parientes consanguíneos de la mujer, y entre la mujer y los parientes consanguíneos del varón.

Considerado el parentesco civil por adopción, por algunos autores como un contrato, para otros estudiosos es un acto jurídico múltiple. La adopción es una relación jurídica entre el adoptante y el adoptado, quienes tienen los mismos derechos y obligaciones que origina la filiación legítima, entre padres e hijos, se equipara al parentesco por consanguinidad.

Se tiene que en el Código Civil para el Distrito Federal, en su Título Séptimo, De la Filiación, en sus artículos 337 y 338; se define en el primero las circunstancias legales en las que se considera a un ser humano por nacido, considerándolo como tal si vive durante veinticuatro horas o es presentado vivo ante el juez del Registro Civil y el segundo trata sobre la filiación, que es la relación existente entre el padre, la madre y el hijo formando el núcleo primario de la familia.

El Derecho de Familia, en México es estudiado como una rama del Derecho Civil, debido a que éste es muy extenso. En el Código Civil para el Distrito Federal,

es el Libro Primero donde ubicamos los artículos relacionados con el Derecho Familiar.

Con respecto al patrimonio familiar y todo lo relacionado a las sucesiones son materia de otras ramas del estudio del Derecho Civil, llamadas Derecho de los Bienes y Derecho Sucesorio, relacionadas con el Derecho de Familia.

Ha ido evolucionando el Derecho de Familia, no se ha quedado estático, ya que deben adecuarse las circunstancias familiares presentes en la sociedad para la creación de leyes que motiven a la solución de los conflictos familiares de éste país, todo se debe a la evolución de la familia tradicional, ya que el padre deja de ser la autoridad suprema para convertirse junto con la familia nuclear en un círculo democrático en el que hay igualdad entre los miembros, en el cual hay mayor participación de éstos en la toma de decisiones familiares.

Como consecuencia, el matrimonio entra en crisis y tienen auge la unión libre y el divorcio, así como la disminución del número de hijos dentro del matrimonio. Actualmente, es la realidad que se presenta por lo que el Derecho de Familia ha tenido reformas de crucial importancia en México, concretamente en el Distrito Federal; ya que se ha solicitado la igualdad entre los cónyuges, sobre todo al momento de divorciarse, con respecto a los hijos, introduciendo una nueva figura jurídica: la "Custodia Compartida", figura europea muy novedosa, de la cual falta definir muchos detalles legislativos.

Inclusive se ha modificado el concepto de familia, es muy posible que en unos años más, la familia ya no se integre como la conocemos hoy, teniéndola que llamar la "Familia clásica o tradicional", para diferenciarla de la "Familia moderna, novedosa o de nuevo concepto".

Los Códigos que rigen en el Distrito Federal en materia Civil y Familiar, durante la última década han sufrido múltiples reformas buscando una solución a los conflictos familiares, incluso han introducido una nueva figura legal, creando con ello desconcierto jurídico y asimismo polémica ante estos eventos, los cuales requieren un análisis jurídico más profundo. En otros casos, se han derogado artículos que eran importantes para determinar las pautas a seguir en los asuntos familiares, con lo que la confusión ha crecido.

Es importante hacer notar que se requiere un estudio minucioso de los nuevos temas en materia familiar ya que el Derecho siempre evoluciona, de forma conjunta con la sociedad, por lo que es de fundamental importancia analizar con precisión las reformas futuras acerca de la materia.

2.3. Matrimonio

Existía en el sistema romano la figura denominada “*Los esponsales*”, la cual, posiblemente era un elemento consensual del matrimonio, por lo que el matrimonio se componía de dos actos, el compromiso y la consumación del matrimonio. En el Derecho actual, ya no existe esta figura y con las reformas realizadas en mayo del año 2000 al Código Civil para el Distrito Federal, se derogaron los artículos que hacían mención a dicha figura.

Se llama en el Derecho Romano, “*iustae nuptiae* o *iustum matrimonium* a la unión conyugal monogámica llevada a cabo de conformidad con las reglas del derecho civil romano”.⁵⁰

En la sociedad romana, la familia tenía un lugar primordial, derivado del interés político y religioso que ésta tenía, por lo que se buscaba su conservación a través de la Institución del matrimonio, cuyo fin era la procreación de los hijos para la continuación de la misma.

Para Modestino el matrimonio era: “la unión de un hombre y una mujer implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos, (*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*). (D.23,2,1)”.⁵¹

En la era moderna, la naturaleza patriarcal que existió durante el siglo pasado, se fue desvaneciendo a finales del siglo XX, y en pleno siglo XXI, en la época contemporánea, se introduce el concepto “democracia familiar”, para que todos y cada uno de los miembros de la familia participen en la toma de decisiones

⁵⁰ MORINEAU IDUARTE, Martha. *Op. cit.*, p. 62

⁵¹ *Ibidem*, p. 63

de la misma, en la que la mujer también participa para aportar al gasto familiar y se produce igualdad entre los miembros de la ésta.

La mujer logra abrirse camino para integrarse en la vida activa de la sociedad y por lo tanto juega un papel trascendente en la historia, ya que su ocupación doméstica deja de ser lo esencial para poder estar en niveles profesionales, laborales, intelectuales, etc.

Por lo expuesto con anterioridad, el orden preestablecido en la familia tradicional se ve afectado y en el reacomodo social también influye en el papel que juega el hombre, dando como resultado que también debe participar en la tareas domesticas y deja de ser el sustento único económico de la familia, por lo que en el ámbito jurídico debe regularse la igualdad de los sexos y deja de especificarse tareas determinadas a un sexo en especial. Por ello se busca adjudicar derechos y obligaciones a ambos cónyuges evitando así la discriminación entre éstos, y logrando la existencia de la igualdad.

Todo lo anterior se debe a la evolución de la familia tradicional, ya que el padre deja de ser la autoridad suprema para convertir a la familia nuclear en un círculo democrático en el que hay igualdad entre los miembros, dando lugar a una mayor participación de éstos en la toma de decisiones familiares.

Ha ido evolucionando el matrimonio, en la actualidad hay diferentes percepciones con respecto a esta institución que forma la base de la Familia, para Ruggiero “el matrimonio es institución fundamental del derecho familiar, porque el concepto de familia reposa en el de matrimonio como supuesto y base necesarios. De él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, y cuando no hay matrimonio, sólo pueden surgir tales relaciones, derechos y potestades por benigna concesión y aún así son éstos de un orden inferior o meramente asimilados a los que el matrimonio genera”.⁵²

Sustenta el derecho mexicano el criterio del parentesco por consaguinidad, afinidad y por filiación fundamentalmente, reconociendo al matrimonio como una institución familiar, como un acto jurídico solemne, es la base de la familia y del

⁵² ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia*, Tomo Segundo, 11ª. Ed., Editorial Porrúa, México, 2006, p. 200.

cual surgen derechos y obligaciones entre cada uno de los miembros. Al contrario del concubinato, que solo confiere algunos derechos y obligaciones.

Planiol⁵³ definió al matrimonio como la unión sexual del hombre y de la mujer, elevada a la dignidad del contrato por la ley, y de sacramento por la religión.

Bonecasse sostenía que el matrimonio es una institución jurídica y se entiende como una organización de reglas de derecho unidas por un fin común y a la que se someten los esposos al declarar su voluntad en el acto de celebración. A continuación algunas definiciones de matrimonio se exponen en los siguientes renglones:

El matrimonio puede ser definido como la unión de un hombre y una mujer con sentido de permanencia y sobre la base de amor, asistencia y respeto recíprocos y sin perjuicio de procreación, la que no es, sin embargo, objeto esencial de esta institución.

El Matrimonio Canónico: El religioso contraído con arreglo a las prescripciones de la Iglesia católica.

El Matrimonio Civil: El celebrado ante el funcionario competente del Estado, conforme a la legislación ordinaria.

El Matrimonio putativo: Matrimonio supuesto, el que tiene apariencia de tal, sin serlo en realidad. En sentido estricto, por matrimonio putativo se entiende el nulo por causa de un impedimento dirimente, pero que surte efectos como si hubiera sido lícito y válido, por haberse contraído de buena fe.

El Matrimonio Consumado: Aquel en el cual los cónyuges se han unido carnalmente después de la celebración.⁵⁴

En el cristianismo, se estableció la manifestación del consentimiento de las parejas de contraer matrimonio ante la Iglesia y la ceremonia queda registrada en Actas parroquiales, ésta unión por la forma de celebrarse, se distingue de otras uniones como el concubinato.

Carlo Jemolo distinguió entre “matrimonios constituidos y matrimonios celebrados, los primeros son las uniones que conforman un género de vida, aún

⁵³ *Ídem.*

⁵⁴ <http://www.cem.itesm.mx/derecho/referencia/diccionario/bodies/m.htm>, Consulta 11 de Julio de 2009.

cuando no sean precedidas de una ceremonia, en tanto que los matrimonios celebrados son los anteceditos por ceremonias creadoras del vínculo...”⁵⁵

A partir de la Revolución francesa el matrimonio se estipulo como laico, por lo que el matrimonio religioso no es válido para la cultura occidental, en cuanto a reconocimiento y validez se refiere para adquirir derechos y obligaciones, sino que el matrimonio reconocido es el celebrado ante funcionarios del Estado.

En el caso de México, a partir de las Leyes de Reforma, el matrimonio se establece laico y solo es válido ante la ley civil, por lo que se adquieren derechos y obligaciones, si es celebrado ante el Juez del Registro Civil, por lo que cumpliendo con estos requisitos, el matrimonio es un acto jurídico solemne y surte efectos jurídicos si es celebrado conforme a las disposiciones de las leyes establecidas.

Además el matrimonio, de ser un acto jurídico solemne, también contempla como requisito el acuerdo de voluntades, por lo que constituye un contrato. Otros requisitos que se contemplan para la celebración del matrimonio son: que los contrayentes tengan la mayoría de edad, en caso de ser menor de edad, se requiere el consentimiento de los padres o del tutor en su caso, que no existan impedimentos establecidos por la ley como pueden ser:

- La falta de edad requerida por la ley.

- La falta de consentimiento de los padres o del tutor para el caso del menor de edad.

- El parentesco por consanguinidad, sin limitación de grado en línea ascendente o descendente, así como en línea colateral.

- La violencia física o moral para la celebración del matrimonio.

- Padecer una enfermedad crónica e incurable y contagiosa.

- El parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado por pariente consanguíneo.

Hoy en día se han modificado los requisitos de forma para contraer matrimonio, basta presentar los siguientes documentos por ambos contrayentes:

- Acta de nacimiento.

- Credencial de elector.

⁵⁵ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, *Op. cit.*, p. 45.

- Comprobante de domicilio.
- Recibo de pago de derechos que corresponda.
- Presentarse ante el Juez del Registro Civil.

También, es importante al momento de la celebración del matrimonio, elegir un régimen patrimonial por el que se sujetará éste. Entendemos como régimen patrimonial el conjunto de normas que regulan todos los asuntos pecuniarios, de propiedad, administración y disposición de los bienes de los cónyuges, así como los derechos y obligaciones que se generan entre los cónyuges desde el momento de celebrarse el matrimonio hasta su disolución, en su caso.

En el Derecho mexicano se consideran dos clases de regimenes patrimoniales: la sociedad conyugal y la separación de bienes. El primero se rige por las capitulaciones matrimoniales establecidas en el Contrato de matrimonio, por medio de este régimen, los cónyuges convienen en unir sus bienes y productos en forma total o parcial, salvo establezcan lo contrario.

El segundo se establece en la capitulaciones matrimoniales contenidas en el Contrato de matrimonio, por medio del cual la situación de los cónyuges respecto al patrimonio es la misma que tenían antes del casamiento, cada uno conserva la administración, usufructo y propiedad del mismo, exceptuando las obligaciones que se derivan del matrimonio como el sostenimiento económico del hogar y para proporcionarse alimentos entre si o a los hijos, en su caso.

Éste tiene una excepción, los bienes del cónyuge que deje de proporcionar alimentos sin justificación alguna, al otro cónyuge o a los hijos si los hay, el que ha dejado de recibirlos puede acudir al Juez de lo Familiar, a efecto que autorice la renta, gravamen o venta de esos bienes para satisfacer las necesidades alimentarias.

En la época contemporánea, existe una revolución de ideas que influyen en el ámbito legislativo, por lo que aún no podemos prever las consecuencias exactas de la influencia de la sociedad, por lo que la unión libre (concubinato) y el divorcio van en aumento.

El concubinato nace dentro del Derecho romano para designar la unión de una pareja cuyos miembros viven juntos, pero que por falta de *connubium* o por

consideraciones políticas no podían o no querían celebrar el *justae nuptiae*. Se le reconocieron ciertos efectos sucesorios a la concubina y a los hijos. Por no crearse parentesco con el padre los hijos nacían *sui iuris*.

Al concubinato, en el derecho canónico se le desconoce y no tiene efectos reconocidos para la sociedad. El concubinato regulado en el Código Civil en los artículos 291 Bis, 291 Ter y siguientes, se establecen los derechos y obligaciones recíprocos que adquiere una pareja por vivir en un lapso de tiempo de dos años de forma constante y permanente, no es necesario cumplir con ese tiempo si hay un hijo de por medio; en caso de que existan varias parejas con una misma persona no se reconocerá el concubinato.

A partir de las reformas del 25 de mayo de 2000, realizadas al Código Civil para el Distrito Federal, los efectos jurídicos que surte el matrimonio civil los equiparan con el concubinato. En la Gaceta Oficial del Distrito Federal No. 88, de esta misma fecha, el matrimonio se definía de la forma que sigue:

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

Después de las recientes reformas efectuadas al Código, publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal No. 747, de fecha 29 de diciembre de 2009; el concepto de matrimonio se ha modificado para poder tener igualdad con la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial No. 136, de fecha 16 de noviembre de 2006; inclusive ésta ley sirvió como antecedente para no discriminar a ningún ciudadano en ninguno de los aspectos, el artículo quedo como sigue:

Artículo 146. Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.

A este tenor, con las reformas del año 2000, el legislador estableció y distinguió que solo las uniones entre hombre y mujer serían consideradas para la celebración del matrimonio, es decir, entre personas de distinto sexo.

Justamente las últimas reformas del año 2009, ya no se hace tal distinción, para permitir que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio civil, tema polémico en la actualidad y sería un tema de análisis profundo ya que también se les permitirá adoptar menores de edad. Estas reformas han causado gran revuelo en todo el país, en los distintos sectores de la sociedad.

Las recientes modificaciones realizadas a este artículo, causaron gran descontento en algunos sectores conservadores de la sociedad incluyendo los Gobiernos de algunos Estados panistas, ya que esta modificación esta permitiendo realizar matrimonios entre personas del mismo sexo, y no solo eso, sino que también se permite la adopción de menores por éstas parejas en el Distrito Federal.

Como resultado de estas innovaciones, en Febrero de 2010, se presentaron controversias constitucionales ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación en contra de los matrimonios entre personas del mismo sexo que se llevan a cabo en el Distrito Federal, así como la adopción de menores por éstas parejas; como resultado de las recientes reformas realizadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, presentadas por algunos Estados gobernados por el Partido de Acción Nacional (PAN), como son: Sonora, Jalisco, Baja California, Guanajuato, Tlaxcala y Morelos, los cuales no están de acuerdo en que surtan sus efectos jurídicos en éstos, ya que no reformarán sus leyes en cuanto a este tema se refiere.

Resolvió la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desechar las controversias constitucionales por "*notoria y manifiesta improcedencia*", porque ningún gobierno estatal puede emplear esta vía para oponerse a leyes o reformas legales de otra Entidad y por no tener interés jurídico sobre éstas, quien emitió el fallo fue el Ministro Sergio Valls Hernández.

La Corte solo analizó el recurso presentado por la Procuraduría General de la República (PGR), en representación de Arturo Chávez Chávez, quien ostentó una

Controversia Constitucional en contra de las reformas de diciembre de 2009, realizadas al Código Civil para el Distrito Federal. El día 23 de febrero de 2010, la Consejería Jurídica del Gobierno del Distrito Federal, representada por Leticia Bonifaz, entregó en la Oficialía de Partes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el informe en el cual fijaron la postura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, sobre la celebración de los matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, basándose en la ampliación de derechos en beneficio de los capitalinos, y argumentando que la familia ha evolucionado al presentarse varios tipos de la misma.

Al respecto, la Corte resolvió de la misma forma que las otras controversias, en agosto del año en curso, emitió el fallo en el que manifestaron los ministros que no procedía la Controversia Constitucional; reconociendo las reformas elaboradas en el Distrito Federal respecto a los matrimonios entre personas del mismo sexo, considerando que son constitucionales; analizando con detenimiento el tema de la adopción. Como se puede observar este máximo órgano de justicia, pretende respetar la libertad que tiene una entidad federativa para modificar sus leyes locales.

Todas estas transformaciones, realizadas en el Distrito Federal, resultan interesantes cuestionarse qué es lo que va a pasar y que les espera a los ciudadanos de esta Ciudad con todo este tipo de leyes que los legisladores de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal crean sin analizar la situación de fondo. El impacto que esto causará en la sociedad, es difícil de predecir, tomando en cuenta que la mayor parte de la población del país es conservadora, situación que influye aunque se trate de un Estado laico.

Además, es importante analizar de fondo, ya que debe tenerse en cuenta la primacía del interés y el bienestar del niño, para que el menor de edad pueda crecer en un ambiente familiar sano, y no solo realizar reformas para fines políticos, perdiendo los elementos esenciales para la creación de las leyes, como lo es, en este caso, la protección del menor de edad.

2.4. Menor de edad (Niño, adolescente o joven)

El bien jurídico tutelado en la presente investigación es el bienestar del menor de edad, cuando los padres deciden divorciarse. Por lo que debe ser la principal motivación para crear leyes encaminadas a buscar su sano desarrollo a fin de que esta etapa no le afecte a su equilibrio “*biopsicosocial*”.⁵⁶

“Un menor de edad es, legalmente un individuo que aún no ha alcanzado la edad adulta. La minoría de edad comprende toda la infancia y, a menudo, la adolescencia o parte de ella”.⁵⁷ En México, la mayoría de edad se alcanza al cumplir 18 años, por lo que se cuenta con la capacidad de goce y de ejercicio de derechos y obligaciones.

Éste tiene capacidad de goce más no de ejercicio de derechos y obligaciones, por lo que su capacidad se ve limitada por la edad, los padres o tutores son los responsables de los actos de los menores de edad, así como depende de ellos su cuidado y protección de los mismos.

Se define al niño desde el punto de vista de su desarrollo “*psicobiológico*, como toda criatura humana que no ha alcanzado la pubertad. En términos generales o jurídicos, niño, es toda persona menor de edad”.⁵⁸ Éste se desarrolla en distintas etapas considerando la primera como infante, después le sigue la niñez, preadolescencia, adolescencia y pubertad.

Desde el 2 de septiembre de 1990, entró en vigor la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo primero establece que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.⁵⁹

El niño es el hijo de la pareja, la cual se une en matrimonio o unión libre, y como fruto de esa unión, nacen los hijos. Los padres cuidan y protegen a sus

⁵⁶ La Organización Mundial de la Salud (OMS), define a la salud como el estado completo de bienestar físico, psíquico y mental, y no solamente la ausencia de enfermedad. Tomando en cuenta esta definición un ser sano es aquel que tiene un equilibrio bio-psico-social; es decir, que lo referente a cuestiones físicas, psicológicas y sociales están en armonía para su pleno desarrollo como individuo dentro de la sociedad. Para la Psicología, la salud, tiene como eje principal a la mente.

⁵⁷ http://es.wikipedia.org/wiki/Menor_de_edad, Consulta 03 de Agosto de 2009.

⁵⁸ <http://es.wikipedia.org/wiki/Ni%C3%B1o>, Consulta 03 de Agosto de 2009.

⁵⁹ <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>, Consulta 03 de Agosto de 2009.

hijos, se define como “hijo” al descendiente en primer grado de una persona. El Estado confiere derechos y obligaciones para con sus hijos, con el fin de regular las relaciones familiares.

Igualmente en la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores,⁶⁰ en su artículo segundo define al menor como toda persona que no haya cumplido los dieciocho años de edad.

Se hace notar que en el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 416 Ter, se establece el interés superior del menor y como prioridad la protección de los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de otras personas:

Artículo 416 Ter. Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

- I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;
- II.- El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;
- III.- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;
- IV.- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y
- V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.

Asimismo, en la misma legislación se protege al ser humano antes de ser concebido, como lo aluden los artículos 353 Quáter y 2357, donde otorgan derechos a los hijos “no nacidos”.

Del mismo modo, en el artículo 337, se establecen los requisitos para considerar a un ser humano por nacido y surtan los efectos legales que correspondan:

Artículo 337. Para los efectos legales, sólo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil. Faltando algunas de estas circunstancias, no se podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad.

⁶⁰ <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-53.html>, Consulta 03 de Agosto de 2009.

En caso de desamparo de un menor se establece en el ordenamiento citado con anterioridad, en su Capítulo V, De la Tutela de los Menores en Situación de Desamparo, regulado en los artículos 492 al 494-E, que se vigilara y garantizará estrictamente la observancia del cumplimiento de los derechos de los niños con ayuda del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal. Los artículos 646 y 647 establecen la mayoría de edad:

Artículo 646. La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos.

Artículo 647. El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

Existen diversas Instituciones cuya finalidad es la protección del menor de edad y buscan su sano desarrollo para que sea un ser útil en la sociedad. Existen muchas instituciones internacionales un ejemplo que sobresale es la UNICEF, la cual se rige bajo las disposiciones y principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, y su misión es proteger el cumplimiento de los derechos de los niños, para apoyar la ampliación de sus oportunidades y alcancen su pleno potencial. Otras son la ONU, OIT, ONG's, como la *Save the Children*, *Amistía Internacional*, etc. La OIT, busca proteger al menor de edad en lo relacionado con el trabajo y la explotación, por lo que en México se han creado disposiciones al respecto, ya que un menor de 16 años no puede ser contratado para realizar tareas laborales.

En la República Mexicana existen diversas instituciones que también protegen el bienestar del menor de edad, tanto como gubernamentales como ONG's. En el caso del Distrito Federal también se han creado diversas disposiciones, como la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal.

Las figuras jurídicas que buscan proteger el bienestar del menor de edad son la Adopción, la Tutela, la Curatela, la Guarda y Custodia, así como la Patria Potestad. *Para mayor información, Véase estos conceptos en sus respectivos puntos.*

2.5.Patria Potestad

En el Derecho romano, la patria potestad pertenece al jefe de familia, quien la ejerce sobre sus descendientes que forman la familia agnática. La patria potestad es creada para proteger los intereses de la familia con plenas facultades para resguardar los intereses del grupo. En un principio la autoridad paternal fue semejante a la autoridad del amo sobre esclavo, se ejercía de forma total tanto sobre la persona como de los bienes, como poder tomar la decisión de vender a un hijo. Aunque con el paso del tiempo fue desapareciendo hasta convertirse en una relación de mayor igualdad, con derechos y deberes para padres e hijos.

La patria potestad es una Institución derivada del vínculo filial entre los padres, que relaciona a los ascendientes y descendientes. Se considera que es una potestad concedida a los ascendientes como medio para cumplir con sus obligaciones respecto a la guarda, custodia y educación de sus descendientes.

Para Edgar Baqueiro y Rosalía Buenrostro, la patria potestad es el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres con respecto a la persona y bienes de sus hijos, desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, para su bien y protección mientras son menores, y para que los representen en esa etapa.

Considerada como una institución de Derecho Civil que tiene por objeto la guarda y protección de los hijos menores y de sus bienes. “El ejercicio de ésta implica un conjunto de derechos, obligaciones y facultades que la ley señala a los ascendientes.”⁶¹

Planiol,⁶² dice que la Patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede a la madre y al padre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales; sólo se conceden a los padres, como consecuencia de las graves obligaciones que tienen que cumplir; solo existe patria potestad porque hay obligaciones numerosas a

⁶¹ SOTO PEREZ, Ricardo. *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, Editorial Esfinge, México, 1999, p. 150, 151.

⁶² *Ídem*.

cargo del padre y de la madre, las cuales se resumen en una sola frase: la educación del hijo.

La misma no es renunciable, ni transferible, no se puede ceder y no es prescriptible. El Código establece principios de respeto y consideración mutuos entre los ascendientes y descendientes para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones.

Esta facultad solo la poseen los padres y los ascendientes en segundo grado, que vienen a ser los abuelos del menor de edad, facultades que les concede la ley para que cuiden de él, así como la buena administración de sus bienes. La Patria potestad la ejercen los padres por igual y de forma compartida, en casos de excepción, en la que ésta se limita, se suspende o se pierde, se ejerce por alguno de los progenitores para proteger al menor.

En los artículos de la legislación civil, que se transcriben a continuación se explica los efectos de la patria potestad así como los motivos por los cuales puede perderse o suspenderse:

TITULO OCTAVO De la patria potestad

Artículo 411. En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición. Quienes detentan la patria potestad tienen la responsabilidad de relacionarse de manera armónica con sus hijos menores de edad, independientemente de que vivan o no bajo el mismo techo.

Artículo 413. La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guardia y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Artículo 443. La patria potestad se acaba:

- I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- II. Con la emancipación derivada del matrimonio;
- III. Por la mayor edad del hijo.
- IV. Con la adopción del hijo.

V. Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una Institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida, para ser dado en adopción de conformidad con lo dispuesto por el artículo 901 bis del Código de Procedimientos Civiles.

Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:

- I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho.
- II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 de éste Código.

- III. En los casos de violencia familiar en contra el menor;
- IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada;
- V. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada;
- VI. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada; y
- VII. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves.

2.6. Tutela

Esta Institución en el derecho romano surgió para cuidar y administrar los bienes del menor *sui iuris*, para proteger el patrimonio de la familia, quien por su falta de madurez podía administrarlos de forma incorrecta o incluso derrocharlos en su totalidad.

Por esa razón, las personas *sui iuris* no estaban sujetas a ninguna autoridad, pero en caso de existir alguna incapacidad, tenían que estar sometidas bajo la tutela o curatela. En el Derecho Romano la Tutela es definida en el *Digesto* como “el poder dado y permitido por el derecho civil, sobre una cabeza libre a afecto de protegerlo en virtud de que a causa de su edad no puede defenderse por sí mismo, (*visa c potestas in capite libero ad tuendum eum, qui Procter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa*). (D. 26,1,1 pr.)”.⁶³

Existían dos causas principalmente:

- Por falta de edad
- Por razón del sexo.

Mientras tanto en el caso de los menores de edad, la función del tutor era el buen manejo de la fortuna del pupilo y no la de ocuparse de forma directa de su guarda y educación. Debía realizarse un inventario de los bienes del pupilo para que con base en el mismo le fueran restituidos. El deber del tutor era conservar intacto el patrimonio del pupilo, de no hacerse el inventario se le podía acusar de fraude y en consecuencia estaba obligado a indemnizar al pupilo por los daños ocasionados. Existían tres tipos de Tutela: testamentaria, legítima y dativa.

⁶³ MORINEAU IDUARTE, Martha. *Op. cit.*, p. 76

Siempre la mujer, estuvo bajo la tutela de una persona, su capacidad estaba limitada, incluso sobre su patrimonio. Aunque en la época de Augusto, a la mujer *sui iuris*, quedo liberada de ser representada por alguien, aunque con algunas limitaciones.

La Tutela es una institución jurídica sustituta de la patria potestad. Su finalidad es cuidar y representar a los menores de edad que no tienen quién ejerza la patria potestad sobre ellos o de los mayores incapacitados que no tienen capacidad de ejercicio y necesitan ser representados en casos especiales.

Cabe destacar que la ley civil local de la Ciudad de México, contempla a la Tutela ya que se utiliza para asistir a los menores de edad o los mayores de edad en estado de interdicción; y la Curatela vigila el comportamiento y el desempeño del tutor, o en su caso, para defender los derechos de éstos dentro o fuera de un juicio, cuando los intereses del tutor son opuestos a los de éstos.

Existen tres tipos de Tutela:

1. La Tutela Testamentaria
2. La Tutela Legítima
3. La Tutela Dativa.

La primera es aquella que la ley otorga a los padres o a quien ejerza la patria potestad, a fin de que se establezca la tutela por testamento con motivo de que surta efectos jurídicos a la muerte del testador, (art. 470).

La Tutela Legítima procede cuando no hay quien ejerza la patria potestad, si no es establecido en el testamento o en su caso, cuando se deba nombrar por causa de divorcio, y la ley se las confiere a los familiares del menor o del interdicto, (art. 482, 483 y demás relativos).

La Tutela Dativa resulta a falta de la Tutela testamentaria y la Tutela legítima, debido a que se establece por disposición del Juez de lo Familiar, (art. 495, 496,497, etc.).

El Juez de lo Familiar se auxilia del Consejo Local de Tutelas, que tiene listas de personas que pueden ser candidatos a ser tutores, que para tal fin elaboran y son aprobadas por el Consejo de la Judicatura para el Distrito Federal. El Código

Civil establece en los artículos 449, 450, 452, 454, 631 y demás disposiciones concernientes a la materia, la forma en que se llevará a cabo:

Artículo 449. El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley. En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413.

Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

Artículo 631. En cada demarcación territorial del Distrito Federal habrá un Consejo Local de Tutelas compuesto de un Presidente y de dos vocales, que durarán un año en el ejercicio de su cargo, serán nombrados por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o por quien él autorice al efecto o por los Jefes Delegacionales, según el caso, en el mes de enero de cada año, procurando que los nombramientos recaigan en personas que tengan un modo honesto de vivir y que se hayan destacado por su interés en la protección de los menores. Los miembros del Consejo no cesarán en sus funciones aun cuando haya transcurrido el término para el que fueron nombrados, hasta que tomen posesión las personas que hayan sido designadas para el siguiente período.

2.7 .Curatela

La institución de la curatela en el Derecho Romano protegía a los enfermos mentales, a los pródigos, a quienes tenían alguna discapacidad y a las personas *sui iuris* menores de 25 años de edad pero mayores de 14 años. A los enfermos mentales se les llamaba "*furiosi*", y por padecer una enfermedad con la cual se les considera incapaces de realizar actos jurídicos, se les declaraba en estado de interdicción, siempre estaban bajo la curatela de una persona, para proteger su patrimonio, en los lapsos de lucidez, podía interrumpirse la curatela, tanto como fuese necesario.

La curatela podía ser testamentaria, legítima o dativa. En el caso de los pródigos, término utilizado para aquellas personas que sin causa justificada dilapidaban el patrimonio de la familia heredado de sus ancestros y que

correspondía a todo el núcleo familiar aunque él fuera el único que podía administrarlo. El magistrado declaraba el estado de interdicción, por medio de un decreto, finalizando cuando el pródigo manifestaba su recuperación.

A los mayores de 14 años pero menores de 25 años de edad, se les nombraba un curador para evitar que estuviesen en desventaja frente a individuos mayores a ellos, y así pudiesen realizar actos jurídicos.

También se nombraba un curador en casos excepcionales como cuando existía un proceso entre el pupilo y el tutor, éste último interrumpía temporalmente la tutela y no era capaz de administrar los bienes del pupilo mientras se nombraba a otro tutor.

Actualmente, es la figura jurídica que vigila los actos del Tutor, es el encargado de supervisar la conducta adecuada de éste. El curador es nombrado en su caso por el Juez de lo Familiar, para que informe sobre las actividades y desempeño del Tutor, el servicio de éste es oneroso.

El curador es la persona nombrada para proteger los derechos y defender los intereses del incapaz, ya sea dentro o fuera del juicio, en su caso. Puede ser designado por testamento, por el Juez o por el pupilo mayor de 16 años, o en su caso, por menores de edad que estén emancipados, para vigilar el comportamiento del tutor, sobre todo en la correcta administración de los bienes a su cargo.

2.8.Divorcio

Divorcio proviene del latín *divortium*, que significa disolución del matrimonio. Según el sentido etimológico, el divorcio significa “dos sendas que se apartan del camino”.⁶⁴ En sentido jurídico, el divorcio es la disolución del vínculo matrimonial.

En México, en sus Códigos Civiles de 1870 y 1884, no aceptaban el divorcio vincular, por lo que solo se reglamentó el divorcio por separación de cuerpos. El primer código establecía más trámites que el segundo para resolver al respecto.

⁶⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Op. cit.*, p. 401.

Difícilmente el Derecho Canónico puede disolver el vínculo nupcial del matrimonio realizado ante la Iglesia católica, por lo que existen algunas causas excepcionales en las que se puede autorizar, después de realizar un juicio con muchos trámites. Este Derecho solo admitió la separación de cuerpos existiendo como causa principal el adulterio, pero no disuelve el vínculo.

Actualmente, la disolución del matrimonio, es la forma de solucionar los conflictos entre los consortes y éstos logren superarlos. El divorcio es una solución hasta cierto punto factible una vez que los esposos mantienen una relación insostenible y culmina con la ruptura del vínculo conyugal una vez dictada la Sentencia de divorcio, los deja en posibilidad de contraer un nuevo matrimonio civil.

Con las recientes reformas publicadas en la Gaceta Oficial para el Distrito Federal No. 434, de fecha 03 de Octubre de 2008, se derogaron las 21 causales de divorcio que establecía el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal modificando en su totalidad el contenido del artículo, con la finalidad de que el proceso de divorcio sea con mayor rapidez estableciendo una hipótesis como causal del mismo, la sola manifestación de la voluntad para poder tramitar la demanda de divorcio, de igual forma, se solicita como requisito esencial presentar junto con la misma, un convenio donde establezcan una serie de requerimientos que señala el artículo antes mencionado.

Por estas reformas desaparece la figura del divorcio necesario creando una nueva, la que se le conoce como “Divorcio unilateral” o “Divorcio Incausado”, denominándolo también de forma común o “vulgar” como “Divorcio Express”. Para tramitar este tipo de divorcio, basta la sola manifestación de voluntad por uno o por ambos cónyuges sin la necesidad de definir una causa en concreto para poner fin al vínculo marital que los unía.

Quedando subsistente la figura del Divorcio voluntario por vía administrativa, el cual debe de entenderse como la forma de disolución del vínculo matrimonial, por la que pueden optar los esposos, cuando no desean exponer la causa o razón específica por la que desean romper el vínculo que los une, y una vez reuniendo los requisitos que establece la ley pone fin al matrimonio.

Derivado de estas reformas también desaparece la figura del Divorcio voluntario por vía judicial, ya que los legisladores de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal derogaron el contenido del artículo 273 del ordenamiento antes mencionado.

Asimismo, se modificó el contenido del artículo 266 de la legislación civil local, suprimiendo la clasificación del divorcio en voluntario y necesario. Como consecuencia solo subsiste lo que se denomina como Divorcio “Unilateral” o Divorcio “Incausado” y el Divorcio Administrativo.

Se estará pendiente de las próximas reformas que estos legisladores planteen en los años venideros. Se transcriben los artículos 266, 267, 272 y 289 para su mejor comprensión, referentes al Divorcio:

CAPITULO X Del divorcio

Artículo 266. El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo. Solo se decretará cuando se cumplan los requisitos exigidos por el siguiente artículo.

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

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

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

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

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

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

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

menores a los de la contraparte. El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.

Artículo 272. Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el Juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior. Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas en las leyes.

Artículo 289. En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer matrimonio.

2.9. Pensión alimenticia

Los alimentos “es la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista para exigir a otra lo necesario para subsistir...”,⁶⁵ principalmente comprenden la comida, el vestido, la habitación, la asistencia en caso de enfermedad, y en su caso, los gastos de embarazo, así como con respecto a los menores también contienen los gastos necesarios para su educación.

Para unos autores los alimentos antes que una obligación civil son una obligación natural proveniente de los sentimientos y de origen ético, por esa razón el legislador regulo la obligación de dar alimentos, dio la facultad de poder exigirlos por los medios judiciales idóneos.

Algunas características son: una obligación recíproca, personal, intransferible, inembargable, imprescriptible, irrenunciable, proporcional, indivisible, es un derecho preferente, no se pueden compensar, no se extinguen en un solo acto.

Quienes pueden solicitar los alimentos son: el acreedor alimentario, el que ejerza la patria potestad o el que tenga la guarda y custodia del menor, el tutor, la persona que tenga bajo su cuidado el acreedor alimentario. La acción para pedir los alimentos corresponde ejercitarla al acreedor alimentario, es decir, a la

⁶⁵ *Ibidem*, p. 199.

persona que tiene derecho de recibir una pensión alimenticia, ya sea que se trate de los hijos menores de edad o en su caso alguno de los cónyuges.

Se extingue la obligación alimentaria cuando: el que tiene la obligación carece de los medios para cumplirla, cuando el alimentista deje de necesitar los alimentos, en caso de violencia familiar por el alimentista mayor de edad contra el que debe prestarlos, cuando el alimentista abandona la casa por causas injustificadas, entre otras que establezca la ley de la materia.

Es importante mencionar que la violencia familiar consiste cuando se utiliza la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra cualquier miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, emocional o ambas, sin depender del lugar en el que se lleve a cabo y que pueda o no producir lesiones.

El acreedor alimentista debe estudiar acorde con su edad, y la obligación alimentaria cesará hasta que el acreedor concluya con sus estudios; de lo contrario si es un vicioso, el apoyo de los alimentos se le retira, ya que el fin de éstos es para prolongar una vida digna y con la obligación de continuar con sus estudios, asimismo, el acreedor alimentista si trabaja, se le suspende la ayuda, toda vez que se presume que no necesita la pensión alimentaria.

Igualmente, en caso de divorcio, el que no hubiese dado lugar a este hecho podrá solicitar la pensión alimenticia, para continuar sosteniendo los gastos que se tenían antes de la separación de los cónyuges; se fijará la suma mensual correspondiente y las medidas necesarias para el cumplimiento de esta obligación.

Para cuantificar el pago de los alimentos debe de prevalecer la equidad, el Juzgador establecerá los parámetros necesarios para que sean proporcionados de acuerdo con las posibilidades de quien debe darlos y las necesidades de quien debe recibirlos. El Juzgador se basa en el principio de proporcionalidad para determinar en forma justa la condena de alimentos, para suministrar el adecuado sustento de los acreedores alimentarios.

Los alimentos son un problema de interés público, por lo que pueden intervenir otras personas para asegurarse del cumplimiento de esta obligación. Es significativo hacer notar esta cuestión, ya que por su importancia y trascendencia

para la estabilidad de la familia, es una razón suficiente para que éstos se consideraran de orden público para el legislador.

Incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), ha estimado en diversas tesis jurisprudenciales, que es improcedente conceder la suspensión del acto reclamado, contra el pago de los alimentos, ya que de concederse, se vería afectado el acreedor alimentario porque se le negaría la protección necesaria para su subsistencia, en contravención a las disposiciones legales de orden público, afectándose el interés social.

El legislador plasmó en el Código Civil para el Distrito Federal, que los alimentos son un derecho irrenunciable, por lo que para proteger a los acreedores alimentarios no se permite realizar convenios en condiciones inferiores a las mínimas contenidas en la legislación como un derecho adquirido.

Por lo que en el artículo 308 del ordenamiento citado, se establece que los alimentos comprenden: la habitación, la comida, el vestido, la asistencia médica, hospitalización, y en su caso los gastos de embarazo y parto; atención en todo lo que requieran los adultos mayores, discapacitados o personas declaradas en estado de interdicción; en caso de los menores gastos para su educación para proporcionarles una profesión de acuerdo a sus circunstancias personales; por lo que la cuantificación de la pensión alimenticia se fija en las posibilidades del deudor alimentario y las necesidades de los acreedores alimentarios.

Una vez fijado el monto de la pensión alimenticia, hay algunas dificultades para lograr su cumplimiento, ya que existen diversas circunstancias que llegan a impedir o entorpecer el pago de la misma a los acreedores alimentarios, en algunos casos se refiere insolvencia por el deudor alimentario para no dar cumplimiento a la obligación adquirida, evadiendo su responsabilidad de forma total o parcial.

Lamentablemente en quienes repercute directamente esta situación es en los menores, en los incapacitados o adultos mayores, debido a que tienen dificultades para sobrevivir en este tipo de situaciones, y son los que necesitan los alimentos de forma urgente, puntual y periódicamente para su subsistencia.

Debido a lo anteriormente descrito, el Juzgador se encuentra con obstáculos para hacer efectivo el cumplimiento de la pensión alimenticia, a pesar de la existencia de las medidas de apremio que en su caso llega a aplicar, no son suficientes para lograr el principal objetivo, respetar dicha obligación.

Por tal situación el legislador ha tenido que dictar leyes en materia penal para vigilar el cumplimiento de este deber por parte del deudor alimentario y no evada su responsabilidad, estas sanciones penales están contenidas en los artículos 193 al 199 del Código Penal para el Distrito Federal, aunque esto no es suficiente para lograr el puntual cumplimiento de tal obligación.

El ordenamiento local de la Ciudad de México, proporciona las medidas para que los alimentos puedan proceder, así como quiénes tienen el derecho de solicitarlos, en qué consisten y cuando se pueden suspender, se determina en los artículos 302, 308, 311, 315, 320, 321 y demás relativos al tema.

Artículo 308. Los alimentos comprenden:

- I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;
- II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;
- III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y
- IV. Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia.

2.10. Guarda y Custodia de los menores

Hoy en día aun no se cuenta con un concepto específico sobre guarda y custodia de menores, al buscar en los diccionarios jurídicos solo se encuentran estos conceptos por separado y hacen referencia a diversos objetos o situaciones sin hacer énfasis en cuanto a materia familiar se refiere. Se muestran algunas definiciones de los conceptos de guarda y custodia:

Guarda: “aquel que guarda algo, vigilante, custodio o protector de alguna cosa”.⁶⁶

Guardar: “cuidar, custodiar, vigilar alguna cosa. Observar, acatar, cumplir lo que uno debe hacer”.⁶⁷

Custodia: “acción de custodiar. Persona o escolta que guarda un preso. Custodiar, guardar con cuidado y vigilancia”.⁶⁸

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 guardia y custodia de un menor de edad o incapacitado a una o varias personas. Esta situación se puede presentar principalmente en caso de divorcio de los padres.

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. Puede ser posible también la custodia compartida, en la cual ambos progenitores “comparten el tiempo de custodia de los hijos”.⁶⁹

Se puede definir a la guarda y custodia del menor, como la función que realizan los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía.

Es una época de cambios relevantes, en la que la sociedad ha influido notablemente en las últimas reformas realizadas al Código Civil para el Distrito Federal en cuanto a materia familiar se refiere.

Trascendentalmente estas reformas son importantes y algunas de ellas han causado gran polémica y confusión jurídica, ya que éstas también afectan a los niños o menores de edad, los cuales son un grupo vulnerable y el cual será afectado por las decisiones de los jueces en lo futuro.

La reciente incorporación al sistema legal mexicano de la custodia compartida, en el 2004, causó revuelo porque el legislador solo planteó la misma,

⁶⁶ <http://es.wikipedia.org/wiki/Guarda>, Consulta 26 de Septiembre de 2009.

⁶⁷ *Diccionario Manual Sopena. Enciclopédico e Ilustrado*, Tomo II, Editorial Ramón Sopena, S.A., Provenza, Barcelona, España, 1995, p. 716.

⁶⁸ *Diccionario Manual Sopena. Op. cit.*, Tomo I, p. 716.

⁶⁹ http://es.wikipedia.org/wiki/Custodia_legal, Consulta 26 de Septiembre de 2009.

y no estableció las reglas necesarias para su aplicación, lo cual ocasionó un caos jurídico en los tribunales de impartición de justicia.

Particularmente la custodia compartida se puede definir como la situación legal mediante la cual, ambos progenitores ejercen la custodia respecto de sus menores hijos en igualdad de condiciones y derechos sobre los mismos. Quienes defienden este concepto, dicen que es un derecho que tienen ambos padres para continuar con la convivencia con sus hijos, con ésta figura se da la posibilidad de que el menor tenga una doble residencia con cada uno de sus padres.

Se busca que el menor conserve la relación que sostenía con ambos padres y sufra lo menos posible la ruptura de su unión, ya que el principio que la rige es el interés superior del niño. El concepto guarda o custodia compartida ha sido motivo de fuertes y numerosas críticas, debido a que algunos especialistas prefieren nombrarle "*tiempo compartido*", o en su caso, no están de acuerdo en la forma que se establece, ya que consideran que puede afectar aún más al menor, ya que al tener dos residencias puede ser causa de confusión y estrés para el mismo.

En el siguiente capítulo se tratará más a fondo esta interesante figura jurídica, *la custodia compartida*, la cual ha sido motivo de diversos argumentos a favor y en contra de la misma, debido a que el interés superior del menor está antes de cualquier otro.

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, tiene como objetivo restituir de forma pronta al menor que ha sido trasladado a otro país ilegalmente, por parte del padre o familiares que no tienen la custodia del menor, por lo que se han creado instrumentos jurídicos internacionales que puedan hacer posible esta restitución, es decir, regresar al pequeño al país donde se encuentra el padre o tutor que cuenta con la custodia legal de éste.

Por mencionar algunos artículos de relevancia sobre esta Convención, donde se definen conceptos que nos interesan:

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

Artículo 1

La presente Convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.

Artículo 2

Para los efectos de esta Convención **se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciocho años de edad.**

Artículo 3

Para los efectos de esta Convención:

a. **El derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia;**

b. El derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual.

Artículo 4

Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.

Artículo 5

Podrán instaurar el procedimiento de restitución de menores, en ejercicio del derecho de custodia o de otro similar, las personas e instituciones designadas en el Artículo 4.⁷⁰

La reglamentación civil del Distrito Federal, incorporó el concepto de “*custodia compartida*” en los artículos 282 y 283 Bis, donde se necesita un convenio que especifique las condiciones en las que se llevará a cabo ésta,

⁷⁰ <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-53.html>, Consulta 27 de Septiembre de 2009.

garantizando las obligaciones de crianza de los padres con los hijos, los artículos se reproducen en los subsiguientes párrafos:

Artículo 282. Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes...

...B. Una vez contestada la solicitud:

I...

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

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

En los artículos 414 Bis, 416, 416 Bis, 417, 422, entre otros; que a continuación se mencionan, se establecen las medidas para conceder la guarda y custodia del menor:

Artículo 414 Bis. Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:

I.- Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;

II.- Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;

III.- Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y

IV.- Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor. Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades señaladas; lo que el Juez valorará en los casos de suspensión de la patria potestad, de la determinación de la guarda y custodia provisional y definitiva, y el régimen de convivencias. No se considera incumplimiento de éstas obligaciones el que cualquiera de los progenitores tenga jornadas laborales extensas.

Artículo 416. En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus obligaciones y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fija el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles.

Artículo 416 Bis. Los hijos que estén bajo la patria potestad de sus progenitores tienen el derecho de convivir con ambos, aún cuando no vivan bajo el mismo techo. No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus ascendientes. En caso de oposición, a petición de cualquier de

ellos, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente previa audiencia del menor, atendiendo su interés superior. Para los casos anteriores y sólo por mandato judicial, este derecho deberá ser limitado o suspendido considerando el incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza o peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos.

ARTÍCULO 417. En caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, en la controversia o en el incidente respectivo deberá oírse a los menores. A efecto de que el menor sea adecuadamente escuchado independientemente de su edad, deberá ser asistido en la misma por el asistente de menores que para tal efecto designe el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.

Artículo 422. A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia incumbe la obligación de educarlo convenientemente. Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela o de cualquier autoridad administrativa que dichas personas no cumplen con la obligación referida, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.

2.11. Régimen de Visitas

El Régimen de Visitas, en materia Familiar, es el “derecho del cual goza el cónyuge a quien no le ha sido asignada la tenencia de los hijos, consistente en la posibilidad de conservar el contacto y una fluida comunicación con éstos”.⁷¹

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, en su artículo tercero define al derecho de visita como la “facultad de llevar al menor por un periodo limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual”.⁷²

Puede durar el derecho de visita hasta la mayoría de edad del menor, en el mejor de los casos, ya que está condicionado al interés superior del niño, si no le es conveniente al pequeño convivir con uno de los progenitores, este derecho no se le otorga al padre que no posee la custodia del hijo.

Notablemente el ordenamiento local del Distrito Federal, menciona algunas de las formas para establecer el Derecho de visita al cónyuge que no cuenta con la guarda del menor:

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

⁷¹ <http://www.cem.itesm.mx/derecho/referencia/diccionario/bodies/d.htm>, Consulta 27 de Septiembre de 2009.

⁷² <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-53.html>, Consulta 27 de Septiembre de 2009.

I...;

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

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

B. Una vez contestada la solicitud:

I...

II...

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

Cabe resaltar que es interesante analizar la evolución de la familia, día con día se busca proteger a la misma con la creación de diversas disposiciones y se busca la unión de cada uno de los miembros, el Estado considera que es una de sus prioridades con respecto a la Familia. Incluso durante el transcurso de este año 2010, ha lanzado campañas publicitarias en radio y televisión fomentando los valores y los principios rectores de la unión familiar y la importancia que tiene ésta en la sociedad.

Sólo queda estar a la expectativa de las nuevas reformas que realicen los legisladores locales en cuanto a materia familiar se refiere, ya que las nacientes innovaciones han marcado las pautas de futuros proyectos legislativos que aún causarán revuelo en la sociedad mexicana.

CAPÍTULO III. LA GUARDA Y CUSTODIA EN MEXICO, Y LAS REFORMAS DEL 2004 Y 2007, EN MATERIA FAMILIAR: LA INCLUSIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Las recientes reformas publicadas en la Gaceta Oficial para el Distrito Federal han sido de crucial trascendencia que han causado polémica en la sociedad e inquietud entre los estudiosos del derecho.

Se hace notar que la incorporación de nuevas figuras jurídicas al sistema legal local, son causa de análisis para realizar en lo futuro proyectos de reformas legislativas con la finalidad de eliminar lagunas en las leyes y así concretar las formas de llevar los procedimientos de forma expedita y satisfactoria para las partes involucradas.

Cabe destacar a las reformas publicadas en la Gaceta Oficial para el Distrito Federal No. 90, de fecha 06 de septiembre de 2004, porque incorporaron la nueva figura jurídica europea, la “Custodia Compartida”. Derivado de éstas reformas por la falta de un procedimiento adecuado para aplicarlas en los Tribunales familiares crearon incertidumbre jurídica hasta en los Jueces.

Por lo expuesto con anterioridad, se intentó corregir la técnica jurídica con las reformas del año 2007, complementando las reformas del año 2004, buscando que la impartición de justicia fuese más ecuánime.

3.1. Concepto

En el México antiguo se conocía la potestad que se tenía sobre los hijos, el cuidado, la protección, la educación, que debían brindar los padres; la preparación que debían tener para sus futuras tareas y enseñarles sus futuros oficios, algunos textos antiguos documentan que en caso de separarse o divorciarse una vez que el matrimonio no funcionaba, aunque era mal visto por la sociedad, ya tenían decidido quien se haría cargo de los hijos y las responsabilidades que con ellos

tenían, dependía de su edad y sexo, para que el padre o la madre, los criaran y educaran, así como enseñarles su oficio.

No existía el término guarda y custodia de los menores, pero sabían que el cuidado, la protección y su educación era responsabilidad de los padres. Tenían conocimiento de la patria potestad y de la tutela.

Una figura derivada de la Patria potestad y de la Tutela en el derecho actual, lo es la guarda y custodia, por medio de la cual se fijan las obligaciones que se deben tener con el menor de edad la persona que se designe en un Juicio, una vez que se solicita el divorcio, se puede tomar como una medida provisional o en forma definitiva.

La Guarda y custodia de menores, es una figura jurídica que no debe confundirse con la Patria Potestad, como ya se mencionó con anterioridad, se deriva de ésta, la primera se otorga cuando los padres se divorcian o se separan para conceder a uno de ellos el cuidado la manutención, protección y educación del menor, y el otro se sujeta a un régimen de visitas para continuar conviviendo con sus hijos.

En el caso de la segunda, es la potestad otorgada a los padres, confiere derechos y obligaciones con respecto a los hijos y solo puede extinguirse o perderse por las situaciones señaladas en la ley. También se la pueden otorgar a los abuelos, en caso de que ellos la soliciten.

3.2. Antecedentes

3.2.1. México Prehispánico

Los pueblos de la civilización antigua tienen un atractivo misterioso que sorprende a todo aquel que estudia los códices y los vestigios de una hermosa y mística cultura. Desde los descubrimientos de Colón hasta la Conquista de Cortés, dieron un giro sorprendente a la humanidad mostrando una nueva etapa para el viejo continente, quedándose maravillados del desenvolvimiento monumental de aquellas culturas que habitaban en lo que llamaron el “Nuevo continente”.

Por un momento se creyó que todo sería destruido, como lo narra Vicente Riva Palacio⁷³ en su maravillosa obra, debido a que no querían dejar huella de aquellas culturas, porque a la religión de aquellos pobladores se le consideraba una herejía así como a sus ídolos, destruyendo con ello templos, palacios, códices, jeroglíficos, tradiciones y sus admirables leyendas, donde destruyeron pirámides y monumentos edificaron claustros y catedrales, y lo que la guerra no pudo destruir, se encargó de exterminarlo el hambre y la peste.

Afortunadamente hubo sobrevivientes de aquellas maravillosas civilizaciones, defendidos por la misma naturaleza ya que la geografía de aquella época era solo conocida por los “indígenas”⁷⁴ de aquellos pueblos y los españoles no contaban con mapas para su ubicación en esos bosques tan abundantes. Posteriormente los misioneros fueron quienes abogaban por los habitantes de esta región, y al final las leyes protectoras de los monarcas españoles fueron las que los ampararon.

Lamentablemente no se conserva mucha información sobre las culturas prehispánicas debido a que durante la Conquista, los españoles destruyeron la mayor parte de las mismas como los códices, pergaminos, edificaciones, utensilios, entre otros documentos y materiales que nos hubiesen aportado más información de las culturas que habitaron en México.

Para poder ubicarnos en la historia y poder dar un panorama general de las culturas mesoamericanas, las cuales alcanzaron un desarrollo impresionante tanto cultural, social y religioso, por su asombroso organización, se debe considerar la importancia del cultivo de las tierras, sobre todo el desarrollo del maíz, un grano elemental para ésta región.

Se le dará una atención especial a dos culturas más sobresalientes del México prehispánico debido a la importancia que tuvieron durante su auge y por la comunicación que tuvieron con los españoles, ya que intentaron a pesar de todo

⁷³ RIVA PALACIO, Vicente. *México a través de los siglos. Tomo Primero. Historia antigua y de la Conquista*, Editorial Cumbre, S.A., México, p. III.

⁷⁴ Fueron llamados así por los españoles, también se les denominaba “indios”, debido a que Colón creyó haber llegado a las Indias, motivo principal de su viaje, por lo que a sus habitantes los llamó “indios”.

que sus costumbres sobrevivieran a través del tiempo: “los mexicas o aztecas”⁷⁵ y los mayas.

3.2.1.1. Mexicas

La historia narra que el pueblo azteca “salió de un mítico lugar en *Aztlán* (lugar de las garzas), situado en una laguna, y guiados por su Dios *Huitzilopochtli* llegaron al Valle de México, donde se establecieron según cuenta la leyenda cuando encontraron al águila parada sobre un nopal devorando una serpiente”,⁷⁶ lugar donde se establecieron de forma definitiva. Era el año de 1325 de nuestra era, cuando este suceso se dio, donde fundaron su ciudad *Tenochtitlán*, capital del *Imperio Azteca*.

Años más tarde el dominio azteca se consolidaría formándose la “*Triple Alianza: México-Tenochtitlán, Texcoco y Tlacopan*”,⁷⁷ lo que permitió extender su Imperio a las costas del Golfo y del Océano Pacífico. Una maravillosa y sorprendente ciudad edificada sobre un lago.

Su poder económico se basaba en el tributo que los pueblos conquistados debían entregar al Imperio. No se les obligaba a aprender la lengua ni la religión de los mexicas, tenían un gobierno local, aunque no tenían independencia política, solo en puntos importantes y estratégicos tuvieron control militar.

El fin del imperio mexica se marcó con la Conquista de los españoles, se considera por los historiadores como el fin del desarrollo de la civilización mesoamericana, ya que para lograr la conquista participaron expedicionarios europeos así como indígenas de los pueblos sometidos por el Imperio mexica, disgustados por proporcionar tributos tan altos y, consideraron que era la oportunidad para dejar de dar tributo a los mexicas y para poner fin al Imperio.

⁷⁵ Algunos autores consideran que llamarle *cultura “azteca”* es una denominación inadecuada, para referirse a la *cultura mexica*, ya que para algunos autores la denominación correcta es *cultura “mexica”*.

⁷⁶ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Historia del Derecho Mexicano*, Colección textos jurídicos, IURE Editores, México, 2006, p. 2.

⁷⁷ CRUZ BARNEY, Oscar. *Historia del derecho en México*, 2ª. Ed., Editorial Oxford University Press, México, 2009, p. 11.

Así el derecho de los aztecas o mexicas se manifestó principalmente por costumbres y reglas sociales ligadas con la religión, conocidas y respetadas por todo el pueblo, su enseñanza era principalmente de forma verbal.

Se dice que existen algunos documentos jurídicos como el “*Códice Mendocino, las Leyes de Nezahualcoyotl y el Libro de Oro (parte de la obra de Orozco y Berra)*”.⁷⁸

Los mexicas respetaron las costumbres y las formas de gobierno de los pueblos conquistados, lo importante para ellos era la adecuada recolección de los tributos. Existía “una excelente administración del cobro de los tributos, el cual se cobraba a nombre del *Tlatoani*”,⁷⁹ la personificación del Imperio mexica.

La mayoría de los pueblos conquistados eran autosuficientes y el producto extra se convertía en tributo, éste a su vez en mercancía cuando llegaba al Imperio. Una parte del tributo se utilizaba como mercancía y la mayor parte se enviaba para cubrir las necesidades de la nobleza mexica, como lo es la burocracia, los sacerdotes y los guerreros.

Para los mexicas era muy importante la religión y la guerra. Políticamente se organizaban en *calpullis*, el conjunto de éstos formaban un *tlatocayotl*, y al gobernante se le llamaba *tlatoani*, quien tenía un poder vitalicio, político, religioso, judicial y militar. El *tlatoani* contaba con consejeros que lo asesoraban en los asuntos políticos, económicos y sociales.

El *Tlatoani* era el que poseía poder absoluto sobre todos los territorios, su forma de gobierno era monárquico, la tierra no era heredada. El “*tlatoani* asignaba tierras a los nobles para su sostenimiento, las cuales podían heredar o ceder solo a otros nobles, a éstas tierras se les denominaba *pillalli*”.⁸⁰

Los *calpulli* pertenecían de manera comunitaria a los habitantes del lugar. El *calpulli* es un clan, formado por personas vinculadas por el parentesco, constituyen la base del pueblo y daban tributo. Las tierras que se les

⁷⁸ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Op. cit.*, p. 3.

⁷⁹ DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. *Lecciones de Historia del Derecho Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 18.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 21.

proporcionaba se dividían para su explotación a cada jefe de familia, quien poseía el usufructo de por vida. Podían heredar la tierra a sus hijos.

A los sacerdotes y a los guerreros, se les proporcionaba tierras para su sostenimiento aunque no eran cultivadas por ellos, sino por personas de la comunidad y reciben los beneficios en forma de tributo.

Tenemos que los esclavos son sujetos de derechos, no son la base de la economía por lo que no tienen tanta importancia, debido a que el pueblo es el que produce. La esclavitud procedía por los prisioneros de guerra, como pena por los delitos cometidos, por la venta de sí mismos o por la venta de los hijos. De los primeros mencionados se utilizaban para los sacrificios humanos principalmente, los demás eran utilizados como servidumbre. La esclavitud no era hereditaria, por lo que podían también recuperar su libertad.

El matrimonio era considerado base de la familia, su sistema aunque patriarcal dejaba apreciar la influencia de la madre, era principalmente monogámico, sin embargo a los guerreros se les permitía la poligamia, debido a las constantes muertes de los varones en la guerra, distinguiendo a la mujer principal y las demás se les permitían si podían mantenerlas, considerando la existencia del concubinato. Incluso a otras partes de la estructura social alta también se les permitía la poligamia.

A la “mujer principal con la que habían celebrado el matrimonio con las solemnidades establecidas se le llamaba *cihuatlanti* y a las otras se les llamaba *cihuapilli*”.⁸¹ Como requisito para la celebración del matrimonio era importante manifestar el consentimiento de ambos contrayentes y el de sus padres. En las ceremonias participaban unas mujeres llamadas “*cihuatlanque*, quienes eran una especie de casamenteras”.⁸² Los bienes de cada uno pertenecen a sí mismos, no existía lo que hoy se conoce como sociedad conyugal.

Produce curiosidad saber que los mexicas respetaban a la mujer, “pues cuenta un misionero que era de ver con qué seguridad caminaban mujeres solas y doncellas por el campo y por los caminos sin que nadie las ofendiese... La pureza

⁸¹ *Ibidem*, p. 24.

⁸² *Ídem*.

de costumbres se conocía también en que en el hablar eran moderados y no se les oía juramentos ni blasfemias, jamás andaban en riñas ni celebraban tratos ilícitos ni injustos; ni había entre ellos fraudes o engaños... tales hábitos sorprendieron a los misioneros jesuitas”.⁸³

Con la muerte, el adulterio era castigado. La posición de la mujer no era inferior a la del jefe de familia, por lo que tenía la capacidad de adquirir bienes, celebrar contratos y podía acudir ante los tribunales.

Era mal visto por la sociedad mexicana el divorcio, pero aceptado por los tribunales, solo se necesitaba la resolución, que se otorgaba con la sola comparecencia de los esposos, aunque el Juez no la decretaba como tal, solo autorizaba a que los cónyuges hicieran lo que pretendieran, pero aquellos que se divorciaban y volvían a unirse se les castiga con la muerte. El Juez les explicaba el mal ejemplo que daban a la sociedad y los inconvenientes de tal decisión. Se repartían el 50% de los bienes a cada uno de los esposos o en su caso, los bienes del cónyuge culpable del divorcio se le otorgaban al otro. Una vez separados, los hijos se quedaban con el padre y las hijas se quedaban con la madre.

La patria potestad la ejercían ambos padres, aunque la educación de la mujer era responsabilidad de la madre y la del varón era responsabilidad del padre. Ambos padres tenían el derecho de imponer castigos a los hijos como azotes, entre otros, solo se vigilaba por las autoridades mexicas que no llegaran a la crueldad. En caso de muerte del padre, alguno de los hermanos podía ejercer la patria potestad.

Ésta era absoluta, los padres disponían de sus hijos sin limitación alguna, podían venderlos, castigarlos o hasta privarlos de la vida; en caso de gemelos sacrificaban a uno ya que los consideraban “de mal agüero”, también los daban para los sacrificios a los dioses.

A temprana edad los varones eran enviados a la escuela para su educación, los nobles eran enviados al *Calmecac*, donde se les enseñaba lo relativo a la guerra, la administración pública y sobre el culto, tenían una rigurosa disciplina.

⁸³ RIVA PALACIO, Vicente. *Op. cit.*, p. 119.

Los varones “pobres” eran enviados al *Telpochcalli*, donde se les enseñaban diversos oficios.

Regularmente las hijas eran educadas en su casa con severidad y sujeción, aunque también existían lugares para su educación, asimismo podían consagrarse al culto profesando como sacerdotisas. La patria potestad terminaba con el matrimonio del hijo.

Los aztecas podían elegir a su sucesor, por lo que conocieron el testamento, ya que en vida designaban a su heredero. También practicaron la sucesión legítima, “en la que la línea de los varones excluía a las mujeres y como regla general heredaba el primogénito, habido con la mujer principal”.⁸⁴

Quienes heredaban dignidades y bienes eran los nobles, de donde se excluían a las mujeres.

El Derecho penal de los mexicas se distinguió por la severidad de las penas que se imponían, éste se escribía, como prueba se tienen los Códices los cuales contienen mucha información al respecto, según los historiadores. Por mencionar algunos ejemplos de los delitos que se castigaban y las penas que se imponían De la Torre Rangel⁸⁵ alude los siguientes:

Aborto - pena de muerte

Abuso de confianza – esclavitud

Adulterio – pena de muerte, a los adúlteros se les apedreaba o quebrantaba la cabeza entre dos lozas. Lo sorprendente de esta situación es que si el marido descubría a la esposa cometiendo adulterio, si éste le quitaba la vida, se convertía en reo de muerte, debido a que nadie estaba autorizado para usurpar la jurisdicción de los magistrados, quienes eran los únicos que conocían de los delitos e imponían las penas correspondientes. El adulterio solo procedía si la mujer era casada.

La alcahuetería – se castigaba quemando los cabellos del culpable en la plaza pública.

Asalto – pena de muerte.

⁸⁴ DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Op. cit.*, p. 25

⁸⁵ *Ibidem*, p. 27-28.

Falsificación de medidas – pena de muerte.

Hechicería – pena de muerte.

Homicidio – pena de muerte.

El incesto, en primer grado consanguíneo, la pena era morir ahorcados.

La traición al Estado – pena de muerte (se descuartizaban a los traidores).

La homosexualidad se castigaba con la pena de muerte, estaba prohibido que el hombre se vistiera de mujer y la mujer se vistiera de hombre.

Violación – pena de muerte.

Los jueces que aceptaban regalos eran castigados según la gravedad de la interpretación del Derecho, en casos graves se castigaba con la pena de muerte, en casos leves se castigaba con la destitución.

Para los mexicas la administración de justicia no solo era que el Juez se sometiera a la ley, solo tenía que seguir su criterio buscando que fuese por el camino derecho, su criterio tenía la influencia de las buenas costumbres y la sociedad. La justicia en náhuatl se decía “*tlamelahuaca chinalitzli*, palabra derivada de *tlamelahua*, que significa ir derecho, pasar de largo o vía recta alguna parte, así también la palabra *tlamaclahualiztli*, significa acto de enderezar lo torcido”.⁸⁶ Los tribunales sentenciaban en nombre del *tlatoani*.

Los representantes de la justicia mexica son:

-*El Tlatoani*

-*El Cihuacoatl o Tlacaelel*, magistrado supremo que era nombrado por el *Tlatoani* y nombraba a los jueces subalternos.

-*Tlacatecatl*, era un tribunal formado por tres magistrados, conocían de asuntos civiles y penales, sesionaban en la casa del *Tlatoani*.

-*El Teuctli*, el cual estaba en cada *calpulli* o *barrio*, y conocía de asuntos menores.

También existía un tribunal para los comerciantes el cual estaba conformado por doce jueces y sus resoluciones se ejecutaban en el momento.

Cabe destacar que la cultura mexica consideraba muy importante respetar a la autoridad, así como entre ellos mismos, su filosofía se basaba en el respeto, la

⁸⁶ *Idem*.

auto perfección y la aprobación social de lo conveniente y de lo recto, por lo que eran educados por las pláticas de los ancianos llamadas “[*huehuetlatolli*], conjunto de ideas y principios morales inculcados a los niños en los centros de educación del *Calmecac* y el *Telpochcalli*”.⁸⁷ Aunque el *Tlatoani* tenía un poder absoluto e ilimitado respetaba los derechos del pueblo.

Así el esplendor del Imperio mexica terminó con la llegada de los españoles, quienes conquistaron las tierras de mesoamérica.

Una vez que la Conquista terminó, los españoles se adueñaron de las tierras repartiéndoselas entre ellos, quienes estaban obligados a explotarla para provecho económico de España. La Iglesia se encargó de la evangelización de los indígenas obligándolos a dejar sus creencias en el olvido. Destruyeron los templos para construir Iglesias, logrando destruir la idolatría local para llevar a cabo la evangelización, los frailes tuvieron dificultad para instruir a los indígenas pero gracias a su comprensión y paciencia lograron la conversión reemplazando la idolatría por la estructura teológica nueva. Esta misión la lograron gracias al aprendizaje y estudio del lenguaje, así como de las costumbres de los mexicas y los demás pueblos.

Se fusionaron los conocimientos de las antiguas civilizaciones y de los conquistadores para crear nuevos instrumentos, nuevas estructuras, como muestra de ello, se pueden encontrar en los diversos museos o exposiciones que se llevan a cabo. Los mexicas tuvieron que obedecer las nuevas leyes colonizadoras, sujetarse a la nueva administración y a una nueva religión.

Aún a pesar de toda esa destrucción y que los españoles pretendieron que tradiciones y costumbres de aquellos pueblos quedaran en el olvido, no lo lograron ya que todo este conocimiento llegó a nuestros días por medio de los escritos plasmados en Códices, manuscritos de los frailes y vestigios hallados de las civilizaciones antiguas como construcciones, pirámides, vasijas, utensilios, etc., así como el testimonio de los descendientes que contaron de generación en generación lo acontecido.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 30.

3.2.1.2. Mayas

Entre los siglos III y XVI d.C., en la península de Yucatán floreció la civilización considerada como la más brillante del mundo precolombino: la maya.

Actualmente, quienes hablan aún el maya y se les considera como descendientes de los mayas son un grupo indígena llamados lacandones, que habitan en los límites de México y Guatemala en el Estado de Chiapas. Se considera que hubo una mezcla de pueblos en la región de Yucatán lo que dio origen a los lacandones quienes tienen una estructura social muy similar a la de los antiguos mayas.

Existe la teoría de que el pueblo maya fue destruido casi en su totalidad a la llegada de los españoles. Otra teoría manifiesta que los mayas en su deseo por escapar de los españoles, desaparecieron sin dejar rastro. No se sabe con certeza lo que ocurrió con los mayas durante la Conquista.

Éstos habitaron en el sureste de México y parte de Centroamérica, en lo que hoy conocemos como Campeche, Chiapas, Quintana Roo, Tabasco, Yucatán, Belice, Guatemala, Honduras y el Salvador.

La cultura maya es muy importante no solo en el país, sino también a nivel internacional por su legado científico y astronómico. Su base económica era la agricultura y el comercio. Los productos que más comerciaban eran el jade, el cacao, la sal, el maíz y la obsidiana. Los libros que se conocen de los mayas y que han aportado un mayor conocimiento sobre esta asombrosa cultura son el "*Popol Vuh, Rabinal Achí y el Chilam Balam*".⁸⁸

Construyeron grandes e impresionantes ciudades-estado como "*Nakbé, El Mirador, San Bartolo, Tikal, Quiriguá*, (éstas dos últimas declaradas Patrimonio de la Humanidad por la Unesco, 1979 y 1981 respectivamente); "*Palenque, Copán, Río Azul, Calakmul, Chichen itzá* (declarada Patrimonio de la Humanidad por la Unesco en 1988), "*Uxmal, Mayapan, Tulum*",⁸⁹ entre otras. El auge de la civilización maya lo es cuando se forma "la Confederación de las Ciudades-Estado

⁸⁸ http://es.wikipedia.org/wiki/Cultura_maya. Consulta 11 de Enero de 2010.

⁸⁹ *Idem*.

de *Chichen Itzá, Uxmal y Mayapan*”,⁹⁰ cada una gobernada por una monarquía absoluta.

Durante el Imperio Maya existieron clanes familiares, base de la sociedad. Las familias más antiguas constituyeron la nobleza, clase dominante de la sociedad en la que cada tótem era un apellido aristocrático para identificarse y distinguirse. Vivían del tributo de las comunidades, estaban exentos del tributo y eran propietarios de extensas tierras.

Otra clase dominante eran los sacerdotes, tenían decisiones en lo político, en lo religioso y en lo económico, también se encargaban de conservar los privilegios de la nobleza. Para los mayas era muy importante saber el origen de su linaje, por el origen teocrático que se atribuían. Dependían del tributo del pueblo aunque no poseían tierras ni esclavos.

No gozaban de ningún privilegio los plebeyos, como los de la nobleza y sacerdotes. Los plebeyos se dedicaban a diversas actividades, principalmente al cultivo de las tierras y estaban obligados a dar tributo para mantener a la burocracia, a guerreros y sacerdotes.

Carecían de libertad y estaban sometidos a la voluntad de los dueños, los esclavos. La condición de esclavo podía adquirirse desde el nacimiento, por ser prisionero de guerra o por la comisión de algunos delitos, entre otras causas que pudiesen existir. A pesar de ser esclavos podían tener derechos.

Se consideraba de naturaleza divina el gobierno de los mayas, por lo que los nombres eran importantes porque están ligados con la misma y los gobernantes creían que les atribuían la deidad, por lo que se consideraban al mismo nivel de los Dioses. El nombre de los mayas constaba de tres elementos: “el nombre del padre, el nombre de la madre y el tótem”.⁹¹

Es importante destacar que los mayas destinaban parte del tributo a gastos de beneficencia pública, como es el caso de personas incapacitadas para trabajar, quienes eran mantenidos con parte del tributo.

⁹⁰ CRUZ BARNEY, Oscar. *Op. cit.*, p. 5.

⁹¹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Op. cit.*, p. 21.

Surgió el Derecho Maya por la necesidad de organizar a la sociedad. Su derecho era consuetudinario y lo transmitían de forma oral. Se considera que éste fue innovador al distinguir los delitos intencionales y los delitos no intencionales, aunque solo se consideró en el delito de homicidio. “Si el homicidio era intencional se sancionaba con la muerte, si el homicidio no era intencional se castigaba con satisfacción o indemnización”.⁹²

En el ámbito civil, los mayas utilizaron el fuero del domicilio para la celebración de matrimonios. En el parentesco distinguieron diversos grados, para la conservación de las dignidades, para la adquisición de la herencia y para ejercer la tutela, en su caso. Entre los mayas la familia es patriarcal, el matrimonio es monogámico y su régimen patrimonial se puede considerar con cierta similitud al régimen conyugal.

Éstos celebraban “*el kamnicté*, (el matrimonio); cuando tenían una edad cercana a los veinte años”,⁹³ el amor no era importante por lo que los padres buscaban la persona apropiada para sus hijos, prefiriendo a personas del mismo domicilio. La ceremonia se celebraba en casa de la novia ante el “*atanzahoob*”,⁹⁴ se le llamaba así al sacerdote o pedidor, y frente a testigos, manifestando el consentimiento, asimismo el sacerdote entregaba la mujer al novio consumando el matrimonio.

Cónyuges y testigos bebían para hacer solemne el matrimonio. Algunos impedimentos para realizar el matrimonio eran la falta de dote, la falta de edad, si dos personas tenían el mismo apellido, el parentesco en línea recta sin limitación de grado y en la línea colateral hasta el tercero. En algunos casos los padres comprometían en matrimonio a sus hijos desde que eran pequeños. En las familias de los mayas se practicaba la monogamia.

Entre los mayas, se daba el divorcio y las separaciones, aunque era mal visto por la sociedad, se daba con la simple separación sin que existiera declaración judicial. El divorcio podía proceder por infidelidad y por esterilidad, aunque el

⁹² UGARTE CORTES, Juan. *Instituciones y Textos Iushistóricos Roma-España-México*, Colección de Ciencias Sociales, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2000, p. 219.

⁹³ http://es.wikipedia.org/wiki/Cultura_maya. Consulta 11 de Enero de 2010.

⁹⁴ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Op. cit.*, p. 21.

repudio se daba con mucha frecuencia. Cuando se divorciaban, los niños pequeños se quedaban con la madre sin importar si era varón o mujer, en caso de haber hijos mayores que fuesen varones, se quedaban con el padre, si fuesen hijas mayores se quedaban con la madre.

Cuando la mujer era abandonada por la pareja, y los padres no lograban convencer de regresar al marido, le buscaban otro cónyuge. Si algunos de los cónyuges moría y tenía pendiente una deuda, el cónyuge vivo la pagaba o en su caso los herederos. La tutela la realizaban los parientes y también procedía por resolución de la autoridad.

Se nombraba un tutor cuando los herederos eran pequeños, primero se consideraba a la madre, pero si ésta no se encontraba, se le daba la preferencia a un tío o familiar paterno. El tutor adquiría la condición de “jefe de familia y tenía la obligación de mantener a sus pupilos, pudiendo imponerles castigos, incluso podía someterlos a la esclavitud”.⁹⁵ El tutor debía tener una administración adecuada de los bienes y entregarla en su momento a los herederos legítimos, de lo contrario se le castigaba severamente.

Solo heredaban a los hijos varones, entre lo cuales se dividía en partes iguales lo heredado. La sucesión del trono recaía en los hijos varones del monarca, en caso de ser menores de edad lo realizaba uno de sus hermanos o si no tenía, los sacerdotes nombraban a una persona capaz de gobernar.

En el derecho penal los mayas buscaban conservar el orden social ya que si algún miembro de la familia desobedecía las leyes o las buenas costumbres hacían que peligrara todo el clan. Los delitos que se consideraban eran el robo, el homicidio, el adulterio y la lesa majestad. Se aplicaban sanciones consistentes en una pena igual al crimen cometido, algunas penas eran la muerte, la esclavitud, la infamación (quitar la honra y el buen nombre) y la indemnización. “La traición era sancionada con la muerte”.⁹⁶

⁹⁵ *Ibidem*, p. 22.

⁹⁶ DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Op. cit.*, p. 14.

Los sacrificios humanos eran parte de las ceremonias religiosas como ofrenda a los Dioses, pero al tratarse de prisioneros de guerra o delincuentes, formaba parte de las sanciones.

A la llegada de los españoles, todo cambió, los conquistadores destruyeron todo a su paso para dejar los monumentos y las costumbres en el olvido, edificando nuevos palacios, instruyendo una nueva religión, elevando nuevas Iglesias y despojar a los habitantes de sus tierras, explotando los frutos para enviarlos a la Corona Española, terminando con esto la existencia de una maravillosa civilización.

3.2.2. México Colonial

Alrededor del año 711, los árabes invadieron la península ibérica, donde se encuentran España y Portugal, solo algunos reinos cristianos quedaron libres de este dominio, estos reinos comenzaron a luchar contra los musulmanes a quienes llamaron moros, a esa lucha se le llamó la “Reconquista”, la cual duró aproximadamente ocho siglos. A través de los árabes llegaron diversos conocimientos como la astronomía y la alquimia.

Invadieron también el mediterráneo por lo que para los cristianos comenzó a ser difícil llegar a la India y a China, ya que tenían que atravesar tierras musulmanas, y estos lugares tenían productos muy preciados para éstos, por ello buscaban nuevas rutas para llegar a estas tierras. Se realizaban muchas expediciones con la finalidad de encontrar la forma de llegar.

Por esa razón Cristóbal Colón, un marino genovés experto para navegar en las aguas del Mediterráneo y del Atlántico, estaba seguro de que si viajaba hacia occidente llegaría a la India. Una vez que los Reyes Católicos lograron tomar Granada, que estaba en manos de los musulmanes, apoyaron a Colón para que realizara el viaje que tanto había solicitado.

En el año de 1492, Colón zarpó del Puerto de Palos con sus tres naves: *“la Niña, la Pinta y la Santa María”*,⁹⁷ y hace uno de los descubrimientos más

⁹⁷ http://es.wikipedia.org/wiki/Descubrimiento_de_Am%C3%A9rica. Consulta 11 de Enero de 2010.

importantes para el mundo antiguo, con ayuda de la Corona Española (los reyes católicos Fernando de Aragón y la reina Isabel de Castilla), llega a tierras desconocidas sin saberlo, él cree que llega a la India, por lo que llamó indios a sus pobladores. Llegó a las Bahamas, a Cuba y Haití, lugares de los cuales se llevó objetos valiosos para mostrar a los Reyes Católicos.

A su regreso, Colón deslumbró a los Reyes Católicos con los objetos maravillosos que había traído, así como sus historias en las que relató la riqueza inmensa que tenían estos pobladores. Por ésta razón los Reyes decidieron financiar un segundo viaje a las "Indias",⁹⁸ y Colón lo realizó con más barcos. Él desconocía que se trataba de nuevas tierras, este descubrimiento lamentablemente no fue benéfico para los habitantes de este lugar, debido a que los conquistadores los despojaron de sus tierras, los trataron como esclavos, los obligaron a trabajar en minas explotando todo lo que en ellas encontraron y les impusieron una nueva religión.

En realidad, la conquista de lo que es actualmente el territorio mexicano, comenzó aproximadamente en el año 1517, cuando se comenzó a explorar la península de Yucatán, se recibieron noticias del navegante Francisco Hernández de Córdoba, quien informó de la gran riqueza que había encontrado, por lo que el gobernador de Cuba Diego Velázquez, pensó que podía beneficiarse con el descubrimiento, por ello decidió enviar una flota bien armada y al mando de la expedición estaba Hernán Cortés, quien era su socio en varios negocios, pero éste, tenía otros planes.

Al desembarcar en las costas de lo que hoy es Veracruz, Cortés descubrió que la riqueza del Imperio era grande, y también se enteró del gran resentimiento que los pueblos sometidos tenían en contra de los mexicas. Esto lo aprovechó para avanzar al interior, fundó el ayuntamiento de Villa Rica (en Veracruz) e hizo que lo nombraran jefe de la expedición, con ese nombramiento le debía lealtad y obediencia al Rey de España y no estaría sometido a las órdenes del Gobernador de Cuba, Diego Velázquez.

⁹⁸ Así llamaban los europeos al Nuevo Continente, el cual con posterioridad sería llamado *América*, porque creían haber llegado a Asia, porque en ese momento desconocían que se trataba de nuevas tierras y una nueva cultura.

Cuando llegaron al Valle de México, los españoles fueron bien recibidos por el Tlatoani Moctezuma, quien los hospedó en el *Palacio de Axayácatl*. Moctezuma era un guerrero valiente y fuerte, pero el temor y la superstición por creer que eran dioses, como una de sus profecías lo relataba, éste les entregó tributos valiosos a los españoles con la esperanza de que se marcharan.

La presencia de los españoles ofendía al pueblo mexica, pero por el respeto que le tenían al Tlatoani, nadie se atrevía a decir algo. Desafortunadamente, todo esto terminó con una sangrienta batalla y la matanza cruel de muchos mexicas.

Cortés tuvo que regresar al Golfo de Veracruz para combatir a las tropas que el gobernador de Cuba había enviado para arrestarlo, por lo que dejó un grupo de conquistadores en Tenochtitlán, dejando al mando a Pedro de Alvarado, militar malvado, impulsivo y cruel; quien organizó un ataque a los mexicas cuando celebraban una ceremonia religiosa en la que estaba la nobleza, jefes militares y sacerdotes, quienes estaban desarmados y danzando, cuando Alvarado lanzó las tropas contra ellos.

Provocó esta matanza una enorme indignación entre el pueblo mexica, por lo que se lanzaron en contra de los españoles y el Palacio de Axayácatl quedó sin alimentos y sin agua. Los españoles se llevaron a Moctezuma y a otros jefes mexicas. Cuando regresó Cortés, obligó a Moctezuma a ordenar a su pueblo que se retirara, pero ellos ya no lo escucharon, unos días después murió el Tlatoani. El nuevo jefe era un guerrero valeroso llamado *Cuitláhuac*, quien no estuvo de acuerdo con la llegada de los españoles, bajo su mando la guerra de los mexicas obtuvo mayor fuerza.

Posteriormente, en Tenochtitlán se desencadenó una epidemia de viruela, enfermedad desconocida por los mexicas y que los españoles trajeron al nuevo continente, ésta produjo miles de muertes de indígenas, entre ellos la del *Tlatoani Cuitláhuac*. Nobles mexicas escogieron un nuevo Tlatoani llamado *Cuauhtémoc*. Los españoles atacaron de nuevo, de forma metódica, después de mucho tiempo pese a la resistencia heroica que mantuvieron los mexicas, los españoles conquistan el territorio, también interceptaron la nave por la que viajaban el Tlatoani Cuauhtémoc y otros jefes mexicas para continuar la lucha en otro lugar,

sin embargo, fueron hechos prisioneros y después de algunos años los españoles asesinaron a Cuauhtémoc.

Las guerras para la conquista del nuevo mundo fueron innumerables, una vez conquistadas estas tierras fue necesario instalar un nuevo gobierno por parte de los conquistadores, el Rey de España, mando administradores que cumplieran fielmente sus órdenes, para organizar la exploración de los recursos naturales y la fuerza de trabajo. Se crearon puestos de gobierno y leyes dependientes de España para lograr la explotación de las nuevas tierras y el fruto fuese enviado a España.

Se llevó en diferentes etapas la colonización de América, primero fue la española y la portuguesa, con posterioridad se dio la colonización inglesa y francesa. Algunas civilizaciones lograron sobrevivir y conservar algunos rasgos de su cultura a pesar de la dominación a la que fueron sometidos. La colonización española tenía un vasto territorio, que iba desde California hasta el sur de América.

Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, los Reyes Católicos, recurrieron al Papa para justificar la Conquista y obtener un título que legitimara sus acciones en América, obtienen las llamadas *Bulas alejandrinas*, también llamadas "*Bulas Inter caetera* la primera es del 3 de mayo de 1493 y la segunda del 4 de mayo de 1493, aunque expedida el 28 de junio de ese mismo año".⁹⁹

El Papa Alejandro VI, les otorgó soberanía, jurisdicción y dominio sobre las Indias, también fueron expedidas para establecer la igualdad con respecto a los portugueses. La "*Bula Eximiae Devotionis*, del 3 de mayo de 1493, aunque expedida el 2 de julio de ese mismo año",¹⁰⁰ recordaba las concesiones a los portugueses y les recordaba en honrar a los reyes castellanos con gracias.

Aprovecharon las concepciones míticas de las civilizaciones antiguas para lograr su cometido por medio de la Conquista. La Corona española, antes de desaparecer por completo el derecho mexica permitió su incorporación al nuevo sistema permitiendo la existencia de las costumbres que fuesen compatibles con

⁹⁹ DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Op. cit.*, p. 72-73.

¹⁰⁰ CRUZ BARNEY, Oscar. *Op. cit.*, p. 141.

los intereses de la Corona y de la Iglesia. Los primeros indígenas en evangelizarse fueron los que formaron las alianzas con los españoles para conquistar el territorio mesoamericano.

Se inició la evangelización con dos documentos principalmente, La Instrucción y La Obediencia, aproximadamente del año 1523, en los que se dan recomendaciones convenientes para que los misioneros realicen su labor evangelizadora. Los primeros misioneros franciscanos que llegaron, traían el ideal de la Iglesia primitiva y el anhelo de querer regresar al cristianismo original.

Aspectos culturales de los indígenas así como su alimentación, sufrieron cambios importantes, modificándose estos aspectos, asimismo la estructura de su familia desapareció, la posición social que tenían los nobles indígenas desapareció y se sometieron al dominio español.

Derivado de la conquista se les implantó un nuevo sistema, el cual tenían que seguir como estaba establecido. Se inició la construcción de la nueva ciudad, que sería la capital de los conquistadores, la Ciudad de México. La máxima autoridad de la Nueva España era el Virrey. Las órdenes religiosas en llegar primero fueron los franciscanos, los dominicos y los agustinos.

Durante el año 1537, por la polémica existente sobre la capacidad de los indios, intervino el Papa Paulo III, quien dictó el 2 de junio de ese año, la "*Bula Sublimis Deus* conocida también como *Veritas Ipse*",¹⁰¹ a favor de los indios, de su capacidad para la fe y de su plena condición humana, con esta bula se puso fin a la discusión que habían tenido los teólogos, los juristas y la autoridades españolas de la época.

Las Leyes Nuevas de 1542-1543, se promulgaron por el Emperador Carlos V, en Barcelona, su título es "*Leyes y ordenanzas nuevamente hechas por S. M. por la gobernación de las Indias, (Leyes Nuevas del 20 de noviembre de 1542)*",¹⁰² realizadas para la gobernación de la Indias, buen tratamiento y conservación de los indios, reiteraban su libertad y prohibían su esclavitud.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 155.

¹⁰² *Ibidem*, p. 155-156.

Son una Institución Jurídica de la conquista, las *capitulaciones*. Se desconoce su naturaleza jurídica, ya que no se sabe con certeza si son o no contratos que obligan por igual a ambas partes o si son concesiones administrativas. Las capitulaciones son documentos suscritos entre el monarca o sus representantes, como el Consejo de Indias, la Casa de Contratación de Sevilla, la Real Audiencia, virreyes, etc., y un particular que se encargará de llevar a cabo una expedición de descubrimiento, conquista, explotación económica a su costa y riesgo; contiene los términos en los que se realizará dicha expedición. Las capitulaciones son un medio utilizado por la Corona, por medio de éstas, no corre riesgos y los cargos los afronta el particular, si se cumplía la misión, el particular podía exigir la concesión de los privilegios acordados.

El sistema de capitulaciones permite la formación de “*la hueste*”,¹⁰³ una institución de origen medieval en la que el ejército está formado por particulares entrenados y a los cuales les paga el que está al mando de la expedición para llevar a cabo la conquista.

Otra institución fue el Repartimiento, consistente en la porción de terreno con sus habitantes que se distribuía entre los conquistadores en recompensa por sus servicios. “La encomienda es una institución jurídica que supone una determinada relación entre un español y un grupo de indios”.¹⁰⁴ Por medio de ésta la Corona española encomendaba indios a los españoles, que se convertían en encomenderos con derecho a la percepción de tributos. Se distinguen tres periodos: la encomienda antillana, la encomienda en la Nueva España y la encomienda clásica o reformada.

Por los excesos de los encomenderos motivaron las protestas en la Española y sumada la intervención de Bartolomé de las Casas, dieron lugar a las “*Leyes de Burgos u Reales Ordenanzas dadas para el buen regimiento y tratamiento de los indios el 27 de diciembre de 1512*”,¹⁰⁵ estipuladas para el buen trato de los indios.

Estuvo vigente el derecho castellano durante un tiempo en la Nueva España, pero con posterioridad por la necesidad de crear un derecho exclusivo para las

¹⁰³ *Ibidem*, p. 199.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 200.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 204.

nuevas tierras, se creó el derecho indiano, que es el conjunto de leyes promulgadas por los reyes y por las autoridades para establecer un régimen jurídico en las Indias.

Se tiene que el orden de prelación de las Leyes de Indias como Cruz Barney¹⁰⁶ lo menciona, fue el siguiente:

-Las Leyes dictadas especialmente para las Indias, ya sea en la Península o en las Indias.

-Las costumbres desarrolladas en los municipios de españoles en las Indias.

-Las costumbres indígenas que no fueran en contra de la religión católica o de las leyes castellanas o indianas.

-La Novísima Recopilación de 1805.

-La Nueva Recopilación de 1567.

-Las Leyes de Toro de 1505.

-El Ordenamiento de Alcalá de 1348.

-Las Siete Partidas.

Abarca diferentes épocas la integración del Derecho indiano, entre las que podemos destacar de la manera que sigue: de 1492 a 1499, el gobierno fue exclusivo de Cristóbal Colón, basado en la Capitulaciones de Santa Fe y demás disposiciones administrativas. De 1499 a 1511, se produjo la reorganización jurisdiccional, económica y social de las Indias, con mayor intervención de los particulares en la conquista y la creación de dispositivos de control indiano dependientes de la Corona.

En los años de 1511 a 1568, por las críticas al régimen de encomiendas, se redactaron el Requerimiento y las Leyes Nuevas. De 1568 a 1680, fueron los primeros intentos por recopilar el derecho indiano, que culminó con la Recopilación de leyes así como la reordenación en la elección de funcionarios indios.

Durante el siglo VIII, hubo reformas estructurales en lo político, económico, militar, hacendario y educativo a favor del territorio americano. Por la necesidad de recopilar las leyes dictadas en las Indias, el Consejo de Indias se dio a la tarea de

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 233.

preparar la obra. Se designó a Juan López de Velasco, secretario del Consejo de Indias, para que iniciara los trabajos de recopilación comenzando desde la Capitulación de Santa Fe del 17 de abril de 1492, hasta incluir algunas disposiciones de 1570.

Se iniciaron en 1562 las gestiones necesarias, por lo que hubo varios intentos por lograr redactar la obra de recopilación y fue con la obra de *“la Recopilación de leyes de los reynos de las Indias de 1680”*,¹⁰⁷ que se logra este objetivo, con los trabajos de Fernando Jiménez de Paniagua, quien por su labor recibió grandes elogios del Consejo de Indias. La obra constó de nueve libros, organizada en Títulos y a su vez en leyes. El Consejo de Indias presentó al rey Carlos II la Recopilación terminada, éste la aprobó y ordenó que se publicara en 1681.

Posteriormente, por la constante creación de leyes, debido a las reformas realizadas por los Borbones, hubo necesidad de actualizar esta recopilación, por lo que el rey Carlos III, dictó un Real Decreto donde ordenó la formación de un Nuevo Código de Leyes de Indias, en el que prohibía adiciones y comentarios a la anterior recopilación. En 1792, se aprobó el “Nuevo Código de Leyes de Indias”,¹⁰⁸ y se publicó en partes, según fuese necesaria su aplicación.

El sistema de la Nueva España estaba formado por:

1. Un dispositivo central peninsular, integrado por el monarca, sus secretarios, el Consejo de Indias y la Casa de Contratación de Sevilla, con sede en España.
2. Un dispositivo central novohispano, integrado por el Virrey y la Real Audiencia, con sede en Nueva España.
3. Un dispositivo provincial distrital, constituido por los gobernadores y los corregidores o alcaldes mayores en la Nueva España.
4. Un dispositivo local formado por los cabildos de españoles y de indios y sus oficiales.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 249.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 255.

El Rey, ejercía la titularidad del poder sobre una diversidad de territorios con diferente consideración jurídico-política, como consecuencia el soberano utilizaba distintos títulos junto con el de rey. Era la autoridad como encarnación personal del Estado y supremo rector de la comunidad lo cual se manifestaba por medio de las insignias o símbolos.

Surgió en 1519 el Consejo de Indias, como una sección particular del Consejo de Castilla, fue la suprema autoridad en la administración de las Indias, estaba integrado por “el Presidente, cinco consejeros, dos secretarios, un promotor fiscal, un relator, un oficial de cuentas y un portero”.¹⁰⁹ Las primeras Ordenanzas del Consejo de Indias fueron proclamadas en 1542, estaban divididas en 40 capítulos, en las que se contemplaba la organización del Consejo, buen trato y defensa de los indios, las Audiencias indianas y su jurisdicción.

Para 1571, el Consejo estaría integrado por un presidente, consejeros togados, un gran chanciller, un fiscal, un secretario refrendador, un alguacil mayor, dos relatores, dos escribanos de cámara, dos contadores, un cosmógrafo-cronista, un receptor de penas de cámara, un abogado de pobres, un solicitador de pobres, un solicitador fiscal y varios porteros.

La “Casa de Contratación de Sevilla”,¹¹⁰ con su creación se fijaron las bases para un comercio hispano-indiano, organizado y controlado desde la Península, fue creado para cuidar los descubrimientos americanos. Las primeras ordenanzas se expidieron en 1503, estarían a cargo de la institución un tesorero, un contador y un secretario. Fue el organismo rector del comercio con las Indias, así como una institución con atribuciones de índole política, judicial, fiscal y científica; le correspondía todo lo relativo a la negociación con las Indias, funcionaba como oficina de aduanas, comercio y administración, ya que en sus instalaciones se almacenaban, vendían y contrataban las mercancías.

Ésta debía registrar y controlar todas las operaciones que se llevaran a cabo por cuenta de la Real Hacienda, así como equipar los navíos para el comercio, le correspondía la elección de Capitanes y escribanos de las expediciones

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 282.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 290.

comerciales, a quienes se les daban instrucciones acerca de la navegación y entrega de cargamentos.

El “Virrey”¹¹¹ era el representante del rey, la encarnación de la majestad, también se le realizaba una ceremonia. Fue el principal funcionario de la organización administrativa indiana, la autoridad superior dentro del virreinato a su cargo. Sus cargos fueron los de gobernador, capitán general, presidente de la Real Audiencia, superintendente de la real hacienda y vicepatrono de la Iglesia en la Nueva España, los virreyes gozaron de muchas atribuciones.

Don Antonio de Mendoza, fue el primer Virrey, quien trajo la imprenta a América y fundó el Colegio de Santa Cruz de Tlatelolco. El último Virrey fue “Don Juan O’Donojú en 1821”,¹¹² quien firmó los Tratados de Córdoba con Agustín de Iturbide en los que reconoció la Independencia de México.

“La Real Audiencia en Indias”,¹¹³ constituyó un órgano básico para el gobierno y la administración de justicia. Una de sus funciones políticas era la de garantizar el equilibrio de poderes que buscaba la Corona. Sus funciones eran administrativas, de gobierno y de justicia.

Primero correspondía al monarca oír y atender personalmente a quienes se le acercaban solicitando su intervención, el rey se asesoraba de expertos en derecho para la toma de decisiones. Los expertos que auxiliaban al monarca eran los que terminaban conociendo y resolviendo los asuntos a él sometidos.

Con posterioridad, los alcaldes de la Corte conformaron un tribunal donde era posible apelar ante la audiencia, por lo que el carácter de supremo tribunal de la audiencia se vio disminuido por la posibilidad de alzarse en súplica al rey respecto de sus decisiones. Por la necesidad de facilitar las apelaciones de los jueces locales al monarca había traído como consecuencia el nombramiento en diferentes regiones de representantes personales del rey, llamados adelantados, junto con dos alcaldes debían conocer de las alzadas ante ellos presentadas.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 298.

¹¹² *Ibidem*, p. 303-308.

¹¹³ *Ibidem*, p. 308.

Fue la primera Audiencia en las Indias, “La Audiencia de Santo Domingo”,¹¹⁴ estuvo integrada por tres jueces letrados, un escribano y un procurador de pobres. Ésta funcionó como institución representante del rey, con poder para dictar Reales Provisiones en su nombre y con el sello real. Se dividían en Audiencias virreinales, (eran presididas por el virrey), Audiencias pretoriales (eran presididas por un presidente-gobernador) y Audiencias subordinadas (presididas por un presidente letrado).

Se constituyó la Audiencia como el máximo órgano de justicia, sin que el rey interviniera en sus decisiones, ésta debía ocuparse del despacho en apelación de las causas civiles y criminales a ella sometidas, en primera instancia de los casos de corte y pleitos sobre servicios así como cosas pequeñas.

En las provincias sin sede de Audiencia, el gobernador constituía la autoridad superior. A los jueces se les designó como alcaldes ya que juzgaban conforme al fuero local en territorios más pequeños. Con posterioridad se creó la figura del Intendente, que sustituyó a los gobernadores y a los alcaldes. Su organización interior se concretaba en cuatro departamentos justicia, policía, hacienda y guerra. Se nombraban a los intendentes por el rey sin limitación alguna en la duración de sus cargos. Estaban facultados para dictar leyes y debían visitar el Distrito una vez al año, tenían la dirección principal de las rentas reales y todos los derechos del erario.

Para lograr la evangelización, se crearon lugares para invitar a los indios a fijar su residencia, en un principio se consideró la posibilidad de conservar a los caciques. Poco a poco fue creciendo el número de cabildos en las poblaciones. Los cabildos de españoles en la Nueva España, se conformaban por la administración o el regimiento, formado por regidores, alcaldes ordinarios y el procurador general.

Los comerciantes se asociaban en grandes corporaciones profesionales a las que se les denominaba consulados y su función principal era la defensa de los intereses económicos de sus miembros.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 313.

Resulta trascendente referirse a los orígenes de la Inquisición en el siglo XII, donde el delito de herejía se castigaba con la pena de muerte, establecido en el “Edicto de Milán del año 313”,¹¹⁵ aproximadamente. La Inquisición se dividió en episcopal y pontificia o delegada.

Inquisición episcopal, se encargaba del castigo de los herejes, por lo que correspondía a los obispos en cada diócesis conocer de los delitos. Durante la Edad Media las herejías de los seguidores de “Pedro Valdo”,¹¹⁶ dieron lugar a grandes desórdenes sociales y doctrinales, por lo que se tomó como medida la fuerza, ya que se predicaba de forma pacífica.

Un nuevo sistema era la Inquisición Pontificia, por medio del cual se emitían legados pontificios que se enviaban a lugares donde era necesario una acción enérgica. La falta de continuidad a los legados hizo necesario establecer un tribunal permanente con jurisdicción amplia y definida que velara por la fe. La herejía se consideraba como de lesa majestad divina equiparado con lesa majestad, por lo que el castigo era la pena de muerte.

En España, la Inquisición comienza con los Reyes Católicos, porque consideraban que no existía instrumento legal para hacer frente a los falsos conversos por lo que lo solicitaron a la autoridad pontificia. En 1480 se nombró a los primeros inquisidores, en 1481 se amplió la jurisdicción del Santo Oficio. La organización del nuevo tribunal se estableció en 1483, con la Constitución del Consejo de la Suprema y General Inquisición, que actuó con el resto de los consejos establecidos en Castilla. El primer inquisidor general fue “el dominico fray Tomás de Torquemada”.¹¹⁷ La Inquisición se basaba en detenciones, juicio, proceso y confiscaciones.

Durante la conquista, en la Nueva España, tuvo su origen la Inquisición. No existía una Inquisición organizada, ya que durante los primeros años no había obispos ni inquisidores. El primer fraile con facultades inquisitoriales fue el franciscano Martín de Valencia, quien llegó en el año 1524 y ejerció el cargo de comisario del Santo Oficio de la Inquisición. “El primer juicio de la Inquisición en la

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 387.

¹¹⁶ *Idem*.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 390.

Nueva España se hizo en 1522, sobre el indio Marcos de Acolhuacán, por concubinato”.¹¹⁸

Primer Inquisidor general de la Nueva España y primer obispo de México, fue “fray Juan de Zumárraga, por nombramiento dado el 27 de junio de 1535”,¹¹⁹ tenía facultades para designar los funcionarios correspondientes. En esta etapa tuvo gran desarrollo la Inquisición, aunque fue destituido por su política con los indios, por considerar que por ser nuevos conversos al catolicismo no debían estar sujetos a la jurisdicción del Santo Oficio. Los inquisidores eran burócratas, letrados con estudios universitarios, su nombramiento era por una promoción dentro del mismo tribunal.

Por el Rey Felipe II, en el año de 1570, se manda fundar “el Tribunal de la Inquisición en Nueva España”.¹²⁰ Es importante resaltar que los indios estaban excluidos expresamente de la jurisdicción de este Tribunal. El Tribunal de la Inquisición es suprimido por la Constitución de Cádiz de 1812.

Alrededor de 1571, se extendió en la Nueva España el Santo Oficio de la Inquisición, tenía como finalidad investigar y castigar con métodos muy crueles a todos aquellos que no fueran fieles católicos, provocando infinidad de abusos y temores hasta que fue suprimida. Su finalidad era castigar los delitos contra la fe católica, sus principales víctimas fueron a los que acusaban de practicar la “brujería”, también fueron acusados los herejes, los judíos, los disidentes, los primeros científicos, entre otros; bastaba la simple acusación para que las personas fueran arrestadas y juzgadas por el Santo Oficio. Se utilizaban métodos de tortura inhumanos para darles una lección y en otros casos eran también ejecutados, en algunos casos, también los exhibían como ejemplo para la sociedad, auxiliados de instrumentos llamados hoy en día “Instrumentos de Tortura y Pena Capital”.¹²¹

Entre las penas del derecho canónico, se encuentran las penitencias espirituales, como oraciones en días determinados, la asistencia a una misa

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 391.

¹¹⁹ DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Op. cit.*, p. 173.

¹²⁰ *Idem*.

¹²¹ Así se les denominan actualmente, incluso se organiza una exposición que viene de Europa a México, para mostrar los instrumentos crueles utilizados por la Inquisición.

revestido con insignias de culpa o el adoctrinamiento. Las penas de carácter pecuniario van desde multas hasta la confiscación de los bienes. También se imponían penas como el paseo público por las calles, mientras se azotaba al reo y se pregonaban sus delitos, cuando se dudaba del arrepentimiento del reo, se optaba por la hoguera, sobre todo era utilizada con los herejes no arrepentidos, por lo común “no eran quemados vivos y los que habían logrado escapar eran quemados en efigie a efectos de demostrar el aborrecimiento al ofensor”.¹²²

Por decreto de las Cortes de Cádiz, “el Tribunal del Santo Oficio fue abolido el 12 de febrero de 1813”,¹²³ éste fue promulgado en México el 8 de junio de ese mismo año, los bienes de la institución se incorporaron a la Corona. Con Fernando VII, fue restablecida, pero de nuevo se abolió definitivamente en la Constitución del 31 de mayo de 1820.

Jugó un papel importante la Iglesia Católica durante la Colonia, de ella dependía la educación y hacía obras de caridad, por lo que tenía colegios, hospitales y hospicios. Los templos y los conventos son impresionantes construcciones que dan muestra de su poder en ese momento. El diezmo fue un impuesto creado por las autoridades de la Iglesia, siendo obligatorio para los creyentes y el monarca hacía aportaciones voluntarias a la misma, lo cual ayudó a que la Iglesia lograra tener un poder económico asombroso.

La sociedad de la Nueva España estaba dividida en diversos grupos, según su origen, podemos encontrar en primer lugar a los españoles, quienes habían nacido en España, eran los dueños de las tierras, las minas y la riqueza que había en el nuevo continente, también eran los que ocupaban los cargos públicos importantes en el Gobierno y en la Iglesia. En la familia de los españoles, el padre era la máxima autoridad, se le debía un respeto profundo siempre y cuando no actuara en contra de la ley de Dios, el padre educaba a los hijos.

Así la mujer se dedicaba a las tareas domésticas y cuidaba a los hijos, las responsabilidades de éstos dependían de su edad y sexo, el hijo mayor era quien recibía la mayor parte de la herencia, bienes de la familia, los títulos y la

¹²² CRUZ BARNEY, Oscar. *Op. cit.*, p. 398.

¹²³ *Idem.*

responsabilidad de velar por el sustento de sus miembros así como de cuidar del honor de sus hermanas. Todos los hermanos menores debían respetar y obedecer al hermano mayor. Al celebrar el matrimonio, las familias se unían para trabajar, se organizaban para crear empresas familiares en la minería, el comercio o la agricultura.

Para la celebración del matrimonio, la familia de la mujer debía entregar una dote para contribuir a acrecentar el patrimonio de la nueva familia. Por la influencia de la religión católica, ya que sancionaba a las uniones fuera del matrimonio, los hombres de la clase dominante abandonaron la responsabilidad de mantener a los hijos nacidos de esas uniones, para evitar hacerlo evidente.

Se les llamaba criollos, a los hijos de los españoles e hijos de los criollos, nacidos en la Nueva España, por esa razón eran un poco discriminados por los mismos españoles, ocupaban cargos públicos en el Gobierno, en la Iglesia y en el ejército, pero los menos importantes, situación que les causaba gran descontento. Poco a poco fueron creciendo en número y se fueron haciendo importantes. Los criollos, se interesaron más en estudiar el pasado de la Nueva España y el de los indígenas, por lo que se dedicaron más a las artes. Aproximadamente en el año de 1648, el Sacerdote Miguel Sánchez, difundió la devoción a la Virgen de Guadalupe (quien según la creencia se había aparecido en 1531), por ello los criollos, los indios y los mestizos se unieron en un gran culto a la misma.

Los mestizos, eran hijos de españoles e indígenas, representaban el mayor número de la sociedad novohispana, eran quienes hacían el trabajo obrero de la sociedad, trabajaban en haciendas, en minas, como sirvientes, artesanos, empleados en las obras, etc. La esclavitud de los indígenas estaba prohibida, pero si se revelaban ante el Gobierno, se permitía la esclavitud, por lo que se dio con frecuencia. Los españoles trajeron esclavos a la Nueva España personas de color llamados “negros”, para que realizaran los trabajos más inhumanos de la nueva sociedad.

Como consecuencia de todo esto, la familia sufre un cambio importante, el divorcio solo lo puede solicitar el hombre por repudio, se prohíbe la poligamia por la Iglesia, se conservó el privilegio de los varones, el papel de la mujer se centró

en el matrimonio y el cuidado de los hijos. La mujer española, en su estado civil de casada, podía heredar pero sus derechos quedaban subordinados al esposo quien administraba los bienes. Solo si la mujer quedaba viuda podía tener la capacidad para administrar sus bienes y tenía el derecho de ejercer la patria potestad sobre sus hijos.

A los indígenas se les consideraba como menores de edad, ya que eran personas que estaban bajo la protección del cristianismo, también eran tratados como esclavos, la mujer indígena tenía igualdad con el varón ante la ley, pero en la práctica era discriminada por su género, por "raza" y por la clase social. Trabajaba en las faenas del campo, en la artesanía y en el servicio doméstico en las casas de los españoles.

Otro grupo familiar son los españoles, aunque tuvieran a su esposa con la que habían celebrado las solemnidades del matrimonio, se les permitía tener concubinas indígenas, las cuales eran tratadas como a los animales, las repudiaban y los hijos que ellas tenían eran llamados "*bastardos*",¹²⁴ a los cuales se les criaba como siervos de la casa, llamados *mestizos* y también se utilizó como sinónimo de ilegítimo.

La mujer mestiza, realiza diversas funciones como vender alimentos, cubrir faenas de las criadas de las casas grandes de los españoles, así como en el campo realizaba labores domésticas y agrarias.

Al contrario de los mestizos, las personas de color a quienes les llamaban "*negros*", los cuales trajeron los españoles en calidad de esclavos, se les consideraban "*infames de sangre*",¹²⁵ y el estatus de esclavos se transmitía por vía materna y les encargaban los trabajos mas desagradecidos y peligrosos de la sociedad.

Otro grupo social son las mujeres *criollas*, quienes recibían educación, aunque no estudios superiores, excepcionalmente solo aquellas que tenían los

¹²⁴ Se les llamaba así, a los hijos ilegítimos, nacidos fuera del matrimonio, como es el caso de los hijos de las concubinas indígenas.

¹²⁵ Es decir, se les consideraba como seres malignos, que no eran dignos de tener honra ni estimación, ya que eran considerados como seres despreciables para los españoles cristianos.

medios económicos para pagar maestros particulares y que contaban con el permiso de los padres, podían tener una educación de nivel superior.

De lo contrario solo bastaba lo esencial, sin embargo, su labor principal era encargarse de la casa, cuidar a los hijos, sobre todo durante esta época era importante tener varios hijos. El matrimonio era arreglado por los padres y la dote jugaba un papel importante. La mujer adúltera era severamente castigada. En la sociedad de la época colonial, la mujer tenía aún muchas restricciones, era discriminada por su género.

En el matrimonio regía el derecho castellano y el derecho canónico, el matrimonio canónico (el matrimonio por la Iglesia), es homologado por el Estado. En el año de 1514 se promulga una provisión que autoriza los matrimonios entre españoles e indios, norma que pasó a la “Recopilación de 1680”.¹²⁶

Comenzando el siglo XVIII, subió al trono de España la familia de los Borbones, se encontraron que el Imperio tenía escasos recursos y fueron perdiendo posesiones, la falta de población empobreció los nuevos dominios, por lo que los criollos fueron ocupando cargos importantes. Los Borbones en el año de 1767 expulsaron a los jesuitas, con lo que mostraron que redujeron la influencia de la Iglesia católica. A los españoles establecidos en la Nueva España y a los criollos les quitaron los puestos importantes y solo los podían ocupar españoles que llegaran de la Península Ibérica (España).

Se hallaron nuevas vetas, para poder establecer minas y explotarlas, con lo que la Nueva España se convirtió en la productora de plata más importante del mundo.

Los Borbones, aumentaron los impuestos y dividieron el territorio en Intendencias para lograr una mejor administración, estas medidas ayudaron al crecimiento de la economía, pero rompieron el equilibrio social, con lo que causaron gran descontento entre los pobladores, por la gran desigualdad económica que comenzó a notarse. La orden de los jesuitas era un factor de unión entre españoles y criollos, que se perdió con la salida de éstos. Quizá estas medidas fueron las que ocasionaron que se comenzara con la guerra de

¹²⁶ DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Op. cit.*, p. 175.

Independencia, además a finales del siglo XVIII, con la influencia de nuevas ideas, se puso en duda el don divino de los reyes, así como surgió la corriente denominada “*El Romanticismo, donde uno de los valores supremos era la libertad*”.¹²⁷

MEXICO INDEPENDIENTE

La Ilustración en España se caracterizó por su patriotismo en la búsqueda por la recuperación del país por medio de la revitalización económica.

En 1808, se pidió la abdicación de Carlos IV, quien le entregó la Corona a su hijo Fernando VII, quien subió al trono por aclamación popular, sin el refrendo de las Cortes del reino. Poco después Napoleón invadió España, lo que trajo muchas repercusiones para España y América. La invasión francesa, la abdicación de Carlos IV seguida la de su hijo Fernando VII y la guerra de Independencia de España, fueron acontecimientos que impactaron a la Nueva España.

Favoreció el bando liberal la integración de las Cortes de Cádiz, compuesto por hombres ilustrados de clase media, con estas cortes se inició la revolución liberal. La reforma más sobresaliente es la Constitución de Cádiz de 1812, estableció la igualdad y derechos de los americanos.

La libertad de imprenta establecida en la Constitución se mostró por publicaciones como “El Pensador Mexicano, de José Joaquín Fernández de Lizardi y El Juguetillo, de Carlos María de Bustamante”.¹²⁸

Mientras tanto en México, en lo que hoy se conoce como Querétaro, Miguel Hidalgo, Ignacio Allende y Juan Aldama, se reunían regularmente. Hidalgo y Allende habían adoptado un plan para integrar una junta compuesta por representantes de los diversos cuerpos bajo la dirección de la clase media. Al ser descubiertos, Hidalgo en la noche del 15 de septiembre de 1810, llamó al pueblo de Dolores, de donde era párroco, momento en el que se inicia la guerra de Independencia contra España.

Morelos al tomar las ideas de la clase media y de los campesinos, redactó un documento muy famoso e importante que lo llamó *Los Sentimientos de la Nación*,

¹²⁷ CRUZ BARNEY, Oscar. *Op. cit.*, p. 598.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 609.

del 14 de septiembre de 1813, donde plasmó ideas como la libertad de América, la libertad de los individuos, la abolición de la esclavitud, establece como única religión la católica, habla de la soberanía del pueblo, no admite la tortura, entre otras ideas.

El Virrey Venegas promulgó en México la Constitución de Cádiz de 1812, lo que favoreció la autonomía de las diputaciones provinciales frente al virrey. Por otro lado, en 1813 el bando insurgente se reunió nombrando a Morelos como generalísimo encargado del Poder Ejecutivo. En ese mismo año se proclamó *El Acta solemne de la declaración de la Independencia de la América Septentrional*, partiendo de Los Sentimientos de la Nación.

En 1814, se promulgó la *Constitución de Apatzingán*, careció de vigencia, pero establecía la designación de titulares de los poderes constituidos por ella. El 24 de febrero de 1821, se promulgó el *Plan de Iguala*, firmado por Vicente Guerrero y Agustín de Iturbide, donde se proclamó la independencia y se mantuvo la monarquía.

Se fijaron las bases para la constitución del Estado mexicano, ya que se tomaron los principios de organización política que habría de tener. Se considera que fue la clave para lograr la independencia, ya que Agustín de Iturbide propuso la unión y también un plan para garantizar su sobrevivencia. El Plan de Iguala fue apoyado por sectores liberales, oficiales del ejército, comerciantes, clero, nobleza criolla y peninsular.

Los criollos se unieron en torno al Plan de Iguala, en poco tiempo el ejército de Iturbide ocupó las principales ciudades. Este movimiento independista duró varios años pero al final se logró el objetivo. En Veracruz, desembarcó Juan O'Donojú nuevo jefe de la Nueva España, entró en tratos con Iturbide en la Ciudad de Córdoba. Firmaron los Tratados de Córdoba, el 24 de agosto de 1821, en los que se reconoció la Independencia de México, estableciéndose como un Imperio, donde la capital sería la Ciudad de México, entre otros aspectos.

Una vez que se rindieron las tropas españolas comenzaron su regreso a España, la independencia se consumó el 27 de septiembre de 1821, con la

entrada triunfante en la capital del ejército de las Tres Garantías, estando al mando Iturbide.

Se siguió con lo establecido en el Plan de Iguala, se instaló la Junta Provisional Gubernativa, se eligió como emperador a Agustín de Iturbide y se levantó el Acta de Independencia Mexicana. En esta Acta se declaró que México es una nación soberana e independiente de España, con quien en lo sucesivo mantendría una estrecha relación de amistad. México se constituyó con las bases que se establecieron en el Plan de Iguala y en los Tratados de Córdoba.

Esta nueva condición, llevaría a México a una transición de un nuevo ordenamiento jurídico, esto conlleva la necesidad de modificar y elaborar nuevas leyes, encaminado al constitucionalismo y a la codificación.

Fue aprobada el Acta Constitutiva el 3 de octubre de 1824, en la que se formaba la República, establecía la religión católica como la única, se establece la división de poderes en el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Se tomó el federalismo, ya que no se quería regresar al régimen centralista del virreinato. Las ideas de *Rosseau* y *Montesquieu* son las que influyeron notablemente en los primeros congresos del México independiente.

Al promulgarse la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, se tenía la esperanza de que se terminaría la época de confusión, ya que se generaba desorden político por la forma de elegir Presidente y Vicepresidente, (este último sustituía al Presidente en caso de ser necesario).

En la época en que gobernó Antonio López de Santa Anna, por sus tantas ausencias, Valentín Gómez Farías se hizo cargo del Poder Ejecutivo, quien expidió una serie de disposiciones entre las cuales se encuentran aquellas en las que evita la intromisión del clero en los asuntos del gobierno, alrededor del año de 1833. Cuando Santa Anna regresó, solicitó la revocación de las leyes y disposiciones dictadas en su ausencia, con ello se volvió de un gobierno federal a uno central.

Durante el gobierno de Santa Anna se perdió gran parte del territorio mexicano, quedando en poder de los Estado Unidos de América, situación que

produjo gran descontento en diversos sectores del país, por lo cual Santa Anna, tuvo que salir de la patria y renunciar a su cargo de Presidente.

Mientras tanto, la familia estuvo condicionada por el mestizaje, se caracterizó por ser monogámica y numerosa por la constitución de sus miembros, ya que se acostumbraba tener varios hijos. La mayoría de las familias vivían en comunidades rurales, se dedicaban a la agricultura, oficio que se les enseñaba a los niños. La mujer realizaba el trabajo del hogar y cuidaba a los infantes.

Aún era la autoridad de la familia el padre y era quien la sostenía. El “compadrazgo”, era una relación familiar muy importante, evitaba que se quedaran huérfanos muchos pequeños. Las madres morían frecuentemente por la falta de atención médica y porque las vías de comunicación eran escasas.

Un cambio muy importante durante esta época fue por la actividad de las mujeres; en el año de 1844, cabe destacar que por primera vez hubo Hermanas de la Caridad, las cuales manejaban hospitales, cuidaban enfermos, aprendieron a leer, a escribir y otras se convirtieron en maestras.

3.2.3. México en tiempos de Juárez

Hubo un grupo de opositores a Santa Anna, conformados por Ignacio Comonfort y Florencio Villarreal; proclamaron el Plan de Ayutla, donde se pedía su destitución, el nombramiento de un Presidente provisional y un Nuevo Congreso Constituyente. Santa Anna salió de la Ciudad de México y días después, en la Ciudad de Perote redactó su renuncia a la Presidencia de México.

Quedó Juan Álvarez como Presidente interino, el gobierno residió en la Ciudad de Cuernavaca, donde formó su gabinete. Álvarez decidió renunciar por problemas de salud y Comonfort ocupó su lugar en el año de 1855. Al año siguiente su gobierno comenzó a expedir una serie de leyes reformistas, entre las cuales se enfatizan la Ley Lerdo, la desamortización de bienes del clero y la supresión de la propiedad comunal.

Durante el gobierno de Comonfort se vivieron contantes luchas internas con el lema “religión y fueros”; cuando se promulgó la Constitución de 1857, las protestas aumentaron.

En 1857, México enfrentó un problema serio con España, relacionado con los créditos que Santa Anna había solicitado, por fortuna se pudieron resolver por vía diplomática. En ese año fue electo Comonfort como Presidente y Benito Juárez como Vicepresidente. También se redactó el Plan de Tacubaya, donde se abolió la Constitución de 1857, pero dejaba a Comonfort en el poder. Juárez y otros diputados fueron encarcelados. En 1858, se desconoció a Comonfort quien se volvió de nueva cuenta al lado liberal y dejó en libertad a Juárez, con posterioridad se fue a los Estados Unidos de América.

Juárez se estableció en Guanajuato, donde organizó su gabinete, publicó un manifiesto en el que restablecía el Gobierno constitucional y dio inicio a la Guerra de Reforma. Mientras tanto en la capital se designó a Zuloaga como Presidente, por lo que en esta época México tuvo dos gobiernos, el de Juárez (liberal), y el de Zuloaga (conservador).

Robert McLane representante de Estados Unidos, reconoció el gobierno de Juárez en 1859, quien entró en negociaciones con Melchor Ocampo para reajustar los límites fronterizos. Juárez publicó las Leyes de Reforma en Veracruz, entre las cuales se establecía la separación de la Iglesia y el Estado.

Representantes de España, Inglaterra y Francia se reunieron en 1862, en Veracruz; para discutir sobre el reclamo a México de los adeudos que tenía con estas naciones. Se designó como representante a Manuel Doblado para que se entrevistara con ellos en La Soledad. Se obtuvo un buen resultado de la entrevista, se autorizó a las tropas extranjeras a ocupar ciudades siempre y cuando se mantuviera el pabellón nacional. Mientras tanto Zaragoza vigilaba el movimiento de las tropas extranjeras para que respetaran el acuerdo de La Soledad.

En ese mismo año, Juárez expidió una ley donde establecía la pena de muerte a quien conspirara en contra de la Independencia de México, para prevenir cualquier situación que pudiera presentarse. La guerra de intervención de estos

países provocó una vasta destrucción en el territorio pero pese a ello, se logró vencerlas, para que se retiraran y respetaran la independencia de esta nación.

Maximiliano y Carlota llegaron en 1864, convencidos por los conservadores quienes le ofrecieron la Corona del Imperio Mexicano, los liberales estaban en desacuerdo con esta imposición, por lo que la guerra continuó.

Las tropas francesas se retiraron en 1867, abandonando el territorio nacional dejando a Maximiliano a su suerte, quien fue aprehendido en ese mismo año, junto con sus oficiales, quienes fueron juzgados de acuerdo a la ley del 25 de enero de 1862. Su ejecución tuvo lugar el 19 de junio de 1867, en el Cerro de la Campanas.

Mientras tanto, Porfirio Díaz entró en la Ciudad de México el 21 de junio de ese mismo año y Juárez lo hizo un mes después. En 1871, se realizaron nuevas elecciones presidenciales y Juárez se reeligió, su nuevo periodo sería hasta 1875; hubo diversos levantamientos durante su gobierno, los cuales intentó calmar y en algunos tuvo éxito.

Falleció el Presidente Benito Juárez el 18 de julio de 1872, por lo que Lerdo de Tejada ocupó provisionalmente el poder, mismo que conservó debido a que fue electo para gobernar de 1872 a 1877, triunfó sobre Porfirio Díaz. Al igual que en el gobierno de Juárez, también hubo muchos levantamientos en contra del gobierno de Lerdo y las guerrillas seguían amenazando al país.

Durante el gobierno de Juárez, México tuvo cambios importantes, se pueden resaltar las Leyes de Reforma que jugaron un papel fundamental porque cambió los ordenamientos jurídicos y plasmó nuevas ideas, las cuales influyeron para elaborar la legislación actual.

La Constitución de 1857 fue reformada introduciendo los principios de las Leyes de Reforma, con el decreto del 25 de septiembre de 1873, entre los que se destacan al matrimonio que se consideró desde entonces como un contrato civil, la ley no reconoció a las órdenes monásticas, así como la separación entre la Iglesia y el Estado.

Se reinstaló el Senado en el decreto de 1874. Se realizaron otras reformas como la reelección del Presidente y Gobernadores, las facultades del Congreso, la integración de la Suprema Corte de Justicia, entre otras.

También se expidió la Ley de secularización de hospitales y establecimientos de beneficencia del 2 de febrero de 1861 y la Ley sobre extinción de comunidades religiosas del 26 de febrero de 1863.

Las Leyes de Reforma que se emitieron y que enumera Cruz Barney¹²⁹ fueron las siguientes:

- a) Ley sobre Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales y Juzgados del Fuero Común, del 23 de noviembre de 1855.
- b) Ley de Desamortización de Fincas Rusticas y Urbanas de las Corporaciones Civiles y Religiosas del 25 de junio de 1856.
- c) Ley de Nacionalización de los Bienes Eclesiásticos del 12 de julio de 1859.
- d) Ley de Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859.
- e) Ley Orgánica del Registro Civil o Ley sobre el estado civil de las personas del 28 de julio de 1859.
- f) Decreto del Gobierno por el que se declara que cesa toda intervención del clero en los cementerios y camposantos del 31 de julio de 1859.
- g) Decreto del Gobierno por el que se declara qué días deben tenerse como festivos y prohíbe la asistencia oficial a las funciones de la Iglesia del 11 de agosto de 1859.
- h) Ley sobre Libertad de Cultos del 4 de diciembre de 1860.
- i) Decreto del Gobierno por el que quedan secularizados los hospitales y establecimientos de beneficencia del 2 de febrero de 1861.
- j) Decreto del Gobierno por el que se extinguen en toda la República las comunidades religiosas del 26 de febrero de 1863.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 677-681.

En virtud de estas disposiciones, la estructura del Estado Mexicano fue modificada y su relación con la Iglesia definitivamente fue quebrantada por lo que se estableció el modelo liberal de forma definitiva.

Por consiguiente, se puede resaltar la “Ley del Matrimonio Civil, promulgada el 23 de julio de 1859”,¹³⁰ ésta surge por la división entre los negocios de la Iglesia y el Estado, ya que el clero deja de intervenir en la celebración del matrimonio, el Estado se vio en la necesidad de establecer los parámetros necesarios para instituir al matrimonio. Éste se constituyó como un contrato civil, que se contrae válidamente ante la autoridad civil gozando de los derechos que las leyes conceden a los esposos. La bigamia y la poligamia continúan prohibidas, el matrimonio es indisoluble y solo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges.

El hombre menor de 14 y la mujer menor de 12 años de edad, no pueden contraer matrimonio, asimismo se establece que si el hombre es menor de 21 y la mujer es menor de 20 años, se requiere el consentimiento de los padres. También se establecen los impedimentos para la celebración de éste. A continuación se transcribe la Ley de Matrimonio Civil:

**Ley de Matrimonio Civil.
Julio 23, 1859.**

Ministerio de justicia e Instrucción pública.-Excelentísimo Señor.-El Excelentísimo Señor presidente interino constitucional de la República, se ha servido dirigirme el decreto que sigue:
El Ciudadano Benito Juárez, presidente interino constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a todos sus habitantes, hago saber: que, considerando: Que por la independencia declarada de los negocios civiles del Estado, respecto de los eclesiásticos, ha cesado la delegación que el soberano había hecho al clero para que con sólo su intervención en el matrimonio, este contrato surtiera todos sus efectos civiles:
Que reasumiendo todo el ejercicio del poder en el soberano, éste debe cuidar de que un contrato tan importante como el matrimonio, se celebre con todas las solemnidades que juzgue convenientes a su validez y firmeza, y que el cumplimiento de éstas le conste de un modo directo y auténtico:
He tenido a bien decretar lo siguiente:
1. El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Para su validez bastará que los contrayentes, previas las formalidades que establece la ley, se presenten ante aquélla y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio.
2. Los que contraigan el matrimonio de la manera que expresa el artículo anterior, gozan todos los derechos y prerrogativas que las leyes civiles les conceden a los casados.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 679.

3. El matrimonio civil no puede celebrarse más que por un solo hombre con una sola mujer. La bigamia y la poligamia continúan prohibidas y sujetas a las mismas penas que les tienen señaladas las leyes vigentes.

4. El matrimonio civil es indisoluble; por consiguiente, sólo la muerte de alguno de los cónyuges es el medio natural de disolverlo; pero podrán los casados separarse temporalmente por alguna de las causas expresadas en el artículo 20 de esta ley. Esta separación legal no los deja libres para casarse con otras personas.

5. Ni el hombre antes de catorce años, ni la mujer antes de los doce, pueden contraer matrimonio. En casos muy graves y cuando el desarrollo de la naturaleza se anticipe a esta edad, podrán los gobernadores de los Estados y del Distrito, en su caso, permitir el matrimonio entre estas personas.

6. Se necesita para contraer matrimonio, la licencia de los padres, tutores o curadores, siempre que el hombre sea menor de veintiún años, y la mujer menor de veinte. Por padres para este efecto, se entenderá también los abuelos paternos. A falta de padres, tutores o curadores, se ocurrirá a los hermanos mayores. Cuando los hijos sean mayores de veintiún años, pueden casarse sin la licencia de las personas mencionadas.

7. Para evitar el irracional disenso de los padres, tutores, curadores o hermanos respectivamente, ocurrirán los interesados a las autoridades políticas, como lo dispone la ley de 23 de mayo de 1837, para que se les habilite de edad.

8. Son impedimentos para celebrar el contrato civil del matrimonio, los siguientes:

- I. El error, cuando recae esencialmente sobre la persona.
- II. El parentesco de consanguinidad legítimo o natural, sin limitación de grado en la línea recta ascendente o descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinas, o al contrario, siempre que estén en el tercer grado. La calificación de esos grados se hará siguiendo la computación civil.
- III. El atentar contra la vida de alguno de los casados, para casarse con el que quede libre.
- IV. La violencia o la fuerza, con tal que sea tan grave y notoria que baste para quitar la libertad del consentimiento.
- V. Los esponsales legítimos siempre que consten por escritura pública y no se disuelvan por el mutuo disenso de los mismos que los contrajeron.
- VI. La locura constante e incurable.
- VII. El matrimonio celebrado antes legítimamente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer. Cualquiera de estos impedimentos basta para que no se permita la celebración del matrimonio, o para dirimirlo en el caso de que existiendo alguno de ellos se haya celebrado, menos el error sobre la persona, que puede salvarse ratificando el consentimiento después de conocido el error.

9. Las personas que pretendan contraer matrimonio, se presentarán a manifestar su voluntad al encargado del registro civil del lugar de su residencia. Este funcionario levantará un acta en que conste el nombre de los pretendientes, su edad y domicilio, el nombre de sus padres y abuelos de ambas líneas, haciendo constar que los interesados tienen deseo de contraer matrimonio. De esta acta, que se asentará en un libro, se sacarán copias que se fijarán en los parajes públicos. Por quince días continuos permanecerá fijada la acta en los lugares públicos, a fin de que llegando la noticia del mayor número posible de personas, cualquiera pueda denunciar los impedimentos que sepa tienen los que pretenden el matrimonio. Cuando se trate de personas que no tienen domicilio fijo, la acta permanecerá en los parajes públicos por dos meses.

10. Pasados los términos que señala el artículo anterior, y no habiéndose objetado impedimento alguno a los pretendientes, el oficial del registro civil lo hará constar así, y a petición de las partes señalará el lugar, día y hora en que debe celebrarse el matrimonio, Para este acto se asociará con el alcalde del

lugar y procederá de la manera y forma que se expresa en el artículo 15.

11. Si dentro del término que señala el artículo anterior, se denunciase algún impedimento de los expresados en el artículo 8o., el encargado del registro civil lo hará constar, y ratificará simplemente a la persona que lo denunciare. Practicada esta diligencia, remitirá la denuncia ratificada al juez de primera instancia del partido para que haga la calificación correspondiente.

12. Luego que el juez de primera instancia del partido reciba el expediente, ampliará la denuncia, y recibirá en la forma legal cuantas pruebas estime convenientes para esclarecer la verdad, incluso las pruebas que la parte ofendida presente. La práctica de estas diligencias no deberá demorar más de tres días, a no ser que alguna prueba importante tenga que rendirse fuera del lugar, en cuyo caso el juez prudentemente concederá para rendirla el menor tiempo posible.

13. En caso de resultar, por plena justificación, legítimo el impedimento alegado, declarará que las personas no pueden contraer matrimonio, y así lo notificará a las partes. De esta declaración sólo habrá lugar al recurso de responsabilidad. Luego que se haga a las partes la notificación expresada, la comunicará también al encargado del registro civil, de quien recibió el expediente, para que la haga constar al calce de la acta de presentación.

14. Cuando no resulte probado el impedimento, hará la declaración correspondiente, la notificará a las partes, y la comunicará al encargado del registro civil, para que proceda al matrimonio.

15. El día designado para celebrar el matrimonio, ocurrirán los interesados al encargado del registro civil, y éste, asociado del alcalde del lugar y dos testigos más por parte de los contrayentes, preguntará a cada uno de ellos, expresándolo por su nombre, si es su voluntad unirse en matrimonio con el otro. Contestando ambos por la afirmativa, les leerá los artículos 1o., 2o., 3o. y 4o. de esta ley, y haciéndoles presente que formalizada ya la franca expresión del consentimiento y hecha la mutua tradición de las personas, queda perfecto y concluido el matrimonio, les manifestará:

Que éste es el único medio moral de fundar la familia, de conservar la especie y de suplir las imperfecciones del individuo que no puede bastarse a sí mismo para llegar a la perfección del género humano. Que éste no existe en la persona sola sino en la dualidad conyugal. Que los casados deben ser y serán sagrados el uno para el otro, aún más de lo que es cada uno para sí.

Que el hombre cuyas dotes sexuales son principalmente el valor y la fuerza, debe dar, y dará a la mujer, protección, alimento y dirección, tratándola siempre como a la parte más delicada, sensible y fina de sí mismo, y con la magnanimidad y benevolencia generosa que el fuerte debe al débil, esencialmente cuando este débil se entrega a él, y cuando por la sociedad se le ha confiado.

Que la mujer cuyas principales dotes son la abnegación, la belleza, la compasión, la perspicacia y la ternura, debe dar y dará al marido obediencia, agrado, asistencia, consuelo y consejo, tratándolo siempre con la veneración que se debe a la persona que nos apoya y defiende, y con la delicadeza de quien no quiere exasperar la parte brusca, irritable y dura de sí mismo.

Que el uno y el otro se deben y tendrán respeto, diferencia, fidelidad, confianza y ternura, y ambos procurarán que lo que el uno esperaba del otro al unirse con él, no vaya a desmentirse con la unión.

Que ambos deben prudenciar y atenuar sus faltas.

Que nunca se dirán injurias, porque las injurias entre los casados, deshonoran al que las vierte, y prueban su falta de tino o de cordura en la elección, ni mucho menos se maltratarán de obra, porque es villano y cobarde abusar de la fuerza.

Que ambos deben prepararse con el estudio y amistosa y mutua corrección de sus defectos, a la suprema magistratura de padres de familia, para que cuando

lleguen a serlo, sus hijos encuentren en ellos buen ejemplo y una conducta digna de servirles de modelo. Que la doctrina que inspiren a estos tiernos y amados lazos de su afecto, hará su suerte próspera o adversa; y la felicidad o desventura de los hijos será la recompensa o el castigo, la ventura o la desdicha de los padres.

Que la sociedad bendice, considera y alaba a los buenos padres, por el gran bien que le hacen dándoles buenos y cumplidos ciudadanos; y la misma, censura y desprecia debidamente a los que, por abandono, por mal entendido cariño, o por su mal ejemplo, corrompen el depósito sagrado que la naturaleza les confió, concediéndoles tales hijos. Y por último, que cuando la sociedad ve que tales personas no merecían ser elevadas a la dignidad de padres, sino que solo debían haber vivido sujetas a tutela, como incapaces de conducirse dignamente, se duele de haber consagrado con su autoridad la unión de un hombre y una mujer que no han sabido ser libres y dirigirse por sí mismos hacia el bien.

16. Cuando alguno de los contrayentes negare su consentimiento en el acto de ser interrogado, todo se suspenderá, haciéndose constar así.

17. Concluido el acto del matrimonio, se levantará el acta correspondiente, que firmarán los esposos y sus testigos, y que autorizará el encargado del registro civil y el alcalde asociado, asentándola en el libro correspondiente. De esta acta dará a los esposos, si lo pidiesen, testimonio en forma legal.

18. Este documento tiene fuerza legal para probar plenamente en juicio y fuera de él, matrimonio legítimamente celebrado.

19. Siempre que pasen seis meses del acto de la presentación al acto del matrimonio, se practicarán nuevamente todas las diligencias, quedando sin valor las que antes se hubieren practicado.

20. El divorcio es temporal, y en ningún caso deja hábiles a las personas para contraer nuevo matrimonio, mientras viva alguno de los divorciados.

21. Son causas legítimas para el divorcio:

I. El adulterio, menos cuando ambos esposos se hayan hecho reos de este crimen, o cuando el esposo prostituya a la esposa con su consentimiento; mas en caso de que lo haga por la fuerza, la mujer podrá separarse del marido por decisión judicial, sin perjuicio de que éste sea castigado conforme a las leyes. Este caso, así como el de concubinato público del marido, dan derecho a la mujer para entablar la acción de divorcio por causa de adulterio.

II. La acusación de adulterio hecha por el marido a la mujer, o por ésta a aquél, siempre que no la justifiquen en juicio.

III. El concubito con la mujer, tal que resulte contra el fin esencial del matrimonio.

IV. La inducción con pertinacia al crimen, ya sea que el marido induzca a la mujer, o ésta a aquél.

V. La crueldad excesiva del marido con la mujer, o de ésta con aquél.

VI. La enfermedad grave y contagiosa de alguno de los esposos.

VII. La demencia de uno de los esposos, cuando ésta sea tal, que fundadamente se tema por la vida del otro. En todos estos casos, el ofendido justificará en la forma legal su acción ante el juez de primera instancia competente, y éste, conociendo en juicio sumario, fallará inmediatamente que el juicio esté perfecto, quedando en todo caso a la parte agraviada el recurso de apelación y súplica.

22. El tribunal superior a quien corresponda, sustanciará la apelación con citación de las partes e informes a la vista, y ya sea que confirme o revoque la sentencia del inferior, siempre tendrá lugar la súplica, que se sustanciará del mismo modo que la apelación.

23. La acción de adulterio es común al marido y a la mujer en su caso. A ninguna otra persona le será lícito ni aun la denuncia.

24. La acción de divorcio es igualmente común al marido y a la mujer en su caso. Cuando la mujer intente esta acción o la del adulterio contra el marido,

podrá ser amparada por sus padres o abuelos de ambas líneas.

25. Todos los juicios sobre validez o nulidad del matrimonio, sobre alimentos, comunidad de intereses, gananciales, restitución de dote, divorcio y cuantas acciones tengan que entablar los casados, se ventilarán ante el juez de primera instancia competente. Los jueces, para la sustanciación y decisión de estos juicios, se arreglarán a las leyes vigentes.

26. Los testigos que declaren con falsedad en la información de que trata el artículo 12 de esta ley, serán castigados con la pena de dos años de presidio. Los denunciados que no justifiquen la denuncia, serán castigados con un año de presidio, y si la denuncia resultare calumniosa, sufrirán tres años de presidio.

27. En la imposición de las penas que establece el artículo anterior, nunca se usará del arbitrio judicial.

28. Los juicios que se sigan contra las personas que expresa el artículo 26, serán sumarios. De la sentencia que en ellos pronuncien los tribunales competentes, habrá lugar a la apelación, que se sustanciará con citación y audiencia de los reos. Si la sentencia de vista fuere de toda conformidad con la de primera instancia causará ejecutoria. En caso contrario, habrá lugar a la súplica, que se sustanciará como la apelación.

29. El juicio de responsabilidad intentado contra el juez de primera instancia por las declaraciones que haga en la materia de impedimentos, conforme a la facultad que le concede el artículo 13, se seguirá del modo que lo mandan las leyes vigentes, y la pena que se imponga será la de destitución de empleo e inhabilidad perpetua para ejercer cargo alguno del ramo judicial en toda la República.

30. Ningún matrimonio celebrado sin las formalidades que prescribe esta ley, será reconocido como verdadero legítimo para los efectos civiles; pero los casados conforme a ella, podrán, si lo quieren, recibir las bendiciones de los ministros de su culto.

31. Esta ley comenzará a tener efecto en cada lugar luego que en él se establezca la oficina de registro civil. Por tanto, mando se imprima, publique, circule y se le dé el debido cumplimiento. Dado en el palacio del gobierno general en la H. Veracruz, julio 23 de 1859. Benito Juárez.

Al C. Lic. Manuel Ruiz, ministro de justicia e instrucción pública. Y lo comunico a usted para su inteligencia y cumplimiento. Palacio del gobierno general en Veracruz, julio 23 de 1859. Ruiz.¹³¹

La Ley Orgánica del Registro Civil, surgió por la necesidad de establecer en toda la República funcionarios que representaran al Estado, se les denominó Jueces del Estado Civil, su función estaría encaminada a realizar la recopilación para hacer constar el estado civil de los mexicanos y extranjeros residentes en territorio nacional, así como también lo relativo al nacimiento, adopción, reconocimiento, matrimonio y fallecimiento de los habitantes del país.

Los Jueces redactarían en tres libros que llevarían por duplicado, denominados Registro Civil, los cuales serían divididos en Actas de nacimiento,

¹³¹ UGARTE CORTES, Juan. *Op. cit.*, pp. 717-722.

adopción, reconocimiento y arrogación; Actas de matrimonio y Actas de fallecimiento, todo lo relativo al estado civil de las personas. A continuación se reproduce una parte de la Ley del Registro Civil que promulgó Benito Juárez, tomando en cuenta la sección donde establece el actuar de los Jueces y la forma en que se llevaron a cabo las Actas de Matrimonio.

**Ley Orgánica del Registro Civil, expedida por Benito Juárez.
Palacio del gobierno general en Veracruz, 28 de julio de 1859.**

Excelentísimo Señor.-El Excelentísimo Señor presidente interino constitucional de la República, se ha servido dirigirme el decreto que sigue: El C. Benito Juárez, presidente interino constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a los habitantes de la República: Considerando que para perfeccionar la independencia en que deben permanecer recíprocamente el Estado y la Iglesia, no puede ya encomendarse a ésta por aquél el registro que había tenido del nacimiento, matrimonio y fallecimiento de las personas, registros cuyos datos eran los únicos que servían para establecer en todas las aplicaciones prácticas de la vida el estado civil de las personas: Que la sociedad civil no podrá tener las constancias que más le importan sobre el estado de las personas, si no hubiese autoridad ante la que aquéllas se hiciesen registrar y hacer valer; He tenido a bien decretar la siguiente Ley sobre el estado civil de las personas

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Se establecen en toda la República funcionarios que se llamarán jueces del estado civil, y que tendrán a su cargo la averiguación y modo de hacer constar el estado civil de todos los mexicanos y extranjeros residentes en el territorio nacional, por cuanto concierne a su nacimiento, adopción, arrogación, reconocimiento, matrimonio y fallecimiento.

2. Los gobernadores de los Estados, Distrito y Territorios, designarán, sin pérdida de momento, las poblaciones en que deben residir los jueces del estado civil, el número que de ellos debe haber en las grandes ciudades y la circunscripción del radio en que deben ejercer sus actos; cuidando de que no haya punto alguno de sus respectivos territorios en el que no sea cómodo y fácil, así a los habitantes como a los jueces, el desempeño pronto y exacto de las prescripciones de esta ley.

3. Los jueces del estado civil serán mayores de treinta años, casados o viudos y de notoria probidad; estarán exentos del servicio de la guardia nacional, menos en los casos de sitio riguroso, de guerra extranjera en el lugar en que residan, y de toda carga concejil.

En las faltas temporales de los jueces del estado civil serán éstos reemplazados por la primera persona que desempeñare las funciones judiciales del lugar, en primera instancia.

A juicio de los gobernadores de los Estados, Distrito y Territorios, juzgarán y calificarán los impedimentos sobre el matrimonio, sin necesidad de ocurrir al juez de primera instancia, y celebrarán aquél sin asociarse con el alcalde del lugar, si por sus conocimientos son dignos de ello. Los gobernadores determinarán estas facultades en los nombramientos que de tales jueces expidan. Los jueces del estado civil que no tengan declaradas desde su nombramiento estas facultades, podrán adquirirlas con el buen desempeño de sus funciones y

la instrucción que en él mismo adquieran, en cuyo caso pedirán al gobernador la autorización correspondiente; pero mientras no se les declare el uso de tales facultades, deberán remitir al juez de primera instancia el conocimiento de los casos de impedimento, según el artículo 11 de la ley de 23 de julio de 1859, y se asociarán al alcalde del lugar, conforme al artículo 15 de la misma ley. Tales artículos se declaran así transitorios.

4. Los jueces del estado civil llevarán por duplicado tres libros, que se denominarán: Registro Civil, y se dividirán en:

1o. Actas de nacimiento, adopción, reconocimiento y arrogación.

2o. Actas de matrimonio; y

3o. Actas de fallecimiento.

En uno de estos libros se sentarán las actas originales de cada ramo, y en el otro se irán haciendo las copias del mismo.

5. Todos los libros del Registro Civil serán visados en su primera y última foja por la primera autoridad política del cantón, Departamento o Distrito, y autorizadas por la misma con su rúbrica en todas sus demás fojas. Se renovarán cada año, y el ejemplar original de cada uno de ellos quedará en el archivo del Registro Civil, así como los documentos sueltos que les correspondan; remitiéndose el primer mes del año siguiente a los gobiernos de los respectivos Estados, Distrito y Territorios los libros de copia que de cada uno de los libros originales ha de llevarse en la oficina del Registro Civil...

... DE LAS ACTAS DE MATRIMONIO

25. Las personas que pretendan contraer matrimonio, se presentarán ante el juez del estado civil, quien tomará sobre el registro nota de esta pretensión, levantando de ella acta en que consten los nombres, apellidos profesiones y domicilios de los padres y madres, así como la declaración y nombres, edad y estado de dos testigos que presentará cada parte, para hacer constar su aptitud para el matrimonio conforme a los requisitos que para poderlo contraer exige la ley de 23 de julio de 1859. Tal acta será inscrita sobre el registro número 2, de que ya se ha hablado, y en ella constará además la licencia de los padres o tutores, si alguno de los contrayentes fuese menor de edad, o la dispensa correspondiente.

26. Si de las declaraciones de los testigos consta la aptitud de los pretendientes, respecto por lo menos de los principales requisitos para contraer matrimonio, se harán copias del acta, y de ellas se fijará la una en la casa del juez del estado civil en lugar bien aparente y de fácil acceso, y las otras dos en los lugares públicos de costumbre. Permanecerán fijas durante quince días y será obligación del juez del estado civil reemplazarlas si por cualquier accidente se destruyen o vuelven ilegibles.

27. En el caso de que cualquiera de los pretendientes o ambos no hayan tenido en los seis meses últimos el mismo domicilio, se remitirán copias del acta de presentación a los anteriores domicilios. Pero si en ningún punto lo hubiesen tenido seis meses continuos del año anterior al día de la presentación se les reputará para esto como vagos, y los anuncios o copias del acta de presentación durarán fijos en los lugares ya señalados, dos meses, en vez de los quince días prescritos en el artículo 26 de esta ley.

28. A juicio de los gobernadores de los Estados, Distrito y Territorios, se podrán dispensar las publicaciones, cuando los interesados representen para ello razón bastante. Cuando se pida esta dispensa, el juez del estado civil sentará acta especial sobre ello, y con una copia certificada de esta acta ocurrirán los interesados al gobierno.

29. Si dentro del término fijado en el artículo 26 de esta ley se denunciase al juez del estado civil algún impedimento contra un matrimonio anunciado, sentará de ello acta, en la que conste el nombre, apellido, edad y estado del denunciante,

haciendo ratificar tal denuncia, ante dos testigos que con el denunciante firmarán el acta, anotándose en ella por qué no firma alguno, si tal es el caso.

Practicada esta diligencia, remitirá al juez de primera instancia del Partido la denuncia ratificada, si hubiere sido hecha por escrito, o copia del acta si hubiere sido verbal. En el primer caso sentará copia de ella en el acta.

30. Cuando haya sido necesario librar copias del acta de presentación a los jueces del estado civil de otros domicilios, para que en ellos se publiquen, éstos tendrán obligación, pasados los términos de la publicación, de dar testimonio del acta que levantarán sobre el hecho de no haberse interpuesto impedimento o del resultado del que acaso se interpusiere.

Sin haber recibido estas constancias y la certeza por ellas de que el matrimonio puede celebrarse, no podrán los jueces, ante quienes penda la presentación, proceder al matrimonio. Estas constancias formarán parte del acta de que habla el artículo anterior.

31. Los jueces del estado civil harán anotación de los certificados que las partes les entregarán de que no hubo oposición en los puntos a donde se mandaron fijar iguales anuncios, conforme a lo que dispone el artículo 27 de esta ley.

32. Pasados que sean los términos fijados por la citada ley de 12 de julio, si el impedimento no hubiere resultado probado, o si no lo hubiere habido, se hará constar cualquiera de estas dos circunstancias al calce del acta de presentación, inutilizándose el resto de renglones en blanco, con dos líneas paralelas a ellos.

33. Acto continuo se levantará la acta correspondiente en que se repetirán estas constancias y la de que en otros domicilios no ha habido impedimento; y de acuerdo con los interesados señalará el juez del estado civil el lugar, día y hora en que se ha de celebrar el matrimonio, siempre que fuere esto compatible con las atenciones habituales del juez del estado civil, pues si no, se verificará en la casa del juez a la hora que éste indique; pero el día será siempre fijado por las partes.

34. Cumplido lo que previene la lectura del artículo 15 de la ley de 23 de julio, ya citada, y el acto del matrimonio, se levantará inmediatamente un acta de él en que consten:

I. Los nombres, apellidos, edad, profesiones, domicilios y lugar del nacimiento de los contrayentes.

II. Si son mayores o menores de edad.

III. Los nombres, apellidos, profesiones y domicilio de los padres.

IV. El consentimiento de los padres, abuelos, tutores, o la habilitación de edad.

V. La constancia relativa a que hubo o no impedimento, y si lo hubo, de que éste no fue declarado legítimo.

VI. La declaración de los esposos de tomarse y entregarse mutuamente por marido y mujer, su voluntad afirmada de unirse en matrimonio y la declaración que de haber quedado unidos, hará en nombre de la sociedad y conforme al artículo 12 de la repetida ley de 23 de julio, el juez del estado civil, luego que hayan pronunciado el sí que los une.

VII. Los nombres, apellidos, edad, estado, profesiones y domicilio de los testigos, su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes, y si lo son, en qué grado y de qué línea.

35. Los gobernadores de los Estados y Distrito y el jefe político del Territorio harán arancel de los derechos que por cada uno de estos actos deben pagar las partes, como lo harán de las que conciernen al nacimiento, arrogación, subrogación y reconocimiento de los hijos; procurando que las cuotas sean módicas. Ningunos derechos se cobrarán ni recibirán por las actas de fallecimiento. Comprenderán también en el arancel el precio de los certificados o copias de las partidas; previniendo que a los pobres deben darse gratis. Se entiende por pobres para este solo efecto todos aquellos cuyo jornal no exceda de cuatro reales. Estos certificados se extenderán en papel especial

impreso para las generalidades de ellos. Tal papel reemplazará al del sello que la ley señale para tales constancias, y se pagará el valor de tal sello al juez del estado civil. Será obligación de éste llevar cuenta de todos estos emolumentos. ...Por tanto, mando se imprima, publique, circule y se le dé el debido cumplimiento.

Dado en el palacio del gobierno general en la H. Veracruz, julio 28 de 1859.

Benito Juárez.

Al C. Melchor Ocampo, ministro de Gobernación.

Y lo comunico a vuestra excelencia para su inteligencia y cumplimiento.

Palacio del gobierno general en Veracruz, etc.-Ocampo.¹³²

A partir de entonces el matrimonio se celebra ante autoridades del Estado y se registra en Actas que llevan los Jueces del Registro Civil, y es el único medio que le reconoce derechos y obligaciones a los cónyuges frente al Estado.

Con la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789”,¹³³ los franceses marcaron las pautas para una futura codificación, ya que conciben a la ley como un valor por el cual se hacen posibles los derechos y libertades de los seres humanos.

La codificación del Derecho es un proceso que alcanzó su plenitud en el siglo XIX, se inicia con el humanismo y es la consecuencia de la ideología de la Ilustración. Los Códigos representaron la conservación de las leyes, permiten modificar, reformar, crear y derogar las mismas; permitiendo su actualización y adecuación a la sociedad conforme a su evolución.

Se hace notar que los primeros esfuerzos por codificar en materia civil siguieron el modelo del Código Civil Francés, como es el caso del Código Civil de Oaxaca de 1827-1828, considerado primer código civil mexicano. Posteriormente le siguió el Proyecto de Código Civil del Estado Libre de Zacatecas, éste no entró en vigor. En 1833, se imprimió la primer parte de lo que sería el Código Civil del Estado Libre de Jalisco, pero por no contar con los recursos necesarios no se terminó el proyecto.

En 1847, cuando Benito Juárez era Gobernador de Oaxaca nuevamente estuvo en vigor el Código Civil de Oaxaca, ordenó su revisión lo que dio origen aun nuevo código concluido en 1852, debía entrar en vigor en 1853, pero por la dictadura de Santa Anna no pudo ser así, ya que suprimió el sistema federal.

¹³² *Ibidem*, pp. 722-729.

¹³³ CRUZ BARNEY, Oscar. *Op. cit.*, p. 702.

Tomó la iniciativa la Federación en 1857 para realizar un código, Benito Juárez, como presidente encargó la tarea a Justo Sierra para elaborar un Proyecto de Código Civil; esta obra fue terminada en 1860, constaba de cuatro libros. Este proyecto se adoptó como Código Civil local por el Estado de Veracruz-Llave, por decreto del 5 de diciembre de 1861. Fue la primera codificación de alcance nacional del país, se integró por el Proyecto español de Código de García Goyena de 1851, por el Código Civil Francés de 1804, por las Leyes de Reforma, por la Constitución de 1857, por el Código Civil de Louisiana y por la Ley de Matrimonio Civil de 1859.

Se promulgó en 1866, el Código Civil del Imperio Mexicano, durante el periodo en el que Maximiliano estuvo como emperador de México, quien solicitó que se continuaran con los trabajos por lo que se publicaron los dos primeros libros, el tercero y el cuarto no fueron posibles ya que Maximiliano fue preso y asesinado, cuando se recuperó la Capital.

Una vez que México tuvo un poco de calma, y se adoptó nuevamente el sistema federal, en algunos estados se elaboraron códigos civiles, como en el caso de Veracruz, que se adoptó el Proyecto elaborado por Fernando Corona.

En 1870 se expidió el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. Los juristas conocían la doctrina de la época antes de la Independencia, ya que la mayoría de ellos habían sido formados con ella, por lo que buscaron adaptarla al nuevo contexto social.

Se integró una nueva comisión formada por “Mariano Yáñez, José María Lafragua”,¹³⁴ entre otros; quienes finalizaron el libro, basándose en los trabajos de Justo Sierra y en el Código Civil del Imperio Mexicano, de esta forma quedó el proyecto del código civil, aprobado por el Congreso de la Unión el 8 de diciembre de ese mismo año. El Código Civil inició su vigencia el 1º de marzo de 1871 en el Distrito Federal y en Baja California. Su texto fue adoptado por todos los Estados de la República Mexicana.

Asimismo surgió la necesidad de crear el Código Procesal Civil, por lo que también se dictaron los Códigos federales de procedimientos en materia civil y

¹³⁴ *Ibidem*, p. 711.

penal. Se le encargó a una comisión que se hiciera cargo del trabajo de redactar el código procesal y el “13 de agosto de 1872 se publicó el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y para el Territorio de Baja California”,¹³⁵ el cual entró en vigor el 15 de septiembre del mismo año.

Ordenó el Congreso al Ejecutivo en 1875, formar una comisión para actualizar el Código, que realizara las modificaciones, aclaraciones, adiciones y supresiones que fuesen necesarias. Una vez finalizado el proyecto, se presentó al Congreso de la Unión y lo revisó una comisión de la Cámara de Diputados, quedando el nuevo Código de Procedimientos Civiles en 1880. Durante esa misma época se elaboró la Ley de Organización de Tribunales del Distrito Federal y de Baja California.

Lerdo reinstaló el Senado e incorporó las Leyes de Reforma a la Constitución. En las próximas elecciones Lerdo quería reelegirse, pero hubo levantamientos en su contra que lo evitaron por lo que abandonó el país. Díaz ocupó la presidencia en las elecciones de 1877, en 1880 Manuel González recibió la banda presidencial y en 1884, se la devolvió a Porfirio Díaz.

En diciembre de 1883 el Congreso facultó al Ejecutivo, para que realizara las reformas convenientes y el 21 de mayo de 1884 se promulgó un nuevo código, estuvo vigente hasta 1932. El Código Civil de 1884 es una reproducción casi literal del Código de 1870, tuvo modificaciones importantes como la libertad de testar, el divorcio por mutuo consentimiento, entre otras. También se promulgó en ese año el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal

Porfirio Díaz se dedicó a la pacificación del territorio nacional y a mejorar las relaciones con Estados Unidos de América. Logró la autorización de un segundo periodo de 1888 a 1892. También fue postulado para el periodo de 1892 a 1896 por el Partido Unión Liberal, donde obtuvo la aceptación indefinida de la reelección. Para el siguiente periodo lo postuló el Círculo Nacional Porfirista y terminó su quinto periodo en el año de 1900.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 712.

3.2.4. México Moderno

Para el periodo que abarcaría de 1904 a 1910, en el año de 1903 se preparó la sexta reelección de Porfirio Díaz, pese a que él ya contaba con 73 años de edad y creó la vicepresidencia que ocupó Ramón Corral en caso de que falleciera Díaz. Durante la época en que gobernó Porfirio Díaz, se le conoció como Porfiriato.

Surgió Francisco I. Madero, en el año de 1910, quien publicó su libro La sucesión presidencial en 1910, en el cual proponía la creación de un nuevo partido que propusiera la libertad del sufragio y la no reelección. Las elecciones de 1910, favorecieron nuevamente a Díaz por lo que Madero fue aprehendido y enviado a San Luis Potosí, al dejarlo en libertad se refugió en Estados Unidos de América.

Mientras todo esto ocurría, en 1908 se expidió el Código Federal de Procedimientos Civiles que inició su vigencia el 5 de febrero de 1909, para actualizarlo y adecuarlo de acuerdo a las reformas de la Constitución en materia judicial. Posteriormente, se dictó un nuevo Código Federal de Procedimientos Civiles, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1942 y es el que rige actualmente.

El Derecho Civil sufrió cambios significativos durante la Revolución, la cual se inició el 20 de noviembre de 1910. Se promulgó la Ley de Divorcio el 29 de diciembre de 1914, en la que se autorizaba el divorcio desvinculatorio y el 9 de abril de 1917, se expidió la Ley de Relaciones Familiares, que sustituyó el libro de Derecho de Familia del Código Civil, y sumando los nuevos principios de la Constitución de 1917, se hizo necesaria una revisión del código. En seguida se alude a la Ley de Divorcio publicada en 1914:

Ley sobre el divorcio.

Diciembre 29, 1914

Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejecutivo Constitucionalista, Encargado del Poder Ejecutivo y de los Estados Unidos Mexicanos y jefe de la Revolución, en virtud de las facultades de que me encuentro investido y

CONSIDERANDO

Que el matrimonio tiene como objetos esenciales la procreación de la especie, la educación de los hijos y la mutua ayuda de los contrayentes para soportar las cargas de la vida; que, en esa virtud se contrae siempre en concepto de unión definitiva, pues los cónyuges al unirse

entienden conseguir por ese medio la realización de sus más altos ideales; pero, desgraciadamente no siempre se alcanzan los fines para los cuales fue contraído el matrimonio, y, por excepcionales que puedan ser estos casos la ley debe justamente atender a remediarlos, relevando a los cónyuges de la obligación de permanecer unidos durante toda su existencia, en un estado irregular contrario a la naturaleza y a las necesidades humanas; Que lo que hasta ahora se ha llamado divorcio en nuestra legislación, o sea la simple separación de los consortes sin disolver el vínculo, única forma que permitió la ley de 14 de diciembre de 1874, lejos de satisfacer la necesidad social de reducir a su mínima expresión las consecuencias de las uniones desgraciadas, solo crea una situación irregular, peor que la que trata de remediarse, porque fomenta la discordia entre las familias, lastimando hondamente los afectos entre padres e hijos y extendiendo la desmoralización en la sociedad; Que esa simple separación de los consortes crea, además, una situación anómala de duración indefinida, que es contraria a la naturaleza y al derecho que tiene todo ser humano de procurar su bienestar y la satisfacción de sus necesidades. Por cuanto condena a los cónyuges separados a perpetua inhabilidad para los más altos fines de la vida; Que la experiencia y el ejemplo de las naciones civilizadas enseñan que el divorcio que disuelve el vínculo es el único medio racional de subsanar, hasta donde es posible los errores de uniones que no pueden o no deben subsistir. Que admitiendo el principio establecido por nuestras leyes de reforma, de que el matrimonio es un contrato civil, formado principalmente por la espontánea y libre voluntad de los contrayentes, es absurdo que deba subsistir cuando esa voluntad falta por completo, o cuando existan causas que hagan definitivamente irreparable la desunión consumada ya por las circunstancias; Que tratándose de uniones que por irreductible incompatibilidad de caracteres, tuvieran que deshacerse por la voluntad de las partes, se hace solamente necesario cerciorarse de la definitiva voluntad de esos cónyuges para divorciarse, y de la imposibilidad absoluta de remediar sus desavenencias o de resolver sus crisis, lo cual puede comprobarse por el transcurso de un periodo racional de tiempo, desde la celebración del matrimonio hasta que se permita su disolución, para convencerse así de que la desunión moral de los cónyuges es irreparable.

Que por otra parte, el divorcio por consentimiento mutuo es un medio discreto de cubrir las culpas graves de alguno de los cónyuges por medio de la voluntad de ambos para divorciarse sin necesidad de dejar sobre las respectivas familias, o sobre los hijos la mancha de una deshonra; Que además es bien conocida la circunstancia de que el matrimonio entre las clases desheredadas de este país es excepcional, realizándose la mayor parte de las uniones de ambos sexos por amasiato, que casi nunca llegan a legalizarse, ya sea por la pobreza de los interesados o por temor instintivo de contraer un lazo de consecuencias irreparables, y en estas condiciones es evidente que la institución del divorcio que disuelve el vínculo es el medio más directo y poderoso para reducir a su minimum el número de uniones ilegítimas entre las clases populares, que forman la inmensa mayoría de la nación mexicana, disminuyendo, como consecuencia forzosa el número de hijos cuya condición está actualmente fuera de la ley; Que además, es un hecho fuera de toda duda que en las clases medias de México la mujer, debido a las condiciones especiales de educación y costumbres de dichas clases, esta incapacitada para la lucha económica por la vida, de donde resulta que la mujer cuyo matrimonio llega a ser un fracaso se convierte en una víctima del marido, y se encuentra en una condición de esclavitud de la cual le es imposible salir si la ley no la emancipa desvinculándola del marido; Que, en efecto, en la clase media la separación es casi siempre provocada por

culpa del marido, y es de ordinario la mujer quien la necesita, sin que con esto haya llegado a conseguir hasta hoy otra cosa que apartar temporalmente a la mujer del marido, pero sin remediar en nada sus condiciones económicas y sociales, por lo que sin duda el establecimiento del divorcio tendería, principalmente en nuestra clase media, a levantar a la mujer y a darle posibilidades de emanciparse de la condición de esclavitud que en la actualidad tiene;

Que, por otra parte, la institución del divorcio no encontraría obstáculo serio en las clases elevadas y cultas, supuesto que las enseñanzas de otros países en donde se encuentra establecido, las tienen acostumbradas a mirar el divorcio que disuelve el vínculo como perfectamente natural; Que la experiencia de países tan cultos como Inglaterra, Francia y Estados Unidos de Norteamérica, ha demostrado ya, hasta la evidencia, que el divorcio que disuelve el vínculo, es un poderoso factor de moralidad, porque facilitando la formación de nuevas uniones legítimas, evita la multiplicidad de los concubinatos, y, por lo tanto, el pernicioso influjo que necesariamente ejercen en las costumbres públicas: de mayor estabilidad a los efectos y relaciones conyugales: asegura la felicidad de mayor número de familias y no tiene el inconveniente grave de obligar a los que, por error o ligereza, fueron al matrimonio, a pagar su falta de esclavitud de toda su vida; Que si bien la aceptación del divorcio que disuelve el vínculo es el medio directo de corregir una verdadera necesidad social, debe tenerse en cuenta que solo se trata de un caso de excepción, y no de un estado que sea la condición general de los hombres en la sociedad; por lo cual es preciso reducirlo solo a los casos en que la mala condición de los consortes es ya irreparable en ora forma que no sea su absoluta separación.

Por lo tanto, he tenido a bien decretar lo siguiente:

Artículo 1o. Se reforma la fracción IX del artículo 23 de la Ley de 14 de diciembre de 1874 reglamentaria de las Adiciones y Reformas de la Constitución Federal decretadas el 25 de diciembre de 1873, en los términos siguientes: Fracción IX. El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por el mutuo y libre consentimiento de los cónyuges cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado, o en cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges, que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.

Artículo 2o. Entretanto se restablece el orden constitucional en la República, los Gobernadores de los Estados quedan autorizados para hacer en los respectivos Códigos Civiles, las modificaciones necesarias a fin de que esta ley pueda tener aplicación.

Transitorio. Esta ley será publicada por Bando y Pregonada, y comenzará a surtir sus efectos desde esta fecha.

Constitución y Reformas.
Veracruz, a los 29 días del mes de diciembre de 1914.
V. Carranza.

Al C. Secretario del Estado y del Despacho de Gobernación.
Presente.

Y lo comunico a usted para su conocimiento y demás fines.
H. Veracruz, diciembre 29 de 1914.-Zubarán.¹³⁶

¹³⁶ http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1914_211/Ley_sobre_el_divorcio_222.shtml, Consulta 11 de Enero de 2010.

Una vez que la Revolución Mexicana terminó, se convocó a elecciones para integrar un Congreso Constituyente que reformaría la Constitución, se instaló en la ciudad de Querétaro y surge así la nueva Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, llamándose *“Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la del 5 de febrero de 1857”*.

Fue promulgada el 5 de febrero de 1917 y entró en vigor el 1º de mayo del mismo año, ésta integraría principios sociales siendo ejemplo para el mundo, ya que fue la primer Constitución en la historia en incluir derechos sociales entre los cuales se integraron derechos agrarios, educativos y laborales.

Debido a la necesidad de elaborar un código que incluyera los nuevos principios constitucionales de 1917, fue así que se organizó una comisión redactora y el 30 de agosto de 1928 se promulgó el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Fue publicado en el Diario Oficial de la Federación del 26 de mayo de 1928 y entró en vigor el 1º de septiembre de 1932.

Consideró este código la igualdad entre el hombre y la mujer, el abuso del derecho en materia de propiedad, la responsabilidad objetiva extracontractual, el riesgo profesional, también se regulo la promesa de contratar, se establecieron plazos especiales para el cumplimiento de algunos términos con relación a la distancia entre las diferentes ciudades, entre otras cuestiones.

En cuanto a la materia procesal civil se integró una comisión que tomaría como base los códigos procesales de 1872, 1880 y 1884. Se elaboró un nuevo Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 1º al 21 de septiembre de 1932 y entró en vigor el 1º de octubre de ese mismo año.

Con la Constitución de 1917 se consolidó el sistema federal y se incluyó la división de poderes en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, sigue sin reconocerse la personalidad jurídica de las Iglesias. El juicio de amparo, se consolidó en el derecho mexicano, se contemplaron las garantía individuales, la soberanía nacional, la forma de gobierno, integrantes de la Federación, facultades del Congreso, responsabilidades de los servidores públicos, etc.

No se ha quedado estático el derecho civil, esta en constante evolución, por lo que continúa adecuándose a la sociedad que es tan variable. El 25 de mayo de 2000, se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el Decreto por el se derogan, reforman y adicionan disposiciones al Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y también se modificó la denominación de éste que pasó a ser Código Civil para el Distrito Federal, este cambio entró en vigor el 1º de junio del 2000.

Se publicó el 29 de mayo de 2000 en el Diario Oficial de la Federación el Decreto mediante el cual se cambió la denominación del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal para quedar como Código Civil Federal. El Derecho Civil continúa en evolución constante en el país, se puede ver que en el Distrito Federal se han realizado reformas de trascendental importancia que marcan pautas para futuras reformas al Código Civil.

Durante este siglo, se dieron cambios importantes en la familia. En la actualidad, las personas pueden elegir a su pareja, la sociedad ni las leyes establecen el derecho de disponer del futuro de sus hijos como lo hacían en el pasado, que disponían de ellos con plena libertad, teniendo incluso derecho a sacrificarlos. Hoy en día eso ha cambiado, ya que las leyes van encaminadas a la protección de los hijos. Las ideas modernas de la educación han convencido a mucha gente de los derechos que tienen los niños y los jóvenes, los cuales deben respetarse. La educación básica obligatoria en Instituciones educativas, ha reforzado algunos valores familiares y ha modificado otros.

Como resultado, se puede notar que las personas han cambiado y los núcleos familiares también, ya que en muchas familias donde el padre ya no conserva la rigidez de la época pasada, se acerca más a su familia, convive con sus hijos y esposa, dialoga con ellos, los escucha, los tolera, los comprende, permite que tomen sus propias decisiones, les da libertad para actuar, etc.

La mujer ha logrado tener voz y voto dentro de la familia, tiene más poder de decisión, pero también conlleva más compromisos, puesto que ha adquirido más

responsabilidades dentro y fuera del hogar, ya que las tareas domésticas, en su mayor parte sigue elaborándolas la mujer, aunque en el presente, también hay hombres que ayudan en las tareas del hogar, esta circunstancia se ha dado por la incorporación de la mujer en las áreas de producción.

A pesar de los cambios benéficos en las familias como la mejor convivencia entre sus miembros y la libertad de expresión de los mismos, lamentablemente también han crecido el número de divorcios o separaciones, porque aún existe violencia física o moral en los hogares hacia las mujeres y los niños, un mayor número de abandono de personas de la tercera edad o en otros casos los consideran “cargas para la familia”, situaciones que rompen con las uniones familiares, y como consecuencia los más afectados son los pequeños, quienes ante este tipo de situaciones crecen desorientados y sin saber que actitudes tomar para enfrentar la vida.

En esta época, las familias están formadas de diversas maneras. La familia tradicional como la conocemos se compone de padre, madre e hijos. También se puede componer por familias compuestas: la madre separada, su nueva pareja y los hijos de éste; por la madre separada, sus hijos y su nueva pareja, o en su caso, ambos pueden ser separados y tienen los hijos de ambos, etc.

Las familias de la actualidad fueron producto de las grandes e importantes transformaciones de este siglo, las constantes guerras para lograr el reconocimiento de los derechos de la sociedad, dieron los frutos que se buscaban reconociéndose y plasmándose en los diversos ordenamientos que rigen en estos días y que aún se reforman para adecuarse al constante cambio de la misma.

3.3. La Guarda y Custodia antes de las Reformas del 2004, en materia familiar

En el año 2000, la Asamblea del Distrito Federal, dominada en su mayor parte por representantes del Partido de la Revolución Democrática, realizaron reformas de vital importancia que irían marcando las pautas para elaborar las subsecuentes que serían plasmadas en la legislación local introduciendo nuevas figuras legales. Se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal No. 88,

publicada el 25 de mayo de 2000, el Decreto por el cual se modificó la denominación del código, para quedar como Código Civil para el Distrito Federal, y entró en vigor el 1º de junio de 2000.

Asimismo, el 29 de mayo de 2000 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto mediante el cual se cambió la denominación del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal para nombrarse como Código Civil Federal

Estas reformas serían el antecedente para permitir las que en años posteriores se realizarían introduciendo nuevas figuras jurídicas estudiadas en otros países.

Antes que nada, es muy importante no confundir los conceptos de la Patria Potestad y la Guarda y custodia del menor, porque son figuras distintas y algunas veces éstos suelen confundirse.

La Patria Potestad es el conjunto de derechos y obligaciones conferidos por la ley a los padres con respecto a la persona y bienes de sus hijos, desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, para su bien y protección mientras son menores, y para que los representen en tal periodo. La Patria potestad no es renunciable, ni transferible, no se puede ceder y no prescribe. El Código establece principios de respeto y consideración mutuos entre los ascendientes y descendientes para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones. Esta potestad solo la poseen los padres y los ascendientes en segundo grado, que vienen a ser los abuelos del menor de edad, facultades que les concede la ley para que cuiden de él, así como la buena administración de sus bienes.

Ésta la ejercen los padres por igual, hay casos de excepción, en que se limita, suspende o pierde; se ejerce por alguno de los progenitores para proteger al pequeño.

La guarda y custodia supone una serie de deberes y responsabilidades del adulto con respecto al menor, tiene obligación de la manutención y cuidado del mismo y asume los compromisos que ello conlleva.

Cuando se da una separación o un divorcio y existen hijos en común, la guarda y custodia de los niños se le puede otorgar a uno de los padres, se decide con quien van a vivir éstos, dicha medida puede ser precisada por mutuo consentimiento de los padres o en caso de entablar un juicio, la decisión la toma el Juez, primero es provisional y posteriormente de forma definitiva.

El Juez busca la protección del menor, para que éste se encuentre en un ambiente sano en el que se desarrolle en óptimas condiciones, procurando su estabilidad y su bienestar.

A lo largo de los últimos años, debido al aumento del número de parejas que deciden separarse o divorciarse y que en la mayoría de los casos cuentan con hijos, ha sido un tema de numerosos análisis, primordialmente es cuestionable con quién deben permanecer los niños, si con el padre o la madre; ya que surge conflicto de intereses porque el excónyuge que se le asigna un régimen de visitas no queda del todo de acuerdo debido a que en muchas ocasiones le niegan ver a los hijos y como consecuencia no convive con ellos de la forma apropiada, afectando esta situación a los hijos y al progenitor que no cuenta con la Guarda y Custodia de éstos.

Cualquiera de los progenitores que tengan la Guarda y Custodia de los menores no tiene mayor problema porque convive con sus hijos y tiene la responsabilidad de velar por sus intereses y su bienestar. Los disfruta, toma las decisiones adecuadas para ellos en el momento que debe realizarlo, administra los bienes del menor y la pensión alimenticia.

Para que el Juez tome una decisión influyen varios factores, sobre todo quien de los padres es apto para adquirir la responsabilidad de cuidar a sus hijos, también es imprescindible evitar separar a los hermanos para que no afecte la relación afectiva entre éstos, otro factor influyente es la edad de los menores, ya que si son muy pequeños se considera que la madre es más apta para darles el cuidado y la protección que necesitan los hijos durante los primeros años de vida.

En la mayoría de los casos, se estima un 90% de los asuntos en que la Guarda y Custodia del menor se adjudica a las madres, porque se considera en mejores condiciones para proporcionarle los cuidados necesarios a éste, por lo

que los padres quedan sujetos al régimen de visitas que en muchas ocasiones es insuficiente para convivir con sus hijos o en otras les niegan el derecho a verlos.

Realmente, los hijos tienen el derecho de convivir con ambos padres en igualdad de circunstancias, el que debe tomarse en cuenta es el interés superior del niño antes que cualquier otro interés, debe procurarse su bienestar, su sano desarrollo para que sea una persona con valores y útil a la sociedad.

Todo esto es lo que conlleva a investigar, estudiar, analizar y crear nuevas figuras jurídicas que vayan encaminadas a establecer el equilibrio en la sociedad y logren adecuarse a la constante evolución de la misma, para que el Estado logre cumplir el compromiso que tiene con la sociedad, el cual es proteger a la familia y a cada uno de los miembros que la conforman, para que los lazos afectivos que los unen no se destruyan cuando algunos integrantes de la misma deciden separarse.

A continuación se hará un breve análisis de cómo se ha ido reformando algunos artículos del ordenamiento local para introducir una nueva figura jurídica: la Custodia Compartida, figura que para la mayoría de los juristas mexicanos resulta ser inapropiada para esta legislación.

3.3.1. Artículo 282

La Gaceta Oficial del Distrito Federal No. 88 de fecha 25 de mayo de 2000, publicó el Decreto por el que se derogan, reforman y adicionan, diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. El artículo 282 del ordenamiento local se redactó de la siguiente forma:

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

- I. La separación de los cónyuges. El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que

continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia.

La separación conyugal decretada por el juez interrumpe los términos a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 267 de este Código;

- II. Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos deben dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;
- III. Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;
- IV. Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede embarazada;
- V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez de lo Familiar, previo el procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor, resolverá lo conducente.
Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre;
- VI. El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;
- VII. En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la demanda, tomará las siguientes medidas, con el fin de salvaguardar la integridad y la seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar:
 - a) Ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar.
 - b) Prohibición al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como, el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados.
 - c) Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente.
- VIII. Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de éste Código;
- IX. Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, específicamente además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise;
- X. Las demás que considere necesarias.¹³⁷

Durante su vigencia solo establecía las medidas provisionales mediante las cuales se llevaría el juicio de Divorcio, mientras se resolvía éste. Por ejemplo, se decidía quién de los cónyuges continuaba en la vivienda, la pensión que se

¹³⁷ *Código Civil para el Distrito Federal*, Editorial Sista, México, 2001, pp. 33-34.

otorgaría a los hijos y al cónyuge acreedor, las que se estimaran convenientes para proteger los bienes de ambos cónyuges, los bienes de la sociedad conyugal, y se tomaría en cuenta según lo establecido en las capitulaciones del matrimonio.

También se consideraba a la mujer embarazada, la guarda y custodia provisional de los hijos, igualmente se manejaba el interés superior del niño y el derecho de ser escuchados para resolver conforme al bienestar de los menores.

Se meditaba sobre medidas inevitables con respecto a la violencia familiar, así como revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieren otorgado, para evitar perjuicios entre ambos. El Juez les requería un inventario de los bienes y se elaboraba un proyecto de partición.

Existía en el artículo 266, la clasificación del divorcio en voluntario y necesario. El artículo 267, establecía 21 causales de divorcio necesario, mismas que procedían hasta antes de las reformas elaboradas recientemente en el año 2009, a la reglamentación local.

La guarda y custodia de menores solo se le conocía como tal, y se otorgaba de forma provisional o definitiva.

3.3.2. Artículo 283

En la Gaceta Oficial del Distrito Federal No. 88 de fecha 25 de mayo de 2000, se publicó la reforma del artículo 283, el cual se redactó de la siguiente forma:

Artículo 283. La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor. La protección para los hijos incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimiento Civiles para el Distrito Federal.

Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges, en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección.¹³⁸

Trata sobre los términos en los cuales sería fijada la Sentencia que se dictaría en la controversia relacionada con el Divorcio. Contendría lo relacionado con la Patria Potestad, la Guarda y Custodia de los menores de forma definitiva, se reitera que los menores serían escuchados en juicio sobre todo para evitar que fueran víctimas de violencia familiar y asimismo se dictaban medidas de seguridad para protección de éstos.

Un punto a resaltar, es que incluía la protección a mayores incapaces a quienes también se les debía amparar y salvaguardar en su bienestar, en el código actualmente se incluye, solo que se modificó la estructura y contenido del artículo, estableciéndose en la Fracción VI del mismo.

3.4. Análisis de las Reformas del 06 de septiembre de 2004, en el Código Civil para el Distrito Federal

Se puede ver que la Gaceta Oficial del Distrito Federal No. 90, de fecha 06 de septiembre de 2004, se publicó el Decreto por el que se reforman y adicionan, diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y del nuevo Código Penal para el Distrito Federal en materia de Guarda, Custodia y Derecho de Convivencia de los menores sujetos a Patria Potestad.

Estas reformas incluyeron sanciones tanto en el Código de Procedimientos Civiles como en el Nuevo Código Penal ambos para el Distrito Federal, para aquellos padres que no cumplieron con lo establecido en la Sentencia de Divorcio dictada por el Juez de lo Familiar, es decir, para quien no permitiera las convivencias, también si no cumplían con los términos establecidos en la resolución dictada, o en su caso, realice conductas ilícitas como llevarse al menor

¹³⁸ *Ibidem*, p. 35

sin tener la guarda y custodia del mismo, mismas que entraron a los 90 días de su publicación.

Muy aventurado e interesante resulta preguntarse ¿Que es lo que pretendía el legislador local, con estas reformas? En éstas se introdujo la figura española de la *Custodia Compartida*, solo se estableció sin fundar los medios para aplicarla, para solicitarla y mucho menos se explicaba en qué consistía. Esta situación se intentó aclarar con las reformas del 2007 sin tener el éxito esperado.

La *Custodia Compartida*, se puede encontrar en las legislaciones europeas, por ser sociedades diferentes a la mexicana, parece ser que ha funcionado, se considera que son países con una ideología distinta a la de la sociedad mexicana, situación que ayuda para poder innovar en las leyes.

Se ha manejado en nuestro Continente, la figura de la Custodia Compartida, en algunas legislaciones como la de Argentina, Estados Unidos y recientemente en México. En este último, quien planteó esta figura jurídica fueron los padres separados integrantes de la Asociación Mexicana de Padres de Familia Separados con apoyo de los legisladores de la fracción del Partido de la Revolución Democrática (PRD), de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para llevar a cabo las reformas mencionadas.

En México, no tuvo los resultados que se esperaban, principalmente los juristas mexicanos consideraron que era inapropiado llamarle custodia compartida, y la forma que se establecía para considerarla en los convenios o en las Sentencias era muy confusa. Incluso hubo propuestas para desaparecer la nueva figura jurídica, pero no fueron tomadas del todo en cuenta.

Por tal situación los legisladores se vieron en la necesidad de modificar y adecuar mejor la figura al ordenamiento local, por lo que con las reformas realizadas en el 2007, intentaron resolver la confusión jurídica, no logrando por completo tal objetivo.

A pesar de la creación de la nueva figura jurídica, la Custodia compartida, no fue muy solicitada en los Juzgados Familiares, por lo que se continuó con la guarda y custodia como se conocía. En las reformas del 2004, en el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, se estableció que sería una facultad del

Juez, el poder resolver si era conveniente establecer la Custodia Compartida para beneficio del menor, facultad que desapareció con las reformas del 2007.

3.4.1. Análisis del Artículo 282

Se tiene que la Gaceta Oficial del Distrito Federal No. 90, de fecha 06 de septiembre de 2004, publicó el Decreto por el cual se reformaron varios artículos entre los que se encuentra el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, en materia de Guarda y custodia de menores, se reproduce la parte reformada:

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

I a IV. ...

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

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

VI a X. ...

Se creó la nueva figura jurídica la Custodia Compartida, donde los legisladores del Distrito Federal la definieron como aquella que otorga los mismos derechos y obligaciones a ambos padres con respecto a los hijos que hayan procreado, quienes tendrán el derecho de convivir con uno y otro de sus padres.

Una nueva figura jurídica, la Custodia Compartida, está regulada en algunas legislaciones como en la de Argentina, Brasil, Estados Unidos y últimamente en México. Ésta fue planteada por los padres separados integrantes de la Asociación Mexicana de Padres de Familia Separados con apoyo de los legisladores del Partido de la Revolución Democrática, de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para llevar a cabo las reformas del 2004.

Los juristas mexicanos consideraron que era inapropiado llamarle custodia compartida, y no fue muy solicitada en los Juzgados, ya que comentan los

Juzgadores que representó un porcentaje muy pequeño en los asuntos relacionados con el divorcio o en la separación de los cónyuges. No tuvo la aceptación en la sociedad como se esperaba.

Como se puede notar, en el artículo 282, se estableció que sería una facultad del Juez, poder resolver si era conveniente establecer la Custodia Compartida en beneficio del menor, facultad que desapareció con las reformas del 2007, considerando solo la voluntad de las partes.

3.4.2. Análisis del Artículo 283

Realmente es posible observar que en la Gaceta Oficial antes mencionada también se publicó la reforma de los artículos 283 y 417 del ordenamiento local citado en cuanto a materia de Guarda y custodia de menores se refiere, a continuación se menciona como quedo:

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

Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en caso de que algún ascendente tuviese la custodia, el otro que no la posee, después de los siete años podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres, lo anterior en función de las posibilidades de éstos y aquellos, así como que no exista con alguno de los progenitores peligro alguno para su normal desarrollo. La recuperación de la patria potestad procederá únicamente en aquellos casos que por cuestiones alimentarias se haya perdido, siempre y cuando se acredite que se ha cumplido con dicha obligación. Lo mismo se observará respecto de la recuperación de la custodia.

Artículo 417. ...

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

Este artículo procuraba en lo posible que el Juez utilizando la facultad que le concedía, impusiera la Custodia compartida en beneficio de los menores a los

padres. Pocas veces se hizo uso de esa facultad en los juzgados por lo que no tuvo el éxito contemplado.

También se fijó la edad máxima en la que el niño estaría al cuidado de la madre, se consideró que sería antes de los siete años del pequeño para otorgarle la guarda y custodia, debido a los cuidados que requiere por su joven vida, es quien se considera apta para protegerlo y procurar su bienestar, así como también que por su naturaleza puede velar por la protección del hijo.

El artículo 417 de la misma legislación, es importante mencionarlo porque se estableció en su texto la posibilidad de decretar el cambio de custodia una vez que así se estimara la posibilidad de realizarlo, previo juicio que en su caso correspondiera. Esto se solicitaría si uno de los padres impedía la convivencia adecuada con los menores. Este artículo aunque un poco modificado, continúa vigente, en cuanto al cambio de custodia se refiere.

3.5. Análisis de las Reformas del 06 de septiembre de 2004, en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

Convenientemente en la Gaceta Oficial del Distrito Federal No. 90, de fecha 06 de septiembre de 2004, se publicó el Decreto por el que se reforman y adicionan, diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y del nuevo Código Penal para el Distrito Federal en materia de Guarda, Custodia y Derecho de Convivencia de los menores sujetos a Patria Potestad, donde se puntualizará primordialmente en el código procedimental. A continuación se escriben los artículos que se refieren a la materia que se estudia:

Artículo 73 Bis. Los jueces de lo familiar, respecto a la convivencia de menores, podrán emplear:

I. Arresto hasta por 36 horas.

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

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

El mediador propondrá lo que mejor convenga al interés superior de los menores, a fin de que por convenio entre los progenitores, se resuelva lo relativo a su guarda y custodia, y al derecho de convivencia que corresponda al ascendiente que no conserve la custodia. El cumplimiento del convenio podrá solicitarse ante el Juez de lo Familiar en la vía de apremio. Por otra parte, para el caso de que se trate de personas que se encuentren en los supuestos señalados en primer lugar, podrán por separado a la mediación, solicitar al Juez de lo Familiar su separación del domicilio en el que residan habitualmente.

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

En la audiencia las partes aportarán las pruebas que estimen necesarias a efecto de ejercer la custodia, las que se desahogarán en la misma audiencia; inmediatamente después el juez de lo familiar determinará la situación jurídica provisional de la niña o del niño, principalmente a quien corresponderá la custodia del menor; atendiendo para ello a las circunstancias que observe en ese momento, los elementos que hayan aportado las partes y sobre todo tutelando el interés superior del menor. A falta o imposibilidad de los padres para tener la custodia de los menores se considerarán las hipótesis previstas en los artículos 414 y 418 del Código Civil.

El Ascendiente que no le sea otorgada la custodia podrá convivir tal y como lo fije el Juez diversos días de la semana, fuera del horario escolar y sin desatender las labores escolares y debiendo auxiliarlo en dichas actividades.

Asimismo, en forma equitativa, se podrá regular la convivencia en fines de semana alternados, periodos de vacaciones escolares y días festivos; cuando estos ya acudan a centros educativos. En los casos, en que los menores no acudan a centros educativos, médicos o de rehabilitación, el Juez de lo familiar, a su prudente arbitrio, regulará las convivencias del menor con los parientes por consanguinidad en línea colateral hasta el cuarto grado que no lo tengan bajo su custodia.

Artículo 941 Ter. No será obstáculo para regular el derecho de convivencia de manera provisional, el hecho de que una de las partes manifieste unilateralmente y sin estar reconocido por resolución judicial firme, que ha habido violencia familiar en contra de los menores o algún otro de los miembros del núcleo familiar. Sin embargo, tales aseveraciones deberán ser tomadas en cuenta por el juez de lo familiar prudentemente. Por tanto, en caso de duda, y para salvaguarda de los menores, podrá ordenar que la convivencia, se realice en los centros e instituciones destinados para tal efecto, únicamente durante el procedimiento. Y no existiendo precedente de riesgo o peligro para el menor no será ordenado por el Juez de lo familiar las convivencias en las instituciones destinadas para tal efecto. Para el caso de incumplimiento de las resoluciones que ordenen la convivencia con los menores, deberán aplicarse las sanciones que correspondan según los ordenamientos legales aplicables.

Artículo 941 Quáter. El incumplimiento a permitir la convivencia con el ascendiente que no tiene decretada la custodia, dará lugar al cambio de ésta a favor de la otra parte, si no hubiere inconveniente legal alguno, se resolverá en forma incidental. En el caso de cambio en la persona que tenga la custodia, la regulación de la convivencia con el menor se hará en los mismos términos en que se venía dando, siempre y cuando no se encuentre involucrada en actos de violencia familiar en contra de los integrantes del núcleo familiar, conforme resolución judicial firme.

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

Artículo 941 Sextus. Cuando por cambio de residencia por parte del ascendiente que conserva la guarda y custodia, éste tiene la obligación de informar al Juez y a quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia. El incumplimiento de esta disposición dará lugar a lo establecido en el artículo 73 Bis de éste ordenamiento. Para efectos de la convivencia el Juez resolverá, conforme a lo dispuesto, en el párrafo quinto del artículo 941 Bis.

Las reformas al Código Procesal, debieron realizarse en su momento para incluir la nueva figura jurídica, la custodia compartida; del mismo modo se adecuaron para complementarse y poder estar en coordinación con el Código Civil.

Instauraron sanciones en el artículo 73 Bis, que se aplicarían al excónyuge que no permitiera la convivencia con el otro que esté sujeto al régimen de visitas. Estas sanciones tienen como finalidad respetar el derecho del menor a convivir con ambos padres.

El artículo 205, establece las medidas para acudir al Centro de Justicia Alternativa, y resolver la controversia planteada por medio de la mediación, puede resolver situaciones referentes con pensión alimenticia, guarda y custodia, entre otras. Esta institución surge por la necesidad de resolver controversias del orden familiar sin que se tenga que tramitar un juicio, se puede llegar a un acuerdo de voluntades elaborando un convenio al respecto, el cual deben cumplir las partes involucradas.

Los artículos 941 Bis, 941 Ter, 941 Quáter, 941 Quintus Y 941 Sextus, tratan sobre la custodia y la convivencia del menor con sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado cuando se tenga que resolver provisionalmente; también señala que el Juez debe solucionar la situación del éste tomando en cuenta el interés superior del niño para otorgar la custodia definitiva, así como señalar quien se sujetará a un régimen de visitas. De igual forma se regula el derecho de convivencia que tiene el pequeño con sus padres, sobre todo el que está sujeto a dicho régimen.

Asimismo establecen que en caso de no respetar la convivencia, podrá solicitar la custodia del menor el ascendiente afectado y se le podría retirar a quien la tenga otorgada. Si alguno de los padres no respetan y no asisten a las convivencias, sin que puedan justificar las causas por las que no les fue posible asistir, se suspendería el derecho y no se le otorgaría con facilidad nuevamente. De igual forma se señala la obligación que tiene el cónyuge que le fue otorgada la guarda y custodia de informar al Juez de lo Familiar si cambia de domicilio, para que proporcione la nueva dirección, así como el número telefónico, y así el menor continúe en comunicación con su progenitor.

3.6. Análisis de las Reformas del 2007, en el Código Civil para el Distrito Federal

Se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal No. 26, de fecha 02 de febrero de 2007, el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal; del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y del Código Penal para el Distrito Federal.

Como resultado de la poca efectividad de las solicitudes acerca de la guarda y custodia en los Juzgados de lo Familiar, y aunado a ello la confusión jurídica que ocasionaba la figura de la Custodia Compartida, se hicieron otras reformas para complementar las del 2004, haciendo las modificaciones necesarias contemplando aún la figura jurídica de la Custodia Compartida, en realidad, no la derogaron ya que aún se menciona como tal, pero si modificaron algunos aspectos.

Aquí en esta nación, no tuvo la aceptación que esperaban, se consideró que era inapropiado llamarle custodia compartida, ya que ese término sería adecuado utilizarlo cuando ambos padres se encuentran en el domicilio conyugal, unidos por el matrimonio o por unión libre (concubinato), por lo que en ese momento comparten la guarda y custodia de sus hijos, y la pareja al divorciarse, deja de compartir ésta, ya que cada uno de los padres tienen un nuevo domicilio y en otros

casos uno de ellos conserva la casa en la cual habitarán los hijos para continuar velando por sus intereses.

Se estableció como forma de solicitar la custodia compartida mediante la celebración de convenios, siendo aún muy confusa esta figura jurídica. Incluso se propuso desaparecerla, pero los legisladores de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, hicieron caso omiso, y ésta se sigue contemplando en la legislación, aunque la facultad que le otorgaba al Juez de lo Familiar para imponerla en beneficio del interés del menor, fue suprimida, por lo que solo si los padres la solicitan hay posibilidad de que se les otorgue.

Por tal situación los legisladores modificaron y adecuaron la figura legal de la custodia compartida en el ordenamiento local, pero no lograron del todo tal objetivo, debido a que aún existen muchas dudas al respecto. Se transcriben algunos de los artículos referentes a la guarda y custodia de menores, resultado de las reformas del 2007, publicados en la Gaceta Oficial para el Distrito Federal:

Artículo 282. ...

I a IV...

V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, **pudiendo éstos compartir la guarda y custodia mediante convenio.**

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

VI a IX. ...

X. En caso de que los menores de doce años sean sujetos de violencia familiar, éstos deberán quedar al cuidado de la madre, excepto cuando sea ésta quien la origine. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 414 Bis. Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:

- I. Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;
- II. Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;
- III. Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y
- IV. Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.

Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades señaladas; lo que el Juez valorará en los casos de suspensión de la patria potestad, de la determinación de la guarda y custodia provisional y definitiva, y el régimen de convivencias. No se considera incumplimiento de éstas obligaciones el que cualquiera de los progenitores tenga jornadas laborales extensas.

Artículo 416 Bis. Los hijos que estén bajo la patria potestad de sus progenitores tienen el derecho de convivir con ambos, aún cuando no vivan bajo el mismo techo. No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus ascendientes. En caso de oposición, a petición de cualquier de ellos, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente previa audiencia del menor, atendiendo su interés superior.

Para los casos anteriores y sólo por mandato judicial, este derecho deberá ser limitado o suspendido considerando el incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza o peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos.

Artículo 416 Ter. Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

- I. El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;
- II. El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;
- III. El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;
- IV. Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y

V. Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.

ARTÍCULO 417. En caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, en la controversia o en el incidente respectivo deberá oírse a los menores. A efecto de que el menor sea adecuadamente escuchado independientemente de su edad, deberá ser asistido en la misma por el asistente de menores que para tal efecto designe el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.

Como podemos ver en el artículo 282 del ordenamiento citado, se continúa con la idea de poder compartir la guarda y custodia, pudiendo establecerla por convenio, suprimiendo la facultad del Juez en imponerla como lo establecían las reformas del 2004. En el artículo 283, del mismo ordenamiento, en su contenido se establece fundamentalmente el derecho del menor a convivir con ambos padres, manteniendo la idea de compartir responsabilidades frente a éste, para procurar su buen desarrollo; así como también contempla el tomar terapias para el adecuado desenvolvimiento del pequeño, en caso de violencia familiar.

En el artículo 283 Bis, menciona el término de “custodia compartida”, en el que se establece que el Juez debe garantizar la correcta crianza del niño así como el cumplimiento de las obligaciones de los padres sin que esto implique un riesgo para el éste.

El artículo 414 Bis insta las obligaciones que deben respetar los progenitores que tienen la patria potestad o la guarda y custodia de los menores para la adecuada crianza de los mismos; fomentando la adecuada alimentación, higiene personal, desarrollo intelectual y escolar, determinarles normas de conducta y mostrarles afecto. El 416 Bis, instituye el derecho de los hijos a convivir con ambos padres, en caso de no ser así, el Juez está facultado para escuchar al menor en una Audiencia y resolver tomando en cuenta el interés superior del mismo, y en caso de ser necesario se sancionará al progenitor que no cumpla con lo determinado.

Se garantiza y se define en el artículo 416 Ter, lo que debe entenderse como interés superior del niño, que es la “prioridad” que ha de otorgarse en los derechos de éste, asimismo se mencionan los aspectos que deben de considerarse para respetar los derechos de las niñas y los niños; tomando en cuenta aspectos como el acceso a la salud física y mental, una adecuada alimentación y educación, un

ambiente de respeto, una apropiada autoestima para fomentar la responsabilidad y la toma de decisiones acordes con la edad y madurez de los pequeños. Así el artículo 417, funda el derecho de los menores a ser escuchados en una Audiencia para resolver con lo referente a las convivencias y la guarda de los menores en caso de existir desacuerdo, para determinar a quien se le otorgaran una y otra según corresponda, conforme a lo que el menor manifieste, quien será asistido por una persona que el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal designe.

La Gaceta Oficial del Distrito Federal No. 434, de fecha 03 de octubre de 2008, publicó el Decreto por el que se reforma y deroga el Código Civil para el Distrito Federal y se reforma, deroga y adiciona el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, a lo que solo destacaré las más importantes y concernientes al tema, a continuación se reproduce el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal:

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

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

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

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

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

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

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

Con las reformas del 2008, en este artículo, se eliminaron las veintiún causales para tramitar el divorcio, algunos juristas llaman a la nueva modalidad como “Divorcio Incausado”, en la que la disolución del vínculo matrimonial se realiza con mayor facilidad y en el menor tiempo posible. Debe presentarse junto con la demanda un Convenio donde se acuerden las condiciones referentes con los hijos en caso de que existan; por mencionar algunas se considera la guarda y custodia de éstos, el derecho de visitas, proporcionar la pensión alimenticia, designar al cónyuge que utilizará el domicilio conyugal, entre otras.

También se señalará la forma en que se administrarán los bienes de la sociedad conyugal durante el juicio hasta que se determine su liquidación; de igual forma, en caso de haber celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes, se contemplará una compensación no mayor al 50% de los bienes, para el cónyuge que se encuentre desprotegido.

Derivado de lo anterior se modificó la estructura del artículo 282, 283 y 283 BIS, conservando la mayor parte del texto y modificando lo necesario solo para adecuarlos a la reforma y tuvieran congruencia con el artículo 267 del ordenamiento citado.

3.7. Análisis de las Reformas del 2007, en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

Se difundió el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal; del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y del Código Penal para el Distrito Federal, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal No. 26, de fecha 02 de febrero de 2007.

Por la confusión jurídica que ocasionaba la figura de la Custodia Compartida, se hicieron otras reformas para complementar las del 2004, haciendo las modificaciones necesarias también al Código procedimental para adecuar su texto y que tuviera coherencia con el Código Civil. Se extrae de la Gaceta mencionada con anterioridad, los siguientes artículos:

Artículo 205. El que intente demandar, denunciar, o querellarse contra su cónyuge o concubino, podrá solicitar por escrito al juez de lo familiar su separación del hogar común o acudir al Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

El Centro de Justicia Alternativa atenderá a las partes siempre y cuando no exista violencia familiar, en cuyo caso se abstendrá de intervenir, haciéndolo del conocimiento al C. Agente del Ministerio Público tratándose de menores. Para el caso de violencia entre las partes se dará vista al Sistema de Auxilio a Víctimas, para los efectos correspondientes de conformidad con la Ley de Atención a Víctimas del Delito del Distrito Federal.

El mediador facilitará la solución del conflicto entre las partes teniendo como principio de sus actuaciones el interés superior del menor, en especial las obligaciones de crianza. En el convenio, el mediador deberá promover que se garantice el bienestar, la seguridad física y mental de los hijos menores de edad, así como el derecho que les asiste de convivir con el progenitor que no vive con ellos. El cumplimiento del convenio podrá solicitarse ante el Juez de lo Familiar en la vía de apremio.

Artículo 941 Bis. Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus padres, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia de los menores misma que se efectuará dentro de los quince días siguientes. En la sesión donde sean escuchados los menores deberán ser asistidos por el asistente de menores correspondiente, adscrito al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal, quien no requerirá comparecer para protestar el cargo. Para que tenga verificativo la audiencia respectiva el Juez de lo Familiar tomará en consideración la programación de audiencias que tenga la Institución.

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

El Juez de lo Familiar oyendo la opinión del Representante Social y valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, pudiendo incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, determinará a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad. A falta o imposibilidad de los progenitores para tener la custodia de los menores se considerarán las hipótesis previstas en los artículos 414 y 418 del Código Civil. Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor.

Cuando cambie de domicilio el ascendiente que conserva la guarda y custodia, éste tiene la obligación de informar al Juez y a quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia.

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

Artículo 941 Ter. El ascendiente que no le sea otorgada la custodia podrá convivir tal y como lo fije el Juez, diversos días de la semana, fuera del horario escolar y sin desatender las labores escolares y debiendo auxiliarlo en dichas actividades. Asimismo, en forma equitativa, se podrá regular la convivencia en fines de semana alternados, periodos de vacaciones escolares y días festivos; cuando estos ya acudan a centros educativos. El Juez de lo Familiar, antes de regular el derecho de convivencia de manera provisional, deberá tomar en cuenta todos los elementos que estén a su alcance para decidir bajo el principio del interés superior del menor. En especial valorará el hecho de que una de las partes manifieste que ha habido violencia familiar, pudiendo solicitar valoración psicoemocional que determine si existen síntomas en el menor, de haber vivido cualquier tipo de violencia familiar, ya sea psicológica, física o sexual,

independientemente de que exista o no indagatoria al respecto, a fin de proteger la integridad física y psicológica de los hijos.

En caso de duda, y para salvaguarda de los hijos menores de edad o incapaces, deberá ordenar que las convivencias se realicen en los Centros e Instituciones destinados para tal efecto, únicamente durante el procedimiento.

Las convivencias de manera provisional no se otorgarán por el Juez de lo Familiar cuando exista peligro para la integridad física, sexual y psicológica de los hijos menores de edad.

Fija el artículo 205, la libertad de elegir al cónyuge o concubino que desee separarse del hogar, a acudir ante el Juez de lo Familiar o el Centro de Justicia Alternativa del TSJDF, para resolver la controversia planteada por medio de la mediación, quedando a cargo del mediador la responsabilidad de garantizar el bienestar del menor, tomando como base el interés superior de éste para solucionar el conflicto. En caso de violencia entre las partes se dará vista al Sistema de Auxilio a Víctimas de conformidad con la Ley de Atención a Víctimas del Delito del Distrito Federal.

Continúa fundando el artículo 941 Bis, el derecho del menor a ser escuchado por el Juez para decidir a quien se le otorgará la guarda y custodia del mismo, tomando en cuenta todos los elementos necesarios así como incluir una valoración psicológica de éste, para determinar a quien se le asignará la custodia. Se sigue considerando la obligación de quien tenga la guarda y custodia del niño, de informar todos los datos necesarios en caso de cambio de domicilio, debiendo proporcionar el nuevo lugar donde residen así como el número telefónico para que el menor sostenga comunicación con el otro progenitor.

Se menciona en el artículo 941 Ter, lo concerniente a las convivencias del menor con el padre que no tiene la guarda y custodia, el Juez de lo Familiar debe resolver tomando en cuenta el interés superior del niño, para otorgar el derecho de convivencia, tomando en cuenta el bienestar de éste.

Los artículos 941 Quáter, 941 Quintus Y 941 Sextus se derogaron, trataban sobre la custodia y convivencia del menor con sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, de forma provisional.

3.8. Una nueva figura en nuestro Sistema Jurídico

3.8.1. Análisis de la Custodia Compartida

La trascendencia de estas reformas son importantes y algunas de ellas han causado gran polémica y desconcierto jurídico, ya que éstas también afectan a los menores de edad, siendo un grupo vulnerable y afectado por las decisiones de los jueces en lo futuro.

Recientemente la incorporación al sistema jurídico mexicano de la custodia compartida en el 2004, causó revuelo ya que el legislador solo planteó la misma, y no estableció las reglas necesarias para su aplicación, lo que ocasionó un caos jurídico en los tribunales de impartición de justicia.

Los jueces, en el momento de aplicar el derecho, en materia de guarda y custodia antes y después de las reformas del 2004 y del 2007, han considerado que los hijos deben quedar al cuidado de la madre, ya que se ha estimado que dada su condición física y natural es quien puede proporcionar los mayores cuidados así como atenciones con el esmero y eficacia necesarios para su normal desarrollo y estabilidad de los mismos, solo como excepción se le priva a ésta de tener la custodia de los hijos, sin importar las condiciones económicas del padre, aunque éste tenga un mejor nivel de vida, derivado de ello se fija una pensión alimenticia adecuada para satisfacer las necesidades de los menores.

Es posible definir a la custodia compartida como la situación legal mediante la cual, ambos progenitores ejercen la custodia respecto de sus menores hijos en igualdad de condiciones y derechos sobre los mismos. Quienes defienden este concepto, dicen que es un derecho que tienen ambos padres para continuar con la convivencia con sus hijos, con ésta figura se da la posibilidad de que el niño tenga una doble residencia con cada uno de sus padres.

Con la custodia compartida se busca que el menor conserve la relación que sostenía con ambos padres antes de la separación de ellos y sufra lo menos posible la ruptura de su unión, ya que el principio que la rige es el interés superior del niño.

El concepto guarda o custodia compartida ha sido motivo de fuertes y numerosas críticas, debido a que algunos especialistas prefieren nombrarle “tiempo compartido”, o en su caso, no están de acuerdo con el perfil que se instituye, porque consideran que puede afectarle aún más al menor, debido a que al tener dos residencias puede ser causa de confusión y estrés emocional.

Algunas legislaciones como la brasileña proporcionan el concepto de Custodia compartida, el cual se acerca más a la reforma australiana: “es la responsabilización conjunta del ejercicio de los derechos y deberes del padre y de la madre que no viven bajo el mismo techo concerniente al poder familiar de los hijos comunes”.

En las legislaciones de España e Italia, es importante que los padres lleguen a un acuerdo y si no existe, en lo posible se dará prioridad a la custodia compartida condición implantada en el régimen de estos países, procede por parte del Juez aunque los progenitores no la hayan solicitado. También estos ordenamientos señalan las circunstancias que impiden la custodia de forma conjunta.

La custodia compartida es la “situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos. Se contrapone a la figura de la custodia monoparental, que es la usual en países de Latinoamérica, suele darse la custodia a uno de los padres, confiriéndose al otro el derecho de visitas y el pago de los alimentos”.¹³⁹

Algunas personas argumentan que la guarda y custodia hasta como se ha conocido, ha fracasado y no ha cumplido las expectativas de mantener la convivencia con ambos padres, eso es lo que una parte de la sociedad manifiesta, y ese mismo sector opina que la custodia compartida supera todas las expectativas porque implica la convivencia con ambos ascendientes después del divorcio de éstos. Este concepto viene de las legislaciones anglosajonas: “*Joint custody*”, el cual lo han adoptado la mayoría de las leyes europeas y algunas latinoamericanas, aunque cada vez son más los países que lo van incorporando.

¹³⁹ http://es.wikipedia.org/wiki/Custodia_compartida, Consulta 14 de Febrero de 2010.

Es importante dar a conocer los lineamientos de las recientes reformas en el derecho mexicano. Es heredero del derecho romano, español y tiene la influencia del derecho francés, en la actualidad también otras compilaciones llegan a tener dominio sobre nuevos temas, para lograr armonizar el derecho de familia.

Hoy en día se ha extendido por casi toda Europa la custodia compartida. En el caso de Francia, se consolidó aproximadamente en el año 2002, cuando en sus leyes se estableció que el menor tuviese dos hogares, es decir, que tuviera un lugar apropiado para habitar con cada uno de los padres, aunque algunos juristas mexicanos argumentan que no es muy factible esta solución porque puede afectar al niño.

Por ejemplo en Alemania, se contempla la continuidad de los deberes de los padres hacia los hijos, por lo que se mantiene la custodia conjunta consolidada por la doctrina y la jurisprudencia. En Holanda, desde 1998, la custodia compartida es la regla y la *“custodia exclusiva”*, es la excepción.

Los recientes cambios legislativos intentan ir acordes con la realidad social, por la igualdad entre hombres y mujeres especificada en las leyes, por lo que se busca el equilibrio de la sociedad. Un cambio importante es la incorporación de la mujer al mercado laboral lo que trae como consecuencia marcar nuevas pautas en la educación, el cuidado, el mantenimiento de la familia y otros factores que generan la necesidad de una mayor participación de ambos padres en la protección y educación de los menores, independientemente de la situación personal que los padres conserven.

Derivado de lo anterior, por el aumento de los divorcios, la guarda y custodia compartida se visualiza como un derecho de los hijos y de los progenitores a seguir teniendo una relación paterno-filial, este derecho principalmente está presidido por el interés superior del niño, para que éste conviva en mayor medida con ambos padres y sufra lo menos posible la ruptura de ellos una vez separados.

Para la mayoría de los jurisconsultos mexicanos el término de “guarda compartida” es un término inadecuado y han sugerido que la expresión más correcta sería “tiempo compartido”, “custodia alternativa” o en otros casos “residencia alternativa”, afirmando que la custodia conjunta sólo es posible cuando

ambos padres viven en el mismo hogar, por lo que después de dictar el Divorcio en la Sentencia correspondiente, es complicado que los padres decidan seguir conviviendo en el mismo domicilio. En algunas sentencias incluso sustituyeron la expresión “compartida” por “periódicamente alternativa”.

La guarda y custodia, es una actividad y obligación cotidiana para uno de los padres, es complicada para la pareja que ya no vive en la misma casa-habitación, como se pretende con la custodia compartida. Hay quienes no están de acuerdo con esta solución, para los niños sería complejo mantener dos casas y compartir por periodos cortos de tiempo la convivencia con ambos padres, podría afectarlos con el transcurso del tiempo, aunque hay quien afirma que según algunos estudios realizados, los menores se encuentran con mejor autoestima si se logra que mantengan comunicación constante con ambos padres.

Recientemente en México, se incorporó la figura jurídica de la custodia compartida, con las reformas del 2004 en el Distrito Federal, aunque no tuvo la aceptación que se esperaba, además facultaba a los Jueces a imponer la custodia compartida en beneficio del menor, aunque los padres no la solicitaran. Con las reformas del año 2007 en el Distrito Federal los legisladores intentaron corregir y adecuar la figura en la legislación local, manteniendo la misma terminología pero dejando a las partes en libertad de elegir si se optaba por esta modalidad o por la custodia ya existente, suprimiendo la facultad de imponerla a los Jueces.

Han argumentado los juristas mexicanos que ésta figura jurídica, es una figura inapropiada para la legislación local, además consideran que la terminología es inapropiada ya que es evidente la existencia de la separación o del Divorcio.

3.8.1.1. Ventajas

La custodia compartida es defendida principalmente por asociaciones formadas por padres separados o divorciados a nivel mundial, ellos buscan la manera de convivir más tiempo con sus hijos. Por esta razón, son quienes manifiestan que las ventajas son más que las desventajas que ofrece esta figura legal.

Surge el término utilizado en las legislaciones anglosajonas, aunque con posterioridad estas asociaciones civiles adoptan el vocablo para solicitar a sus países que lo incorporen a sus estatutos sin estudiar a fondo el tema, argumentando que son más los aciertos que puede ofrecer a los menores y a los padres que los quebrantos que pueda presentar esta figura jurídica.

Los abogados mexicanos han declarado que es una figura poco apropiada e incluso puede representar más desventajas que ventajas, ya que no se cuenta con un análisis apropiado del tema y además la cultura de la sociedad mexicana es muy distinta a la de otros países como los europeos, por lo que puede ofrecer poca seguridad jurídica. La sociedad mexicana, no está preparada para integrar este tipo de figura en el código local, debido a que se necesita toda una formación cultural y jurídica para la sana convivencia entre padres e hijos, evitando conflictos o discusiones que perturben el sano desarrollo de éstos. En seguida se indica algunas ventajas que se han decretado sobre la custodia compartida:

VENTAJAS PARA LOS PADRES

- Prevención al Síndrome de Alienación Parental (SAP): Es un proceso que consiste en programar un hijo para que odie a uno de sus padres sin que tenga justificación. Cuando el síndrome esta presente, el hijo da su propia contribución en la campaña de denigración del padre alienado. Al mantener ambos padres el continuo contacto con el niño, es mucho más difícil que este síndrome se desarrolle.
- Ambos padres se mantienen guardadores, es decir, ambos continúan criando activamente a los menores. Ninguno de los dos queda marginado, ni alejado de los hijos.
- Calificación en la aptitud de cada uno de ellos. La idoneidad de cada uno no es discutida, es reconocida y útil en el ejercicio de su rol como progenitor.
- Equiparación de los padres en cuanto al tiempo libre para la organización de su vida personal y profesional. No queda sólo uno de ellos con toda la carga de la crianza, alienado y sin tiempo para otras cosas.

- Compartir lo relativo a gastos de manutención del hijo. Ningún progenitor que practica este sistema se ha desentendido de los hijos. El hacerse cargo activamente, da conciencia a cada padre acerca de las necesidades de los niños.
- Mayor cooperación. Es indudable que este sistema fomenta el entrelazado de acuerdos de cooperación entre los padres en beneficio de los hijos

VENTAJAS PARA LOS HIJOS

- Convivencia igualitaria con cada uno de los padres. No hay padres periféricos. Los hijos sienten que no han perdido a ninguno de los dos y beneficia su autoestima el observar los esfuerzos de sus progenitores para estar cerca de ellos.
- Inclusión en el nuevo grupo familiar de cada uno de sus padres. Los niños se sienten parte integrante de cada nueva familia, enriqueciéndose muchas veces con las presencias de nuevos cónyuges y nuevos hermanos.
- Mayor comunicación. La misma dinámica de este sistema fomenta una mejor comunicación paterno o materno-filial, incluso mejor aún que los hijos provenientes de familias intactas.
- Menos problemas de lealtades. La cooperación derivada de compartir la custodia entre padres, elimina o reduce los cambiantes compromisos de lealtad de los hijos hacia cada padre que provoca la custodia monoparental.
- Buen modelo de roles parentales. Los niños aprenden a ser solidarios, a compartir, a resolver los problemas mediante acuerdos en vez de litigios, a respetarse entre géneros.
- Los menores suelen tener un comportamiento menos antisocial.
- A mejorar la adaptación del niño, disminuyen los casos de mala conducta y suelen tener una mejor salud mental.
- Los menores tienen menos problemas escolares y personales.
- Supuestamente se incrementa el pago voluntario y pacífico de las pensiones alimenticias.

Esta figura legal recientemente introducida en la legislación del Distrito Federal, aún sigue en desarrollo en otros países como Estados Unidos, España, Italia, Francia, Brasil, Argentina, entre otros.

En el caso de Estados Unidos, se han dado a la tarea de realizar diversos estudios psicológicos en instituciones de prestigio como Hospitales y Universidades en los que comparan la “custodia monoparental” con la “custodia compartida”, en los que supuestamente se han reportado mayores beneficios para el menor si se ejerce la última en mención.

3.8.1.2. Desventajas

Los estudiosos del Derecho que se oponen a la custodia compartida afirman que es una figura que es positiva idealmente y favorable, pero en lo fáctico se considera irrealizable en la mayor parte de las situaciones concretas que la misma vida propone, ya que es una figura válida teóricamente, debido a que se necesitan condiciones excepcionales de consentimiento, capacidad y buena fe de ambos padres para su efectiva realización.

Asimismo, requiere condiciones objetivas para que las casas de los padres estén cerca y no debe existir obstáculos para que los hijos tengan convivencia frecuente con ambos, lo cual es una situación complicada, y requiere un grado alto de “civilidad” y educación, debido a que exige colaboración entre los excónyuges, por lo que no es posible considerarla cuando existen conflictos entre éstos. Por esa razón debe ser estudiada desde el punto de vista teórico y práctico.

También se piensa que la estabilidad emocional del menor se vería afectada debido a que tiene dos hogares, en los cuales solo estaría por periodos cortos de tiempo, realizando cambios frecuentes entre un lugar y otro, situación que no beneficia a éste. De la misma forma implica mayor responsabilidad por los costos de manutención del menor, se necesitaría entendimiento entre los padres para resolver situaciones con respecto a los hijos, algo que sería muy embarazoso, ya que si la relación se encuentra muy deteriorada, se trata de un asunto muy complejo y delicado, porque si no existe el entendimiento entre los excónyuges,

difícilmente funcionaría la Custodia compartida. A continuación se alude a algunas desventajas que se han expresado:

DESVENTAJAS PARA LOS PADRES:

- Mayores costos. Ambos padres deben mantener en sus respectivas casas un lugar apropiado para los hijos, con insumos repetidos tales como ropa, juguetes y útiles.
- Proximidad obligada de ambos hogares. Para la mayoría de la formas de implementar este sistema resulta muy conveniente el que ambos padres residan cerca el uno del otro.
- Flexibilidad laboral. Es imprescindible que la forma de sustento de cada padre permita un horario flexible que se adapte a cubrir las necesidades de tiempo para el cuidado de los hijos.

DESVENTAJAS PARA LOS HIJOS:

- Adaptación a dos casas. Cada casa tiene sus hábitos, sus reglas, sus horarios. Los niños deben adaptarse muchas veces a dos formas distintas de encarar la vida, a costumbres disímiles, a normas de educación diferentes.
- Problemas prácticos y logísticos. Es normal en este sistema que insumos que el niño debe de utilizar un día hayan quedado en la otra casa el día anterior. O que algunas rutinas del niño experimenten alguna alteración por el cambio de hogar.

3.9. Opiniones expuestas a favor y en contra de la custodia compartida

La mayoría de los jurisconsultos mexicanos no están de acuerdo con la incorporación de la nueva figura jurídica a nuestra legislación local, del Distrito Federal, la Custodia compartida, debido a que hace falta un estudio y un análisis profundo y minucioso para poder lograr una mejor efectividad de esta figura.

Algunos estudiosos del derecho afirman que es una figura jurídica idónea solo en la teoría, porque en cuanto a la práctica es una situación distinta, es

complejo lograr que los padres divorciados del menor logren llegar a mutuos acuerdos que son la base para que la custodia compartida pueda funcionar.

Los padres que llegan a estar de acuerdo con la custodia compartida, expresan que ambos pueden influir en la educación, desarrollo físico, emocional y psicológico de sus hijos y admite la convivencia permanente con los mismos, situación que no permite la otra modalidad de la custodia.

3.9.1. Entrevistas

Para poder determinar la eficacia y el conocimiento que se ha tenido sobre la creación de la Custodia compartida y su solicitud en los Juzgados, se realizó un pequeño estudio, consistente en entrevistas concretas y cortas a diferentes personas de la sociedad mexicana, involucradas con la custodia de menores. Se agradece de antemano el tiempo otorgado a las personas que permitieron que se realizaran estas entrevistas, ya que como se puede comprender, en el caso del personal del Juzgado, tiene mucha carga de trabajo, circunstancia por la cual el número de entrevistados fue pequeño.

Es posible dividir a las personas entrevistadas en dos grupos:

- ❖ Cónyuges en proceso de separación o divorcio, (10 personas).
- ❖ Personal de los Juzgados de lo Familiar (Jueces, Secretarios de Acuerdo, Secretario Conciliador), (5 personas).

El primer sector de la sociedad entrevistado, los cónyuges en proceso de separación o divorcio, respondieron a las siguientes preguntas que se basaron principalmente en lo siguiente:

- ¿Conoce la figura de la custodia compartida?

De 10 personas, 7 contestaron que no y 3 contestaron que si

- ¿Sabe en qué consiste la custodia compartida?

De 10 personas, en 7 no aplica, 2 contestaron que si y 1 contestó que tenía una idea, pero no contaba con la información necesaria para entender de qué se trataba.

➤ ¿Cómo se enteró de la nueva ley que aprobó la custodia compartida?

De 10 personas, en 7 no aplica, 2 contestaron que se enteraron por el abogado y 1 contestó que por la radio.

➤ ¿Ha solicitado o en su caso solicitaría al Juzgado la Custodia Compartida para convivir con sus hijos?

De 10 personas, en 7 no aplica, de 3 que tenían conocimiento sobre la figura jurídica contestaron que no, ya que sus matrimonios habían sido muy conflictivos, por lo tanto su separación también tenía muchos problemas, una de las entrevistadas manifestó ser víctima de violencia familiar, por lo que en su caso, era imposible aplicar la custodia compartida. En los otros dos casos, simplemente no les pareció adecuada ya que lo menos que deseaban era seguir conviviendo con el excónyuge.

Siendo el segundo sector de la sociedad entrevistado, el personal de los Juzgados de lo Familiar, 2 Jueces, 2 Secretarios de Acuerdo y 1 Secretario Conciliador, quienes respondieron a las siguientes preguntas que se basaron principalmente en:

✓ ¿Cuántos casos de separación o divorcio solicitan la custodia compartida?

De 2 Juzgados de lo Familiar visitados, en el primero respondieron que se solicita la custodia compartida en uno de cada treinta casos, en el otro Juzgado comentaron que la custodia compartida la solicitan en uno de cada cincuenta juicios, por lo que en muy pocos asuntos se considera esta nueva figura jurídica.

✓ ¿Con las reformas del 2004, que porcentaje aproximado el Juez ejerció su Facultad para imponer la custodia compartida?

De 2 Juzgados visitados, en ninguno el Juez ejerció su Facultad para imponer la custodia compartida, por considerar este tipo de custodia inapropiada para aplicarse y por no existir una regulación adecuada para poder determinarla.

- ✓ ¿Qué porcentaje aproximado representa actualmente la custodia compartida en los Juzgados de lo Familiar?

Los padres que solicitan la custodia compartida, son muy pocos por lo que representa el 10% aproximadamente de los asuntos en los Juzgados.

- ✓ ¿Qué opina sobre la denominación de custodia compartida?

De 5 personas, los 5 contestaron que era una denominación inapropiada e incorrecta.

- ✓ ¿Considera que es una figura jurídica apropiada para aplicarse en este Sistema Jurídico?

De 5 personas, los 5 contestaron que se trata de una figura jurídica compleja e inapropiada para el Sistema Jurídico Mexicano, ya que la mayoría de las separaciones o de los divorcios que se llevan a cabo son juicios muy conflictivos, además se trata de buscar el bienestar del menor no solo de los padres. Por lo que se refiere al cambio de residencia del niño, no están de acuerdo, ya que éste necesita estabilidad para que tenga un desarrollo adecuado.

Por los resultados obtenidos, se puede concluir que la figura de la custodia compartida, tiene poca difusión y no es muy conocida entre la población, además de que los impartidores de justicia no están de acuerdo en la aplicación de esta figura, ya que la consideran muy compleja y el término jurídico que se le ha asignado es poco apropiado para referirse a la misma.

3.10. Derecho Comparado

El Derecho comparado es una rama general del derecho que tiene por objeto el examen sistematizado del Derecho positivo vigente en los diversos países, ya con carácter general o en alguna de sus instituciones para establecer analogías y diferencias. “El derecho comparado se empleó a partir de 1832 en Francia, donde se creó la cátedra sobre la materia”.¹⁴⁰

¹⁴⁰ SIRVENT GUTIERREZ, Consuelo y Margarita Villanueva Colín. *Op. cit.*, p. 2.

Es una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un Estado determinado, con el fin de perfeccionar las instituciones de un país y, por ende, su sistema jurídico.

Desde la antigüedad el Derecho se comparaba para beneficiarse de las experiencias de otros países. “Aristóteles realizó un estudio científico comparativo de 153 constituciones de Grecia y de otras ciudades con el fin de ver el mejor sistema de gobierno, sin en cambio no propuso una forma de gobierno idónea que pudiera aplicarse a todas las sociedades”.¹⁴¹

Montesquieu¹⁴² intentó por medio de la comparación, entrar en el espíritu de las leyes con el objeto de establecer los principios comunes por los que debe guiarse un buen gobierno. Alemania fue la primera en interesarse de manera formal por los estudios de comparar el Derecho extranjero con el Derecho nacional. Con posterioridad en Francia se empezó a impartir la cátedra de legislación comparada y “alrededor del año de 1900 se celebró el primer Congreso mundial de Legislación comparada, término que fue sustituido más adelante por Derecho comparado”.¹⁴³

El Derecho comparado tiene por objeto el análisis de una pluralidad de ordenamientos, no únicamente para estudiarlos por separado, sino para confrontarlos entre sí e inferir sus analogías. Estos estudios ayudan a mejorar el Derecho nacional y a comprender el de los demás países con lo cual se mejoran las relaciones internacionales.

Algunas figuras jurídicas del sistema legal han sido incorporadas al mismo por influencia del Derecho extranjero, como es el caso de la custodia compartida, que se trata de una figura que se ha estudiado y legislado en otros países, y que por sugerencia de algunos legisladores de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, se impulsaron las reformas al Código Civil local para incorporarla.

¹⁴¹ SIRVENT GUTIERREZ, Consuelo. *Op. cit.*, p. 1

¹⁴² *Ibidem*, p. 2

¹⁴³ *Ibidem*, p. 3

3.10.1. La custodia compartida en España

En España, se legisló en relación con la materia de guarda y custodia, por tratarse de una cultura diferente a la mexicana, donde han logrado llegar a mutuos acuerdos los padres divorciados, al parecer y según los estudios realizados ha funcionado durante estos últimos años, logrando la convivencia de los menores con ambos padres.

Estas modificaciones se llevaron a cabo tomando como base el interés superior del niño, fundamentado en algunos documentos internacionales como La Declaración de los Derechos del Niño, la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño, La Convención Europea sobre el ejercicio de los Derechos del Niño, entre otros, el cual debe ser respetado para tomar las mejores decisiones en su beneficio.

La expresión de “*tenencia, guarda o custodia compartida*” como se conoce en la ley española, también es conocida en otras legislaciones como “*Garde conjointe*”, en Francia, “*Joint custody*”, en Estados Unidos de América y “*Affidamento condiviso*”, en Italia.

Con estas reformas los legisladores intentan que la separación de los padres no vulnere el derecho de los hijos a mantener contacto con ambos e intenta regular de forma eficiente en cuanto a materia de guarda y custodia se refiere, para mantener el interés superior del niño. En algunas reglamentaciones hacen la diferencia entre “*custodia exclusiva*”, también llamada “*guarda unilateral*” y la “*custodia compartida*”.

Por ejemplo, en Italia, algunos diputados expresaron que la guarda conjunta no significa repartir el 50% del tiempo de los hijos con cada uno de los padres, sino que es la conservación de efectiva responsabilidad de ambos progenitores para la adecuada educación y desarrollo del menor.

La figura de la custodia compartida tiene algunos años en desarrollo, por ejemplo en Suecia fue introducida en 1997, en Francia en el año 2002 y en España en el 2005. Esta figura comenzó a desarrollarse en países como Estados Unidos por la amplia cultura de divorcios que se realizan cada año.

A partir de que en España se aprobó la Ley del Divorcio en 1981, las separaciones se han incrementado año tras año, considerando en la actualidad que el Matrimonio no es un contrato para toda la vida. En el 2005, se aprobó una nueva Ley del Divorcio, en la cual se establece como novedad *la Custodia compartida* o también conocida como *Coparentalidad*, en la que ambos cónyuges establecerán de mutuo acuerdo el reparto del tiempo y las responsabilidades de los hijos, fue incorporada en la Ley 15/2005, del 8 de julio de 2005.

Algunos jueces españoles destacan como inconveniente de esta figura, la posible inestabilidad de los menores por los continuos cambios de domicilio, los problemas de integración o la adaptación a los nuevos núcleos familiares que los padres vayan creando. Otros jueces españoles destacan como primordial ventaja la convivencia del menor con ambos padres, a pesar de la separación o divorcio de los progenitores.

En la legislación española no se muestra una definición de la figura, por lo que la Audiencia Provincial de Burgos ha propuesto la siguiente: “La guarda compartida es la custodia en la que ambos progenitores se encargan del cuidado, atención y educación de los hijos de forma conjunta, periódica o rotatoria”. Por las decisiones de los Tribunales, puede considerarse que existen tres modalidades, la consensuada (por acuerdo de los padres), la contenciosa (por petición de uno de los padres), y la de oficio (por decisión del Juez).

El artículo 92 del Código Civil español establece la guarda compartida y los requisitos que proceden para su otorgamiento, se alude a continuación:

Artículo 92

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará

las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

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

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores”.

[Este artículo ha sido redactado conforme a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163, de 09-07-2005, pp. 24458-24461). Para ver la antigua redacción haga clic aquí.]¹⁴⁴

De modo que, el artículo establece las medidas para que proceda la custodia compartida, tomando como base el interés superior del niño procurando su bienestar. En primer momento la podrán solicitar los padres siempre y cuando exista el acuerdo entre ambos, manifestado en un convenio; en casos excepcionales la fijará el Juez. También determina las circunstancias en las que no puede proceder, como por ejemplo, si alguno de los progenitores se encuentra bajo un proceso penal o por existir violencia familiar.

Aún para los españoles, no está muy clara la custodia compartida aunque existe un sector muy importante que esta a favor de la misma. La complejidad de la figura radica en el buen entendimiento de los padres para que pueda funcionar sin obstáculos, aunque es de suponerse que para eso se requiere de la capacidad de razonamiento que las personas tengan al momento de tomar la decisión de separarse o divorciarse.

¹⁴⁴ <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/1T4bis.htm>, Consulta 02 de Marzo de 2010.

Se ha notado que algunos Tribunales españoles no consideran idóneo aplicar la custodia compartida en los casos en los que los progenitores no están de acuerdo, debido a que puede complicar más la situación de los menores en vez de beneficiarlos, debido a que argumentan que cuando existe conflictos durante la separación, es difícil que puedan compartir una custodia de los hijos, ya que cabe la posibilidad de que los conflictos aumenten en lugar de disminuir.

Existen muchos movimientos en el caso de España, apoyando la custodia compartida, país en el que se ha estado aplicando y al parecer ha tenido éxito en un sector pequeño de la población, en este sentido se tenían muchas expectativas al respecto y en los últimos años esta dando el efecto contrario, ya que no se han tenido los resultados que se esperaban, debido a que aún faltan leyes más específicas que regulen de forma adecuada en materia de guarda y custodia de menores.

3.10.2. La custodia compartida en Francia

En Francia se introdujo la figura de la *Custodia compartida* en 1987, aunque casi no fue aplicada en los Tribunales. La Ministra Delegada de la Familia y la Infancia del Gobierno Francés, *Segolène Royal*, fue quien presentó en el año 2001, el proyecto de reforma que plasmó la creación legal de la Custodia compartida, misma que se consolidó y aprobó en el año 2002, cuando se realizaron reformas importantes en la legislación francesa para incorporar de manera formal la figura, previendo la posibilidad de que el menor tuviera doble residencia con cada uno de los padres, en esta propuesta, se suprime el derecho de visita, ya que los padres deberán mantener contacto constante con su hijo.

El Gobierno francés propuso que los hijos convivieran con ambos padres considerando una alternancia semanal, la iniciativa tiene un valor indiscutible, ya que fue el primer Gobierno europeo que reconoce que el régimen de alternancia en la convivencia con ambos padres es el más adecuado para el desarrollo del menor. Basándose en el interés superior del niño, quien tiene derecho a ser

educado por ambos padres con independencia de la situación familiar en la que se encuentren.

La Ministra Segolène Royal¹⁴⁵ expresó lo siguiente en torno al tema:

-Las expectativas de un niño respecto de sus padres no deben depender del vínculo de la pareja.

-Cada hijo tiene el derecho a ser educado por su padre y por su madre, con independencia de la situación familiar... Hay que reafirmar el papel del padre cuando está marginado por el divorcio.

-No es necesario seguir siendo pareja para seguir siendo padre y madre al cien por cien.

-La fórmula de compartir el tiempo del hijo entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de una semana cada dos, es la que mejor puede responder a las necesidades del niño.

Estipula el texto de la Ley francesa que *“la residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los progenitores, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos. Si uno de los progenitores lo solicita, o en caso de desacuerdo entre ambos respecto al modo de residencia del niño, el Juez podrá ordenar con carácter provisional una residencia alterna durante un plazo determinado. Al término de este plazo, el Juez emitirá un fallo definitivo sobre la residencia alterna del niño en el domicilio de cada uno de los progenitores o la residencia en el domicilio de uno de ellos...En caso de desacuerdo el Juez tratará de conciliar a las partes...podrá proponerles una solución de mediación y designar un mediador familiar.”*¹⁴⁶

La Custodia compartida por imposición judicial sin acuerdo de las partes, no es un modelo habitual en ningún ordenamiento jurídico del entorno. En el caso de México se modificó con las reformas del 2007, donde se estableció que solo procedía por la voluntad de los padres, si así lo solicitaban. En el caso de Francia, que se considera un ejemplo a seguir, opera como norma general el acuerdo de

¹⁴⁵ http://www.sospapa.es/downloads/sospapa_custodiacompartida_en_paises_civilizados.doc, Consulta 06 de Marzo de 2010.

¹⁴⁶ *Ídem*

los padres. Además las regulaciones francesas y españolas son diferentes en cuanto a la patria potestad y la guarda de menores.

Francia y España deben ser consideradas con un contexto legal y social diferente al mexicano. En Francia, la custodia compartida se aprobó en el marco de un paquete de medidas para favorecer el reparto de responsabilidades domésticas y familiares.

3.10.3. La custodia compartida en Estados Unidos de América

Debido al incremento de divorcios que se realizan en los Estados Unidos, se creó la figura de “*la custodia compartida o Joint custody*”, la cual surge por la necesidad de proteger a los menores en sus derechos. Se considera que por su cultura divorcista ha sido necesario que se establezcan medidas adecuadas para el bienestar de los hijos.

“*[Shared custody*” o “*Joint custody*” (custodia conjunta)]”,¹⁴⁷ es una realidad que durante los últimos años se ha consolidado y por ello aparece en varias de las legislaciones de los distintos estados de este país.

Al respecto se distinguen dos formas de custodia compartida:

- *Custodia legal conjunta*: significa que los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño; suele acompañarse de un régimen amplio de convivencia, que varía según los distintos estados.
- *Custodia física conjunta*: significa que los padres comparten el tiempo de residencia con el niño, aunque los periodos de convivencia no tengan forzosamente la misma duración. En general, se considera el 35% del tiempo como mínimo de convivencia del progenitor que menos tiempo pasa con el niño, siendo frecuentes los repartos al 50%.

Es importante señalar que por ejemplo en los Estados de California o Montana la expresión “*custodia conjunta*” comprende la custodia legal y la

¹⁴⁷ http://www.ccpmi.eu/cop/estados_unidos.htm, Consulta 11 de Marzo de 2010

custodia física, mientras que en las legislaciones de otros Estados como Florida o Michigan prevén la “*custodia alterna*” (*rotating custody*).

En algunas legislaciones de divorcio como la “Ley Uniforme sobre Jurisdicción y Aplicación de la Custodia de Niños (*Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act, -UCCJEA- DE 1997*)”,¹⁴⁸ adoptada por varios estados, se instituye el contacto continuo y significativo del niño con ambos padres tras la separación o el divorcio.

El “Centro Nacional de Estadísticas Sanitarias (*National Center for Health Statistics, -NCHS-*)”,¹⁴⁹ en 1995 realizó un estudio basándose en los datos de algunos estados sobre los porcentajes de las custodias físicas maternas, paternas y conjuntas asignadas entre 1989 y 1990. Se obtuvo como resultado que la custodia conjunta había aumentado un porcentaje considerable, por lo que se mencionan algunos estados como ejemplo:

- Connecticut 36.4%
- Idaho 33.2%
- Kansas 43.6%
- Montana 44.0%
- Rhode Island 31.7%

Lo que inspira a las legislaciones estadounidenses más progresistas sobre el divorcio, es el derecho fundamental del niño a mantener con ambos padres un nivel similar de contacto al existente antes de la ruptura del matrimonio, también se funda en el “*principio del progenitor más generoso*”,¹⁵⁰ que consiste en los casos en que se deba otorgar la custodia exclusiva, será un factor determinante para asignarla al progenitor que muestre la capacidad respectiva de favorecer el contacto significativo y continuo del niño con el otro progenitor.

En las leyes de algunos estados se define y se establecen los parámetros en los que será aplicada la custodia conjunta, como Maine, California, Louisiana, Missouri, Pensilvania y Florida, entre otros. En las siguientes líneas se mostrarán

¹⁴⁸ *Ídem*

¹⁴⁹ *Ídem*

¹⁵⁰ *Ídem*

algunos párrafos referentes a la custodia conjunta de las legislaciones de los Estados aludidos con anterioridad:

MAINE

(Maine Revised Statutes Annotated, title 19-A: Domestic Relations § 1653, sub-§1 - Fecha de entrada en vigor: 21-09-2001)

§ 1653. Derechos y responsabilidades de los padres

1. A. El Parlamento considera y declara que es política pública fomentar la resolución de los litigios entre los padres a través de la mediación, en aras del mejor interés del niño.

C. El Parlamento considera y declara que es política pública de este Estado garantizar a los hijos menores el contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la separación o el divorcio de éstos, y que es de interés público alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los hijos para hacer efectiva esa política. [...]

CALIFORNIA

(California Family Code)

3002. Por "custodia conjunta" se entenderá la custodia física conjunta y la custodia legal conjunta.

3003. Por "custodia legal conjunta" se entenderá que ambos padres compartirán el derecho y la responsabilidad de adoptar las decisiones relativas a la salud, la educación y el bienestar del niño.

3004. Por "custodia física conjunta" se entenderá que cada uno de los padres tendrá períodos significativos de custodia física. La custodia física conjunta será compartida por los padres de tal forma que se garantice al niño un contacto frecuente y continuo con ambos padres, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 3011 y 3020.

3020. b) El poder legislativo considera y declara que es política pública de este estado garantizar a los hijos el contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la separación de éstos o la ruptura de su matrimonio, o tras el final de su relación, y alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los hijos para llevar a efecto esta política, excepto si ese contacto no es compatible con el mejor interés del niño, con arreglo a lo previsto en el artículo 3011.

LOUISIANA

(Civil Code, art. 131. Custody of children pending the litigation)

A. Si el matrimonio tiene hijos cuya custodia provisional reclamen tanto el marido como la mujer en el transcurso del proceso, la custodia se concederá según el siguiente orden de preferencia, de conformidad con el mejor interés del niño:

- 1) A ambos padres conjuntamente. El tribunal, salvo excepción por causa válida, requerirá a los padres para que presenten un plan de custodia, o los padres a título individual o por mutuo acuerdo podrán presentar un plan de custodia al tribunal antes de que adopte una decisión al respecto. El plan deberá asignar los periodos de tiempo en que cada uno de los padres disfrutará la custodia física de los niños [...]
- 2) A cualquiera de los padres. Al atribuir la custodia a uno de los padres, el tribunal deberá tener en cuenta, entre otros factores, cuál de los padres permitirá, con mayor probabilidad, el contacto frecuente y continuo del hijo o los hijos con el progenitor no custodio, y no dará preferencia como custodio a ninguno de los padres por razón de su sexo o raza. La carga de la prueba de que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del niño recaerá en el progenitor que solicite la custodia exclusiva.

C. Existirá una presunción de derecho de que la custodia compartida coincide con el mejor interés del niño. [...] La presunción a favor de la custodia

compartida podrá refutarse si se demuestra que no coincide con el mejor interés del niño, tras el examen de las pruebas presentadas [...]

D. A los efectos del presente artículo, se entenderá por "custodia compartida" que los padres compartirán, en la medida de lo posible, la custodia física de los hijos del matrimonio. [...] Ambos padres compartirán la atención y la custodia físicas de tal forma que garanticen al niño el contacto frecuente y continuo con ambos padres.

MISSOURI

(Missouri Revised Statutes, chapter 452, Dissolution of Marriage, Divorce, Alimony and Separate Maintenance, Section 452.375. Entrada en vigor: 28 de agosto de 2001)

452.375.1

3) Por "custodia física conjunta" se entenderá una orden en virtud de la cual se concedan a cada uno de los padres períodos de tiempo significativos, aunque no necesariamente iguales, durante los cuales el niño residirá con cada uno de los padres o estará bajo su cuidado y supervisión. Los padres compartirán la custodia física conjunta de forma que garanticen al niño un contacto frecuente, continuo y significativo con ambos progenitores; [...]

PENSILVANIA

(Pennsylvania Consolidated Statutes, Title 23: Domestic Relations)

§ 5301. Declaración de política

La Asamblea General declara que es política pública de este Estado, cuando ello redunde en beneficio del mejor interés del niño, garantizar un contacto razonable y continuo del niño con ambos padres tras la separación o ruptura del matrimonio, y la compartición de los derechos y responsabilidades de la crianza del niño por ambos padres, así como el contacto continuo del hijo o los hijos con sus abuelos en caso de fallecimiento de uno de sus padres, o de divorcio o separación de sus padres.

§ 5302. Definiciones

[...] "Custodia compartida". Orden por la que se concede la custodia legal compartida o la custodia física compartida de un niño, o ambas, de tal forma que se garantice al niño el contacto frecuente y continuo con ambos padres y el acceso material a ambos. [...]

§ 5304. Concesión de la custodia compartida

El tribunal podrá dictar sentencia de custodia compartida cuando ello coincida con el mejor interés del niño:

1. a solicitud de uno de los padres o de ambos;
2. cuando las partes se hayan puesto de acuerdo sobre la concesión de la custodia compartida; o
3. según las facultades discrecionales del tribunal.

FLORIDA

(Florida Statutes Annotated)

61.121. Custodia alterna. El tribunal podrá ordenar la custodia alterna si considera que coincide con el mejor interés del niño.

61.13 – 1 e) 2) b)1 - [...] Es política pública de este estado asegurar que cada hijo menor de edad tenga contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la separación de éstos o la ruptura de su matrimonio, y alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades, así como las satisfacciones, de la crianza de los hijos. Tras el examen de todos los datos pertinentes, se otorgará al padre la misma consideración que a la madre al determinar la residencia primaria del niño, con independencia de la edad o del sexo del niño.¹⁵¹

¹⁵¹ *Idem.*

Posiblemente se puede exponer como ejemplo de cómo ha funcionado esta figura en los Estados Unidos, la siguiente Tesis Doctoral, basada en algunos estudios realizados en este país:

Custodia compartida versus custodia monoparental,¹⁵²

Efectos en el desarrollo de los chicos

Tesis doctoral de S.A.Nunan (1980) Escuela de Profesionales en Psicología de California. (UMI n°81-10142)

Nunan compara 20 chicos bajo custodia compartida (de 7 a 11 años de edad) con 20 de iguales edades en custodia maternal exclusiva. Todas las familias tienen más de dos años de separadas. Los chicos bajo custodia compartida fueron encontrados con un ego y un superego más potentes, y con un autoestima mayor que los chicos bajo custodia monoparental. Los chicos bajo custodia compartida fueron encontrados menos excitables y menos impacientes que sus contrapartes de custodia monoparental. Para chicos de menos de cuatro años al momento de la separación las diferencias fueron menores.

El fenómeno de la custodia compartida se ha ido extendiendo en todo el mundo, en los Estados Unidos, constituye el régimen preferido, la jurisprudencia presume que es la mejor solución para el menor, aunque no es obligatoria en todos los Estados, pero en la mayor parte del territorio estadounidense, ya esta establecida.

Esta figura aún requiere de un profundo análisis, también de estudios de otras áreas del conocimiento que puedan complementar y justificar la existencia de esta nueva figura jurídica, debido a que se toma como base el interés superior del niño y el acuerdo de voluntades de los padres, ya que sin la existencia de estos principios, difícilmente puede funcionar la custodia compartida.

¹⁵² http://es.wikipedia.org/wiki/Custodia_compartida, Consulta 11 de Marzo de 2010.

CAPÍTULO IV. LA CUSTODIA ALTERNATIVA: UNA PROPUESTA PROCEDIMENTAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

La sociedad no se queda estacionada, es muy cambiante y evoluciona conforme pasa el tiempo, cada época plasma características que diferencian una de otra, con ella va de la mano la evolución del Derecho, se va transformando para adecuar las normas a la sociedad para resolver los conflictos que surjan en ésta.

Como célula básica de la sociedad nos encontramos a la Familia, grupo social importante y fundamental sobre el cual se basa la existencia de las naciones. El Estado es el encargado de tutelar el bienestar y la protección de la Familia.

Derivado de la necesidad de proteger a la Familia, se está en constante evolución, surgen ideas innovadoras que se pretenden plasmar en las leyes, pero hay que tomar en cuenta también que cada grupo social es diferente teniendo en primer lugar a la Familia y contemplando a las distintas naciones existentes; cada una tiene tradiciones, costumbres, ideología, cultura, disímiles unas de otras, por lo que una misma ley no se puede aplicar a todas las naciones por igual, hay que tomar en cuentas diversos factores que influyen en la creación de éstas.

4.1. Concepto

Se puede encontrar en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, instaurada una de las acciones primordiales del Estado y como una garantía el proteger a la Familia, establecida en el artículo 4º de la misma, donde se instituyen derechos como la igualdad jurídica de ambos sexos, la protección de la familia, la libertad de procrear el número de hijos que se deseen tener de forma responsable e informada, el derecho a la salud, a una vivienda digna, a un ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar, protección de los menores, (reforma realizada en el año 2000), entre otras; para que el Estado realice funciones encaminadas a propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y a sus

derechos. El artículo 3º de la Carta Magna, garantiza el derecho a la educación de los menores para contribuir a la integridad de la familia y a su adecuado desarrollo. También los artículos 5º y 123º Constitucionales, garantizan la estabilidad en el trabajo para satisfacer las diversas necesidades de la familia.

Asimismo, se complementan las acciones a proteger a la familia y a cada uno de sus miembros, en garantías, derechos y obligaciones; establecidas en los artículos de la Constitución, leyes complementarias y códigos locales, encaminadas a salvaguardar a la misma para que el Estado pueda cumplir con su objetivo, tutelar los derechos y obligaciones de los miembros de ésta.

Una de las controversias de lo familiar más complejas, lo es la guarda y custodia de los menores, derivada de la acción principal que la constituye el divorcio o la separación. Por ello surge la necesidad de proteger a cada uno de los integrantes de la Familia, en este caso, es el menor el que nos interesa, por tratarse de uno de los más vulnerables y sensibles del grupo familiar.

Debido a las características que componen a los menores de edad, entre ellas que no tienen la capacidad de valerse por sí mismos, es necesario que el Estado intervenga buscando su protección, es por esa razón que los legisladores se ven involucrados y comprometidos con la sociedad para la creación de nuevas leyes que faciliten hoy en día, resolver con mayor eficacia los asuntos relacionados con las separaciones o divorcios, y determinar el bienestar del niño.

En la búsqueda por garantizar el sano desarrollo de los hijos, después de la separación o el divorcio de los padres, teniendo como principio el interés superior del niño, se han ideado nuevas figuras jurídicas, para intentar encontrar el equilibrio familiar, y que los hijos continúen manteniendo comunicación constante con sus progenitores y la separación de ellos no los afecte demasiado.

La guarda en el sentido jurídico se puede entender como la acción de cuidar, proteger o salvaguardar a los hijos menores de edad o incapaces. La custodia se podría concebir como aquella que confiere las facultades, derechos y obligaciones que tienen los padres sobre los hijos.

La ley faculta al juzgador para determinar quién se hará cargo de los hijos cuando los padres deciden separarse, asigna la guarda y custodia del menor a

uno de los progenitores, y tendrá el compromiso de protegerlo, educarlo y tomará las decisiones pertinentes relacionadas con los hijos, así como permitirá que el otro cónyuge pueda visitar a los menores ajustándose a un régimen de visitas para que pueda seguir conviviendo con ellos y continúen teniendo comunicación con los dos, procurando que la separación de éstos no les afecte desmedidamente.

Otros sistemas jurídicos de diversos países han creado la figura jurídica de la “*Custodia Compartida*”, de la que se ha hablado en los capítulos anteriores, misma que ha sido motivo de numerosas críticas manifestándose a favor y en contra de ésta, por la reciente incorporación a las leyes mexicanas.

Debido a la insistencia del legislador en conservar la custodia compartida dentro del sistema jurídico del Distrito Federal, es importante hacer notar que se debe mejorar la regulación, para que las lagunas que existen actualmente se puedan ir eliminando apoyando a éste con propuestas idóneas que puedan perfeccionar las leyes.

Para comenzar se podría sugerir un concepto apropiado para denominar a la “*Custodia compartida*” por “*Custodia alternativa*”, siendo una opción que puedan elegir los padres. Si esto es considerado, es posible distinguir entre “*Custodia tradicional*” o la “*Custodia alternativa*”.

Entendiendo como “*Custodia tradicional*” como aquella que se designa a uno de los progenitores que considere más viable el Juez de lo Familiar, para que se haga cargo del cuidado, protección y de todas las responsabilidades que adquiere con los hijos, así como los derechos que tiene sobre éstos. Sujetando al otro progenitor a un régimen de visitas apropiado para continuar con la convivencia con sus respectivos hijos, así como estableciéndole la obligación de cumplir con la manutención de éstos, por medio de la pensión alimenticia.

La “*Custodia alternativa*” se define como la situación legal en la que ambos progenitores ejercen la custodia respecto de sus menores hijos en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos. Tienen los mismos derechos y responsabilidades en la educación, manutención, formación y toda actividad relacionada con el cuidado, protección y desarrollo del menor, en igualdad de condiciones y acciones relativas con el hijo.

Es importante aclarar, que esta nueva figura jurídica, no significa repartir el tiempo del menor, sino que es repartir las obligaciones y derechos de los padres que tienen con respecto a los hijos, después de la separación o el divorcio. En ambas custodias, la excepción para aplicarse cualquiera de éstas es la violencia familiar que pudiese ejercer cualquier miembro del grupo familiar.

Quienes defienden este concepto, dicen que es un derecho que tienen ambos padres para continuar con la convivencia con sus hijos, con ésta figura se da la posibilidad de que el menor conviva con ambos padres y no sufra por el abandono de uno de ellos.

4.2. Estudio del concepto incorrecto de Custodia Compartida

Diversos sistemas jurídicos de países anglosajones y europeos crearon la figura jurídica de la *“Custodia Compartida”*, misma que se ha tratado en numerosas ocasiones anteriormente, porque ha sido motivo de cuantiosas críticas por la reciente incorporación al código local.

Debido a la insistencia del legislador es importante proponer medios de perfeccionamiento legales para la aplicación adecuada de la nueva figura jurídica.

Cabe destacar que la utilización del concepto *“Custodia compartida”*, es inadecuado, ya que podría entenderse como la custodia que tienen ambos padres en el momento en el que viven juntos, porque comparten no sólo la vivienda, sino también los derechos y obligaciones para con los hijos, ya que ambos toman las decisiones pertinentes para su desarrollo, con todo lo relacionado a su educación, su salud, su bienestar, su manutención, vestido, calzado, etc.

En el momento en que los padres deciden separarse o divorciarse, no se puede hablar de una *“Custodia compartida”*, ya que la situación cambia tanto para la pareja como para los hijos. Las responsabilidades y los derechos sobre los éstos pueden seguir coexistiendo pero con otra modalidad.

Ha sido motivo de infinitas críticas de especialistas del Derecho esta denominación, en diversos países incluyendo a México. Existen quienes prefieren nombrarle *“Tiempo compartido”* o *“Tenencia compartida”*, etc.

Los juristas mexicanos se pueden dividir entre los que están de acuerdo con las reformas realizadas al Código Civil para el Distrito Federal y entre los que consideran que se trata de una *“aberración” jurídica*, el incluir en estas leyes locales la *“Custodia compartida”*, aunque un gran sector de la sociedad desconoce la existencia de esta nueva figura legal.

Se propone el concepto de *“Custodia alternativa”*, para poder referirse a la nueva figura que el legislador insistió en conservar, para que pueda tener aplicabilidad legal y se considere como otra opción para solicitar la custodia de los hijos menores de edad.

Sería viable incluir dos tipos o clases de custodia: la *“Custodia tradicional”* y la *“Custodia alternativa”*.

A medida que la familia evoluciona el Derecho lo hace paralelamente, por lo que es fundamental crear nuevos implementos jurídicos que permitan resolver los conflictos de orden familiar de manera expedita y eficaz, protegiendo a todos los miembros del núcleo familiar.

Ineludiblemente hay que tomar en cuenta las nuevas creaciones jurídicas para perfeccionarlas, y establecer los medios idóneos de aplicabilidad en los Tribunales. Dentro de los conflictos familiares, se intenta que los hijos resistan en lo posible el quebranto de la unión familiar, considerando como base el interés superior del niño, el cual se antepone a cualquier otro interés.

4.3. Análisis de la Custodia Alternativa

Cuando se pretende innovar en cualquier rama del conocimiento, al principio es motivo de interminables críticas, aunque puede haber la posibilidad de que las nuevas creaciones puedan ser perfeccionadas y permitan la solución de las situaciones futuras que lleguen a presentarse o también puede ocurrir que desafortunadamente se fracase en el intento de crear algo novedoso, pero hay que correr los riesgos.

Como la mayoría de las Instituciones jurídicas tienen su origen en el Derecho Romano, es complicado aceptar nuevas mejoras jurídicas provenientes de otros

ordenamientos legales como es el caso de la *“Custodia compartida”*, que tiene sus orígenes en el Derecho anglosajón, la cual ha funcionado en estos países, por los múltiples divorcios que se realizan, pero aún queda por esperar a que funcione en la sociedad mexicana.

Implementar nuevas normas en el ramo familiar se hace necesario en cuanto a materia de guarda y custodia de menores se refiere para que permitan la convivencia de todos los integrantes de la familia, porque en el caso de las separaciones o divorcios provocan las quiebras de los vínculos familiares, por lo que deben de ser superadas para evitar que los hijos padezcan crisis dolorosas.

En este caso, las reformas realizadas en los años 2004 y 2007, al incorporar la figura jurídica de la *“Custodia compartida”*, para fomentar y garantizar la convivencia de los padres con los hijos, es importante resaltar que es elemental la sana convivencia de los menores con ambos progenitores.

La denominación *“Custodia compartida”* es poco aceptada, se ha propuesto denominar a la nueva figura como *“Custodia Alternativa”*, planteando el siguiente concepto: la *“Custodia alternativa”* es la situación legal por la que ambos progenitores ejercen la custodia respecto de sus menores hijos en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos. Tienen los mismos derechos y responsabilidades en la educación, manutención, formación y toda actividad relacionada con el cuidado, protección y desarrollo del menor, en igualdad de condiciones y acciones relativas con el hijo. Aclarando que no significa repartir el tiempo del menor, sino que es repartir las obligaciones y derechos de los padres que tienen con respecto a los hijos, después de la separación o el divorcio.

La *“Custodia alternativa”*, como su nombre lo indica, es una alternativa por la que pueden optar los padres para solicitar la guarda y custodia de los hijos mediante la toma de decisiones en igualdad de condiciones, considerando que no será necesario establecer un régimen de visitas, pero si será elemental fijar en un *convenio regulador* las medidas en las que se llevará a cabo, así como evitando separar a los hermanos.

4.4. Modalidades de la Custodia Alternativa

Tomando como base el interés superior del niño, se pueden proponer algunas modalidades que complementen la “Custodia alternativa”, tomando en cuenta el tiempo, horario escolar de los menores, el lugar donde viven, su edad, etc.; para que los progenitores no tengan que sujetarse a un régimen de visitas en la mayoría de los casos riguroso, que impida una convivencia adecuada. También debe considerarse el tiempo de los padres, los horarios laborales, el nuevo lugar donde residen, etc.; para contemplar el cuidado de los menores. Se pueden plantear las siguientes modalidades de custodia alternativa:

- a) Custodia Física conjunta, es aquella que concede a los progenitores las facultades, derechos y obligaciones con relación a los hijos, para su cuidado y protección. Permite la toma de decisiones necesarias por ambos padres después de la separación o divorcio, considerando la convivencia con sus hijos, por períodos de tiempo determinados por un Convenio regulador.
- b) Custodia Legal conjunta, se podría definir como aquella que concede a los progenitores las facultades, derechos y obligaciones con relación a los hijos, para su cuidado y protección, así como la toma de decisiones adecuadas con respecto al menor aunque tenga una residencia definitiva con uno de los padres, se fija en un Convenio regulador los tiempos idóneos y acordes que permitan la sana convivencia del otro progenitor.

Ya existía en realidad la alternancia, se practica a menudo en los Juzgados, aunque no está regulada en los Códigos locales. Al plantear la propuesta teóricamente, se corre el riesgo de múltiples opiniones, debido a que la aplicabilidad en la práctica jurisdiccional es distinta, pero se intenta innovar ya que como se sabe el Derecho no es estático.

Probablemente se permita dejar antecedentes y establecer las pautas para futuras modificaciones legislativas, en materia de guarda y custodia de menores.

4.4.1. Alternancia

La alternancia se define como “la acción y efecto de alternar. Alternar significa hacer diferentes cosas y repetirlas luego en el mismo orden. Distribuir algo entre personas o cosas que se turnan de modo sucesivo”.¹⁵³

En diversos ámbitos se llega a alternar cosas, situaciones o incluso personas para mantener un equilibrio en la realidad social. Como es el caso de las controversias del orden familiar, en materia de guarda y custodia de menores, en la práctica se llega a establecer la alternancia para que los hijos puedan convivir con sus padres.

Por medio de la mediación o en los juicios, se realiza el convenio que establece las medidas en las que se realizarán las convivencias alternando los fines de semana, las vacaciones, los días entre semana, los días festivos, los cumpleaños, las fiestas navideñas, etc., entre uno y otro de los padres.

Aunque en la práctica se realiza, no existe una regulación en el Código Civil para el Distrito Federal o en el Código Procedimental, que especifique las medidas en las que se puede establecer estas determinaciones.

Podría proponerse la regulación en los códigos locales, para que pueda tener armonía jurídica con la “*custodia alternativa*”, estableciendo como condición esencial el acuerdo mutuo entre los ascendientes.

4.4.2. Períodos de tiempo

El período se define como espacio de tiempo. “Época. Fase en el transcurso de un proceso. Espacio de tiempo determinado por la reproducción a intervalos fijos de un fenómeno”.¹⁵⁴ El tiempo es la medida del devenir de lo existente. “Época durante la cual vive alguna persona o sucede alguna cosa”.¹⁵⁵

¹⁵³ *Diccionario Manual Sopena. Enciclopédico e Ilustrado*, Tomo I, Editorial Ramón Sopena, S.A., Provenza, Barcelona, España, 1995, p. 149.

¹⁵⁴ *Diccionario Enciclopédico Norma Castell*, Editorial Norma, Ediciones Castell, España, 1985, p. 1089.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 1361.

Indagando sobre la solución de las controversias del orden familiar, en la práctica se han establecido tiempos de convivencia entre los progenitores y los hijos. Sólo hace falta regularlo para que pueda tener mejor eficacia y aplicabilidad.

Con la normalización de la “*custodia alternativa*” se propone como una de las modalidades los períodos de tiempo prolongados para que los hijos puedan convivir con los padres en un lapso de tiempo determinado.

4.5. Apoyo psicológico a cada uno de los miembros de la Familia

Notablemente con el propósito de lograr que la familia supere los múltiples problemas por los que puede pasar, como es el caso cuando se presenta una controversia familiar relacionada con el divorcio o separación como acción principal y como consecuencia viene la tramitación de la guarda y custodia de los hijos así como la pensión alimenticia, es imprescindible que se tomen en cuenta diversas soluciones que puedan ayudar a que estos conflictos se solucionen de forma adecuada sin más complicaciones de las que ya existen.

Cuando los padres deciden separarse cualquiera que sea el motivo, en medio de todas las cuestiones legales y la situación emocional de los miembros de la familia, no se le da suficiente importancia y requiere de un adecuado manejo para sobrellevarla, es la vivencia que los hijos tienen sobre esta separación.

Se enfocará en este caso a la importancia que tiene el resolver de forma armónica los conflictos familiares, para evitar que la ruptura de la unión de los progenitores sea devastador para los hijos. Desde el momento en que los ascendientes deciden separarse, los hijos son los que sufren las consecuencias de esta decisión, por lo que es de vital importancia prestar atención en este grupo vulnerable y que los padres toman poca importancia a los sentimientos de sus propios hijos.

Muchos son los asuntos en donde los hijos son utilizados como instrumentos de manipulación o de venganza para afectar y lastimar emocionalmente al progenitor que no tenga a su cuidado a éste y que se sujete a un régimen de visitas, en el mejor de los casos.

Es importante destacar que si se tomara en cuenta o incluso hubiese la posibilidad de reglamentar, que fuese obligatorio para todos y cada uno de los miembros del grupo familiar que está por desintegrarse, el tomar una terapia psicológica cuya finalidad sea lograr acuerdos para una separación diplomática sin guardar sentimientos negativos (como venganza, rencor, olvido, odio, resentimiento, antipatía, culpabilidad, etc.); que sólo ocasionan un mayor distanciamiento y complicaciones en las controversias de orden familiar, y en el caso de los hijos que logren superar la separación de los padres, sería un gran avance para la sociedad mexicana.

La familia es el grupo social en el que el niño se siente seguro, y sus modelos a seguir son los padres, por lo que para él, es sumamente importante contar con la presencia de la madre y del padre para su desarrollo. La coexistencia entre ellos es determinante para el comportamiento de los hijos. Debido a los años de cuidado que requiere el infante para lograr su independencia, crea vínculos afectivos fuertes y duraderos, por lo que si estos vínculos son fracturados implican un “*duelo doloroso*”¹⁵⁶ y complejo, lo que conlleva a una nueva adaptación a la situación familiar que se le presenta.

Implica para los hijos, adaptarse a un nuevo estilo de vida en el que sus padres ya no viven juntos, por lo que la fractura de esa relación familiar trae consecuencias en los aspectos familiares, personales, económicos y sociales por lo que se busca que el duelo por la pérdida de la unión familiar se facilite para los niños y sufran lo menos posible este conflicto.

Puede ocasionar la disolución del lazo familiar, la aparición de una serie de sentimientos que pueden influir en su vida personal, social y emocional que pueden llegar a ser factores de riesgo, si no se les da el tratamiento adecuado.

Ante la separación de los padres, en los pequeños pueden surgir diversos pensamientos como “la angustia, la ansiedad, la inseguridad, la culpabilidad y diversos temores sobre su futuro”,¹⁵⁷ sentimientos que pueden afectar su sano crecimiento.

¹⁵⁶<http://sparta.javeriana.edu.co/psicologia/publicaciones/actualizarrevista/archivos/Rev%20Universitas%20Psichologica%207-2-03.pdf> Consulta 06 de abril de 2010.

¹⁵⁷ *Idem.*

Garantiza la estabilidad familiar un sano desenvolvimiento en los hijos, aunque hoy en día, los divorcios se han ido incrementando por lo que es necesario establecer nuevas medidas para asegurar la convivencia de los menores con ambos padres.

Con el apoyo de un especialista en Psicología, es posible que los juicios se puedan llevar con más cordialidad y se logren generar múltiples acuerdos, para que puedan considerarse nuevas figuras jurídicas en el sistema legal mexicano.

4.6. Causas de Procedencia

Comúnmente en la práctica, la guarda y custodia de los menores es otorgada en la mayoría de los casos a la madre, por considerarla capaz de tener el mayor cuidado y protección con sus hijos, dada su naturaleza maternal, sensible, dedicada y delicada.

En un 90% de los juicios tramitados ante los Jueces Familiares, relacionados con separaciones o divorcios la custodia es otorgada a la madre. En casos excepcionales se otorga la custodia de los hijos al padre, ya que la situación económica no determina a quién de los progenitores se otorga esta responsabilidad y derecho. Sujetando al progenitor que no tiene la custodia de los hijos a un régimen de visitas en muchas ocasiones riguroso y difícil de efectuar, debido a que no se consideran las circunstancias que imposibilitan a cumplir con determinados horarios.

Algunos juristas, los mismos padres separados o divorciados y otros sectores de la sociedad, consideran que esta medida es discriminatoria y atenta contra los derechos humanos, ya que la Carta Magna establece la igualdad de hombres y mujeres ante la ley, garantía establecida en el artículo Cuarto Constitucional, por lo que en la práctica en los Juzgados de lo Familiar, en cuanto a materia de guarda y custodia se refiere, no se cumple con esta garantía Constitucional.

Por esa razón se inquiere día a día en dictar nuevas leyes que permitan lograr el equilibrio en la sociedad, evitando discriminaciones que vulneren las esferas de protección de los ciudadanos.

El que la mujer ha logrado abrirse camino y ha tenido triunfos invaluable, no significa dejar de lado al varón, ya que también ha contribuido al reconocimiento de los méritos de la mujer.

No debe perderse de vista, que se necesita mantener la justicia, la equidad y otros principios fundamentales en la impartición de justicia, sobre todo la imparcialidad, para que el juzgador pueda resolver conforme a derecho.

Se debe garantizar el bienestar del menor, tomando como referencia el interés superior del niño, creando medidas que permitan su sano desenvolvimiento, como lo es el poder convivir con ambos padres, ya que para los niños es importante contar con la presencia de sus progenitores en las distintas etapas de su vida. A continuación podemos mencionar algunas circunstancias en las que puede ser viable la *“custodia alternativa”*.

4.6.1. Divorcio Voluntario

Actualmente, la disolución del matrimonio, es la forma de solucionar los conflictos que se derivan de una relación matrimonial. El divorcio es una solución hasta cierto punto factible una vez que los esposos mantienen una relación insostenible y culmina con la ruptura del vínculo matrimonial una vez dictada la Sentencia de divorcio, los deja en posibilidad de contraer nuevo matrimonio civil.

Con las recientes reformas, publicadas en la Gaceta Oficial para el Distrito Federal No. 434, de fecha 03 de Octubre de 2008, realizadas al Código Civil para el Distrito Federal, desaparece la figura del divorcio necesario creando una nueva, lo que se le conoce como “Divorcio incausado”. Para tramitar este tipo de divorcio, basta la sola manifestación de voluntad por uno o por ambos cónyuges para poner fin al vínculo nupcial que los unía.

Permaneciendo la figura del Divorcio voluntario por vía administrativa, el cual debe de entenderse como la forma de disolución del vínculo matrimonial, por la que pueden optar los esposos, cuando no desean exponer la causa o razón específica por la que desean romper el vínculo matrimonial que los une, y una vez reuniendo los requisitos que establece la ley pone fin al matrimonio.

Derivado de las recientes reformas también desaparece la figura del Divorcio voluntario por vía judicial, ya que los legisladores de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal derogaron el contenido del artículo 273 del ordenamiento antes mencionado.

El artículo 266 del ordenamiento citado, antes de las reformas del 2008, establecía lo siguiente:

Artículo 266. El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Se clasifica en voluntario y necesario. Es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges, y se substanciará administrativa o judicialmente, según las circunstancias del matrimonio. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 de este Código.

Aparte de señalar que el divorcio disuelve la unión marital, también marcaba la clasificación del divorcio en voluntario y necesario, misma que desaparece con las modificaciones hechas a este artículo.

Con las reformas publicadas en la Gaceta No. 434 del 2008, mencionada anteriormente el artículo 266 quedó como sigue:

Artículo 266. El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo. Solo se decretará cuando se cumplan los requisitos exigidos por el siguiente artículo.

Se reproduce a continuación el artículo 272 del código citado, referente al Divorcio voluntario por vía administrativa, el cual aún subsiste:

Artículo 272. Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el Juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior. Si se comprueba que

los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas en las leyes.

Sin la existencia de hijos o siendo éstos mayores de edad, el divorcio administrativo procede y se resuelve con mayor facilidad, previamente acordando el reparto de los bienes sin complicaciones, para que el Juez del Registro Civil levante el Acta correspondiente. Este tipo de divorcio puede tramitarse debido a que no surge controversia familiar alguna.

DIVORCIO INCAUSADO

Difundió la Gaceta Oficial del Distrito Federal No. 434, de fecha 03 de octubre de 2008, la nueva redacción del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual quedó como sigue:

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

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

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

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

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

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

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

Se eliminaron las 21 causales para solicitar el divorcio, algunos jurisconsultos llaman a la nueva modalidad del como “Divorcio Incausado”, en la que la

disolución del vínculo matrimonial se realiza con mayor facilidad, en menos tiempo y presentando junto con la Demanda de divorcio un Convenio donde se constituyen las cláusulas referentes con la guarda y custodia de los hijos, la pensión alimenticia y la división de los bienes.

Pudiendo optar incluso por la “*custodia compartida*”, misma figura que se propone denominar como “*custodia alternativa*”. Es importante mencionar esta reforma, porque se eliminaron las 21 causales existentes del divorcio en la legislación local, lo que da como resultado que la tramitación sea efectiva y expedita, de igual forma se destaca la celebración del convenio, por aprobar que prevalezca el acuerdo de voluntades.

Al momento de suprimir las causales del divorcio e instaurar un convenio en donde se plasme la voluntad de los excónyuges y si no existe controversia alguna ni por los hijos ni por los bienes, se puede considerar como una modalidad de divorcio voluntario, aunque no está expreso se entiende tácitamente.

4.6.2. Divorcio Necesario

4.6.2.1 Causales de Divorcio en las que puede proceder

Las recientes modificaciones divulgadas en la Gaceta Oficial para el Distrito Federal No. 434, de fecha 03 de Octubre de 2008, se derogaron las 21 causales de divorcio que establecía el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal modificando en su totalidad el contenido del artículo antes mencionado, con la finalidad de que el proceso de divorcio sea con mayor rapidez estableciendo una hipótesis como causal del mismo, la sola manifestación de la voluntad para poder tramitar la demanda de divorcio, de igual forma se solicita como requisito presentar junto con la misma un convenio donde establezcan una serie de requisitos que señala el artículo citado.

Por estas reformas desaparece la figura del divorcio necesario creando una nueva, lo que se le conoce como “Divorcio incausado”, denominándolo también de forma común o “vulgar” como “Divorcio Express”.

Derivado de lo anterior también desaparece la figura del Divorcio voluntario por vía judicial, los legisladores de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal derogaron el contenido del artículo 273 del ordenamiento antes aludido. Asimismo, se modificó el contenido del artículo 266, suprimiendo la clasificación del divorcio en voluntario y necesario. Se transcribe el artículo 267 del código civil local, tal cual existía antes de las reformas del 2008, en donde se establecían las 21 causales para tramitar el divorcio necesario:

Artículo 267. Son causales de divorcio:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- II. El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia;
- III. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando él mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él;
- IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;
- V. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;
- VI. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada;
- VII. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;
- VIII. La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses;
- IX. La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos;
- X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que proceda la declaración de ausencia;
- XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos;
- XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el Artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del Artículo 168;
- XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;
- XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada;
- XV. El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desaveniencia;
- XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;

XVII. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este Código;

XVIII. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar;

XIX. El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desaveniencia;

XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge; y

XXI. Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este Código.

La anterior enumeración de las causales de divorcio, es de carácter limitativo; por tanto, cada causal es de naturaleza autónoma.

Categóricamente se puede apreciar que la eliminación de las causales del divorcio se hizo con la finalidad de evitar investigar a fondo al momento de interponer alguna de éstas, debido a que se tenía que probar la existencia de la causal para acreditar la acción del cónyuge demandante; al prescindir de las mismas se logra que la indagación ya no se realice y ese tiempo se suprima para agilizar el trámite restando importancia a la causa por la que se decide la separación.

Dogmáticamente se puede observar que en las demás entidades federativas del país mexicano, aún existen las causales para gestionar el divorcio, lo que permite el surgimiento de una propuesta que pueda ser considerada como una base facilitando la posibilidad de aportar nuevos lineamientos que contribuyan a mejorar una futura reforma en las leyes locales de éstas.

Por lo que es posible contemplar algunas causales de divorcio en las que se podría aplicar la *“custodia alternativa”*, valorándose algunas como el adulterio debidamente probado, la separación injustificada del hogar conyugal, la separación de los cónyuges por determinado tiempo, si por alguna razón se elige el método de fecundación asistida sin el consentimiento del cónyuge, entre otras similares; por considerar que son causales que no necesariamente tienen que impedir la convivencia de los hijos con ambos padres, al no presentarse riesgos inevitables que imposibiliten una sana convivencia con éstos, no perdiendo de vista que están vigentes en los Estados de la República.

4.7. Causas de Improcedencia

La “*custodia alternativa*” no sería una opción viable principalmente si no existe un acuerdo de voluntades entre los excónyuges, para poder mantener la cordialidad frente a sus hijos, sin que la separación motive discusiones que impidan una saludable convivencia con los menores.

Otra situación lamentable en algunos grupos familiares es la violencia familiar, tanto física como moral, surge por el conflicto que coexiste entre sus miembros, en donde las principales víctimas que la sufren son los hijos y las mujeres; en casos excepcionales también los hombres.

Se ha hecho necesaria la intervención del Estado para resolver los conflictos que surgen en el interior de las familias que son afectadas por la violencia familiar, lo realiza a través de la creación de normas e instituciones jurídicas o centros de apoyo, que sirven para regular las relaciones entre sus miembros y castigar las conductas violentas de quienes ejercen el poder sobre los más desprotegidos, quienes en la mayoría de los casos son las mujeres, los hijos menores de edad y hasta los ancianos.

4.7.1. Violencia Familiar

Una circunstancia lamentable y que no es digna de mencionarse es la violencia familiar que viven algunas familias de la sociedad mexicana. En muchos lugares del mundo hay incontables víctimas de actos violentos, que día a día nos transmiten los medios de comunicación, informando sobre el incremento de estos deplorables acontecimientos.

La violencia ocasiona daños físicos y psicológicos, que producen una gran afectación a las personas que son víctimas de estas situaciones, entre las que se incluyen el maltrato a los menores, a la mujer incluso a los ancianos.

El Estado, se ha visto en la necesidad de intervenir regulando las conductas violentas imponiendo las sanciones necesarias para quienes dañen a integrantes del grupo familiar e impidan un desarrollo armónico de ésta. En la Ciudad de

México se creó el Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar (CAVI), el cual depende de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, institución que proporciona servicios especializados a víctimas de violencia familiar.

Debido a la importancia de reglamentar esta situación, en el año 2000, se llevaron a cabo reformas en cuanto a violencia familiar se refiere, en el Código Civil para el Distrito Federal; para regular los efectos civiles que produce la violencia por ejemplo, al momento de decretar una guarda y custodia de menores, los efectos jurídicos de la suspensión o pérdida de la patria potestad sobre los hijos, los accidentes entre los cónyuges, etc.; se realizan con la finalidad de proteger fundamentalmente a los integrantes más vulnerables de ésta.

Hace mención sobre la violencia familiar la ley local en diversos artículos, en especial se establece un capítulo para referirse a esta situación, por citar algunos como el 323 Ter, en donde se busca prevenir la violencia familiar; 323 Quáter, define a la violencia familiar como aquel acto u omisión intencional para someter, controlar, agredir a cualquier integrante de la familia dentro o fuera del domicilio causando daños severos. La violencia puede ser física, psicoemocional, económica o sexual.

El artículo 323 Quintus describe que también se trata de violencia la llevada a cabo en contra de la persona que está sujeta a guarda y custodia que vivan en la misma casa; el 323 Sextus establece que deben reparar los daños y perjuicios quienes ocasionen la violencia familiar. El 444 señala que se pierde la patria potestad por una resolución judicial en casos de violencia familiar en contra de un menor de edad, entre otros supuestos.

Se hace alusión en diversos artículos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal sobre la violencia familiar, pero cabe destacar el artículo 941, porque faculta al Juez de lo Familiar para que actúe de oficio en asuntos relacionados con violencia familiar y se transcribe a continuación:

Artículo 941. El Juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros. En todos los asuntos del orden familiar los Jueces y Tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus

planteamientos de derecho. En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.

4.7.2. Causales de Divorcio en las que no puede proceder

Al derogarse las veintiún causales del divorcio en el Distrito Federal en el año 2008, sólo quedaron subsistentes las contempladas en las leyes de los Estados de la República Mexicana; se llevaron a cabo con el objetivo de tramitar de forma expedita el divorcio, agilizando y dictando la Sentencia en el menor tiempo posible.

Es posible contemplar una propuesta que pueda tomarse en cuenta y funcionar como base o apoyo para las legislaciones civiles futuras de las Entidades Federativas y complementar estas leyes para perfeccionar el sistema legal.

Podría especularse sobre algunas causales de divorcio en las que no procedería la *“custodia alternativa”*, estimándose algunas como si uno de los cónyuges obliga al otro a prostituirse, a incitar a cometer un delito, a corromper a los hijos, obligar al uso de sustancias ilícitas, decir calumnias, injurias o amenazas graves, cuando padezca una enfermedad incurable, contagiosa o de trastorno mental, alcoholismo o hábitos de juego que amenacen con causar la ruina de la familia, la violencia familiar, entre otras que puedan representar una inminencia grave y constante para la familia.

Definitivamente son causales que impiden la convivencia de los hijos con los padres, porque no son aptos para continuar viéndolos o hacerse cargo de ellos, al presentarse riesgos inevitables que ponen en peligro la vida del menor, lo que imposibilita una sana convivencia con éstos. No debe perderse de vista que aún están vigentes en los Estados de la República Mexicana.

4.8. La realización de un convenio que regule el acuerdo de los padres que soliciten la Guarda y Custodia Alternativa

El acuerdo de voluntades es fundamental para la elaboración de un adecuado convenio en cualquier rama del Derecho. En este caso, sería un avance en materia familiar lograr que las parejas que se separan o se divorcian formulen convenios apropiados cuando existen hijos, así reducir el sufrimiento de éstos motivado por la decisión de sus padres de separarse.

Se le puede definir al convenio como “el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”,¹⁵⁸ concepto estipulado en el Código Civil para el Distrito Federal.

Para la “custodia alternativa”, se propone la elaboración de un convenio eficaz, tomando en consideración el entorno del menor para tomar las decisiones más acertadas en cuanto a guarda y custodia de los menores se refiere.

4.9. Propuesta para proporcionar seguridad jurídica en Materia Familiar a las partes

Los vacíos legales son evidentes en materia de guarda y custodia de menores en la legislación mexicana, pretendiendo llenar esos vacíos se crean nuevas figuras jurídicas complementándose con nuevas reformas y de esta forma subsanar las lagunas existentes en las leyes, como es en el caso del Código Civil para el Distrito Federal, porque las controversias del orden familiar son un verdadero compromiso, sobre todo al momento de decidir quien se hará cargo de los hijos, que son utilizados en la disputa familiar como medio de confrontación en las separaciones o divorcios de los progenitores.

Se considera fundamental la convivencia del menor con ambos ascendientes, ya que por lo regular, en tribunales civiles locales es a la madre a quien se le

¹⁵⁸ Agenda Civil del Distrito Federal. *Código Civil para el Distrito Federal*, Compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia, Ediciones Fiscales ISEF, S. A., México, 2010.

otorga la guarda y custodia de los hijos, sometiendo al padre a un régimen de visitas que pocas veces se respeta.

Proporcionar la custodia de los hijos automáticamente a la madre genera problemas de índole constitucional y conflicto con las leyes locales bajo el argumento de orden natural o de género, debido a que atenta contra los principios de igualdad en el proceso, ante la ley e imparcialidad, vulnerando los derechos de los padres y los hijos.

Los artículos 1º y 4º de la Constitución establecen las garantías a la no discriminación e igualdad ante la ley entre hombre y mujer, cualquier situación o Institución que muestre preferencia por razón de sexo, ya sea la ley o las autoridades encargadas de la impartición de justicia, estarán reflejando violación a los derechos humanos y a las garantías individuales.

Es factible notar que en los Juzgados de lo Familiar, algunas de las Sentencias donde se determina la guarda y custodia de los menores llevan implícitas prácticas de discriminación hacia los padres, por lo que surge la “Custodia compartida” como una solución a este tipo de desigualdad legal, accediendo a que haya más equidad al instante de dictar la Sentencia correspondiente. A continuación se reproduce una tesis que contempla los elementos a considerar para fijar la Custodia compartida:

Registro No. 171206
Localización: Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXVI, Octubre de 2007
Página: 3120
Tesis: I.3o.C.645 C
Tesis Aislada
Materia(s): Civil

CUSTODIA COMPARTIDA PREVISTA EN LOS ARTÍCULOS 282, FRACCIÓN V Y 283 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, ELEMENTOS QUE DEBEN TOMARSE EN CUENTA PARA DECRETARLA.

De la exposición de motivos contenida en la iniciativa de reforma al Código Civil para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal el seis de septiembre de dos mil cuatro, en materia de guarda y custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad, con motivo de los cuales se reformaron los artículos 282, fracción V y 283, segundo párrafo, ambos del Código Civil para el Distrito Federal, mediante la cual se instituyó la figura jurídica denominada custodia compartida se advierte que el legislador tuvo

la finalidad de armonizar los derechos de los ascendientes y otros parientes con los menores porque éstos tienen una esfera de protección insuficiente y precaria, que los convierte en sujetos en condiciones de vulnerabilidad y en algunas situaciones en desventaja social; al respecto, se tuvieron en cuenta las diferentes situaciones de la realidad social, como cuando ambos progenitores ejercen la patria potestad, pero uno solo de ellos tiene la guarda y custodia de los hijos menores de edad o cuando cada uno de los progenitores tiene la guarda y custodia de uno o varios menores; esto es, que la madre la ejerce sobre uno o varios hijos y el padre sobre otro u otros diversos; de acuerdo con ello, el contenido de las normas civiles vigentes tienen como principio rector el interés superior de los menores para armonizar los legítimos derechos del padre y de la madre; todo ello sin menoscabo del bienestar de los menores y velando por el cumplimiento de sus deberes escolares y sus derechos regulados en la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal, como en la Ley de las y los Jóvenes del Distrito Federal, y tal normatividad establece que se debe privilegiar en la medida de lo posible y siempre y cuando ello no implique un riesgo para los menores, la procedencia de la custodia compartida, tomando en cuenta, en su caso, la opinión del menor, y que literalmente el artículo 283 referido establece que debe procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en donde el vocablo en lo "posible" implica posibilidad, facultad, que puede ser o suceder, y se traduce en que los juzgadores deben determinar atendiendo a las circunstancias particulares del caso, observando los factores antes destacados, cuándo procede la custodia compartida para que los hijos permanezcan de manera plena e ilimitada con ambos padres. Para el segundo supuesto, relativo a la permanencia plena e ilimitada de los hijos con ambos padres, se deben atender diversos aspectos, tales como la situación familiar que impera en el entorno del menor, el trato o la relación que guardan los padres entre sí, las circunstancias que en su caso dieron origen a la separación o al divorcio, la conducta de éstos para con los menores, cuestiones tales como el lugar de residencia de los padres, el de la escuela del menor, la facilidad de traslado para estos lugares, además de las diversas actividades que pudiera realizar el menor, en donde además debe ponderarse que habrá situaciones en las que pudiera ser procedente decretar la custodia compartida y otras en que por las circunstancias particulares del asunto no será posible determinar que los hijos permanezcan plena e ilimitadamente con ambos padres, de lo cual se obtiene que aquélla no se concreta únicamente con la permanencia de los menores con ambos padres, pero sí con los demás elementos inherentes a la custodia, como son la participación de ambos padres en la toma de decisiones de las cuestiones relevantes que incidan en la protección y desarrollo físico y espiritual de los hijos, así como en la satisfacción conjunta de la totalidad de las necesidades de éstos, todo ello aunado al derecho de convivencia con los hijos, de relacionarse con ellos, de estar al corriente de su vida y educación y sobre todo de participar activamente en la toma de las decisiones inherentes a su mejor desarrollo, relativas a su educación, formación moral y al control de sus relaciones con otras personas. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 189/2006. 13 de julio de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Everardo Maya Arias.¹⁵⁹

¹⁵⁹<http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/UnaTesislnkTmp.asp?nIus=171206&cPalPrm=GUARDA,CUSTODIA,DE,MENORES,&cFrPrm=> Consulta 09 de abril de 2010.

Indubitablemente no se ha aceptado la denominación de Custodia compartida por ello se propone a la *Custodia Alternativa*, como un concepto más idóneo, que es adecuado para analizar, debido a que los legisladores, al ejecutar una serie de reformas que crean inconvenientes para los abogados y los jueces, traen como consecuencia el origen de la inseguridad jurídica.

Además, los legisladores no proporcionan elementos suficientes para la adecuada aplicabilidad de la Custodia compartida y no se provee de herramientas jurídicas necesarias para que el abogado, las partes y el Juzgador puedan examinarlas, estudiarlas y utilizarlas apropiadamente apegándose a Derecho. Con las transformaciones y reformas actuales, poco a poco la inseguridad jurídica comienza a generarse, lo que induce una situación de crisis en el sistema.

Evidentemente es necesario dejar de lado ideas añejas y poner en práctica criterios racionales que permitan a los seres humanos llegar a acuerdos como seres pensantes que son. Tomando en cuenta que los legisladores del Distrito Federal instan por dejar la figura de la Custodia compartida en la ley local, es preciso ajustar y proponer formas de proceder en la aplicabilidad de ésta para soslayar vacíos en las leyes. Como resultado surge una propuesta que podría ser viable y en un futuro hasta ser discutida por los legisladores en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

4.10. Iniciativa de Reforma al Código Civil para el Distrito Federal y al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

INICIATIVA POR LA QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES.

PRIMERO: Se reforman la fracción II, del Apartado B del artículo 282, y se reforma el artículo 283 Bis y se adiciona un párrafo, se adiciona el artículo 283 Ter, todos del Código Civil para el Distrito Federal para quedar como sigue:

Artículo 282. Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; asimismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas

subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:

A. De oficio:

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

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

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

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

B. Una vez contestada la solicitud:

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

II. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo éstos solicitar la custodia alternativa mediante convenio. Las clases de custodia son: custodia tradicional y custodia alternativa.

En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad. Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

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

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

V. Las demás que considere necesarias.

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

Por custodia alternativa se entenderá como aquella opción por la que pueden optar los progenitores con previo acuerdo de voluntades para el cuidado, bienestar y protección de los hijos, que les concede facultades y deberes que ejercerán los progenitores después de la separación o el divorcio, alternando tiempos prolongados para convivir con ellos, los cuales se fijarán en un convenio regulador. Es importante aclarar que no significa repartir el tiempo del menor entre los progenitores, sino que es repartir las responsabilidades para con el menor y continuar con la constante comunicación y convivencia de los progenitores con el menor, tomando como base el interés superior del menor.

Artículo 283 Ter. *En caso de que los padres opten por la custodia alternativa, debe considerarse primordialmente el acuerdo de voluntades entre ambos para evitar futuras inconformidades. Las modalidades pueden ser:*

a) Custodia Física Conjunta

-Por períodos prolongados de tiempo con el menor.

-Una residencia establecida para el menor, mudanza por tiempos determinados para los progenitores.

b) Custodia Legal Conjunta.

- Una residencia establecida para el menor con uno de los progenitores, ambos tienen las mismas responsabilidades y facultades de decisión para con el menor.

-Convenio Regulador sin fijar límites de tiempo.

La custodia alternativa sólo será establecida en un convenio regulador que apruebe el Juez de lo Familiar.

SEGUNDO: Se reforma y se adiciona el artículo 941 Bis, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal para quedar como sigue:

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

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

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

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

IV. Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor.

V. Cuando cambie de domicilio el ascendiente que conserva la guarda y custodia, éste tiene la obligación de informar al Juez y a quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia.

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

VII. En caso de que los progenitores opten por la custodia alternativa, se establecerá como requisito el acuerdo de voluntades para elaborar el convenio regulador. En caso de desacuerdo o violencia familiar, la custodia alternativa no procederá.

VIII. El convenio regulador puede ser modificado o cancelado en cualquier momento por las partes, optando por la otra clase de custodia.

IX. El convenio regulador deberá ser aprobado por el Juez de lo Familiar mediante Sentencia.

X. Con la finalidad de proteger y garantizar el desarrollo del menor, los progenitores deberán comprobar la adecuada manutención del mismo, ya sea que se opte por la custodia tradicional o la custodia alternativa.

XI. Para poder dar cumplimiento a la fracción anterior, cada seis meses los progenitores acudirán ante el Juez de lo Familiar, por vía incidental para:

- a) Exhibir los comprobantes necesarios que muestren que se desempeña con lo establecido en el artículo 267 fracción III, 301,303,311 y demás relativos, del Código Civil para el Distrito Federal; en materia de alimentos relacionados con el calzado, el vestido, los alimentos, etc., del menor.**
- b) Asimismo, deberán presentar un Certificado Médico del menor, para asegurar que no padezca desnutrición o alguna otra enfermedad.**
- c) Exhibir el Comprobante escolar, para constatar que el menor continúa con sus estudios.**
- d) Se pueden excentar los gastos que no puedan comprobarse.**
- e) También, para garantizar el futuro del menor, los bienes que algunos de los padres desee dejarle o en su caso el porcentaje que le corresponda, se debe estipular y detallar a nombre del menor, en el convenio regulador, para que cuando tenga la mayoría de edad tome posesión de los mismos, administrándolos de forma adecuada el progenitor que se designe para ello, sin importar la modalidad de custodia por la que se opte.**

XII. Si existe alguna irregularidad se dará vista al Ministerio Público y al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal para que dé seguimiento y se corrija la inconsistencia originada en beneficio del menor.

En caso de no cumplir con lo establecido con anterioridad, se estará a las sanciones del artículo 73 y 73 Bis del presente ordenamiento.

CONCLUSIONES

1. La Familia ha jugado un papel importante a través de la historia, es el núcleo fundamental de la sociedad, por ser valiosa, el Estado busca su protección creando leyes que salvaguarden los intereses y el bienestar de sus miembros, sobre todo de los más vulnerables, como es el caso de los menores de edad.
2. El Derecho de Familia es la rama del Derecho Civil, encargada de estudiar las normas jurídicas referentes a las controversias familiares, las cuales son de orden público e interés social.
3. Se estipula que el matrimonio es un acto jurídico solemne, como requisito contempla el acuerdo de voluntades, por lo que constituye un contrato y surte efectos jurídicos si es celebrado conforme a las leyes establecidas, es laico y únicamente válido ante la ley civil, por lo que se adquieren derechos y obligaciones reconocidas por ésta.
4. Derivada del vínculo filial entre los padres, la patria potestad es una Institución que relaciona a los ascendientes y descendientes. Potestad concedida a los progenitores como medio para cumplir con sus obligaciones respecto a la guarda, custodia y educación de sus hijos, hasta que cumplan la mayoría de edad.
5. El divorcio es la disolución del vínculo matrimonial, que tiene la finalidad de resolver algunos de los conflictos familiares que se presentan, si la pareja ya no puede continuar con la unión.
6. Actualmente la tramitación del divorcio es con mayor prontitud, por la eliminación de las 21 causales, a esta nueva modalidad se le ha denominado "Divorcio Incausado". Al presentar la demanda junto con un convenio estableciendo el acuerdo de voluntades de los excónyuges y al no existir controversia, tácitamente se entiende como una clase de divorcio voluntario. También puede tramitarse de forma voluntaria por vía administrativa, siempre que no existan hijos.
7. Durante y después de la tramitación del divorcio, si existen hijos, debe vigilarse con estricto apego a derecho el bienestar de los menores de edad, en donde el interés superior del niño es primordial, para que los mismos convivan con ambos padres aún cuando ya no vivan juntos.

8. Visiblemente procede la guarda y custodia de los menores la cual supone una serie de deberes y responsabilidades del adulto con respecto al menor, otorgada en una Sentencia, para vigilar el adecuado desarrollo del mismo.

9. Un Régimen de Visitas, se piensa poco efectivo, ya que por estar sujeto alguno de los padres a éste, por lo estricto de los horarios que se acentúan, es difícil lograr una convivencia fluida y continua con el menor, razón por la cual se considera ineficiente.

10. *Custodia Compartida* es un nuevo concepto incorporado en la legislación civil del Distrito Federal, con la finalidad de buscar soluciones que permitan a los hijos convivir con sus dos progenitores, aunque fue incompleta su regulación.

11. Resulta complejo proponer nuevas alternativas jurídicas, ya que se está expuesto a la crítica, pero es necesario tomar los riesgos y con ello las consecuencias que puedan producirse al mostrar nuevas tendencias jurídicas, como lo es la *Custodia Alternativa*.

12. Garantizando la seguridad jurídica que debe ofrecerse a la sociedad, tomando como base el interés superior del niño, se propone un novedoso concepto en materia de guarda y custodia de menores, *Custodia Alternativa*, el cual permite denominar a la nueva clase de custodia y estableciendo las pautas que permitan su aplicación, y en su momento pueda ser posible hacerla llegar a los legisladores, por lo que se muestra el proyecto de **INICIATIVA POR LA QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES**, en la que:

PRIMERO: *Se reforman la fracción II, del Apartado B del artículo 282, y se reforma el artículo 283 Bis y se adiciona un párrafo, se adiciona el artículo 283 Ter, todos del Código Civil para el Distrito Federal.*

SEGUNDO: *Se reforma y se adiciona el artículo 941 Bis, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.*

BIBLIOGRAFÍA

1. BAQUEIRO ROJAS, Edgard, etal. *Derecho de Familia*, Editorial Oxford University Press, México, 2008.
2. BERNAL, Beatriz y José de Jesús Ledesma. *Historia del Derecho Romano y de los Derechos neorromanistas: desde los orígenes hasta la Alta Edad Media*, 12ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004.
3. BENA SESMA, Ingrid. *Intervención del Estado en la tutela de menores*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994.
4. BUENDÍA, José. *Familia y Psicología de la Salud*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1999.
5. BURGUIERE, André, etal. *Historia de la Familia, Mundos lejanos, Mundos antiguos*. Tomo I, Alianza Editorial, Madrid, España, 1986.
6. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Guardia y custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho. Procesos declarativos especiales en la LEC*, Práctica de la Ley, La Ley Grupo Wolters Kluwer, España, 2007.
7. CASTRO JUVENTINO V. *Garantías y Amparo*, 7ª edición, Editorial Porrúa, México, 1991.
8. CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M. *Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, México, 2004.
9. CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho: Derecho de Familia y relaciones jurídicas familiares*, Editorial Porrúa, México, 1997.
10. CRUZ BARNEY, Oscar. *Historia del derecho en México*, 2ª edición, Editorial Oxford University Press, México, 2004 y 2009.
11. DE PINA, Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mexicano: introducción, personas, familia*; Porrúa, México, 2000.
12. DE LA TORRE RÁNGEL, Jesús Antonio. *Lecciones de Historia del Derecho Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 2005.

13. DEL BRAVO, María Antonia. *La Familia en la Historia. Propuestas para su estudio desde la "nueva" historia cultural*. Editorial Encuentro ediciones, S.A., Madrid, 2000.
14. FLEITAS ORTÍZ DE ROZAS, Abel M. *Derecho de Familia: métodos de enseñanza: casos y otras variantes*, 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002.
15. GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. *Derecho privado romano: casos, acciones, instituciones*, 13ª edición, Ediciones Académicas, S. A., Madrid, España, 2004.
16. GÓMEZ FRODE, Carina. *Derecho Procesal Familiar*, Editorial Porrúa, México, 2007.
17. GÓMEZ LARA, Cipriano. *Derecho Procesal Civil*, Editorial Oxford University Press, México, 2005.
18. GONZÁLEZ, Ma. del Refugio. *Historia del Derecho Mexicano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1981.
19. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho Civil para la Familia*, Editorial Porrúa, México, 2004.
20. HERNÁNDEZ-TEJERO, Jorge Francisco. *Lecciones de Derecho Romano*, 6ª. Edición, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1994.
21. IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 11ª edición, Editorial Ariel, S.A.; Barcelona, España, 1993.
22. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Historia del Derecho Mexicano*, Colección Textos Jurídicos, Editorial IURE Editores, México, 2006.
23. LOZANO CORBÍ, Enrique. *Historia e Instituciones de Derecho Romano*, Mira Editores, España, 1999.
24. LOZANO RAMÍREZ, Raúl. *Derecho Civil, Derecho Familiar*, Tomo I, Editorial PAC, México, 2005.
25. LLEDO YAGÜE, Francisco, et al. *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Editorial Dykinson, Madrid, 2002.

26. MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Tomo III, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
27. MARGADANT S., Guillermo Floris. *El derecho privado romano: como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 26ª edición, Editorial Esfinge, México, 2001.
28. MARGADANT, S., Guillermo Floris. *Panorama de la Historia Universal del Derecho*, 7ª edición, Porrúa, México, 2002.
29. MARGADANT, S., Guillermo Floris. *Panorama de los Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1997.
30. MARTIN REIG, Marisol. *El Divorcio en México: Alternativa entre dos muertes*, CIA. General de Ediciones, México, 1979.
31. MEDINA, Graciela. *Daños en el Derecho de Familia*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2002.
32. MIZRAHI, Mauricio Luis. *Familia, Matrimonio y Divorcio*, Editorial Astrea de Alfredo, Ciudad de Buenos Aires, 2001.
33. MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho de Familia y de Menores*, octava edición, corregida, aumentada y actualizada, Librería del Profesional, Bogotá, 2003.
34. MORINEAU IDUARTE, Marta y Román Iglesias González. *Derecho Romano*, 4ª edición, Editorial Oxford University Press, México, 1998.
35. PALLARES, Eduardo. *El Divorcio en México*, 6ª edición, Editorial Porrúa, México, 1991.
36. PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. *Derecho de Familia*, Mc Graw-Hill, Distrito Federal, México, 1998.
37. PÉREZ MARTIN, Antonio Javier. *Derecho de Familia: adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores: comentarios, texto legal, casos prácticos, jurisprudencia y formularios*, Lex Nova, Valladolid, 1998.
38. PÉREZ MARTIN, Antonio Javier. *Derecho de Familia. Doctrina sistematizada de la Audiencia Provincial de Barcelona*, Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2000.

39. PÉREZ MARTIN, Antonio Javier. *Derecho de Familia: el procedimiento contencioso de separación y divorcio: comentarios*, Lex Nova, España, 1998.
40. RAVINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. *Un viaje por la Historia del Derecho*, Editorial Quorum, Argentina, 2002.
41. RIVA PALACIO, Vicente. *México a través de los siglos. Tomo Primero. Historia antigua y de la Conquista*, 10ª edición, Editorial Cumbre, S. A., México, 1973.
42. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El derecho de visita*, Editorial José María Bosch Editor, S.L.; Barcelona, España, 1996.
43. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano, Derecho de Familia*, Tomo Segundo, 11ª edición, Editorial Porrúa, México, 2006.
44. ROSAS BENITEZ, Alberto. *Proyección histórica del derecho. Génesis del Derecho Medieval. Siglos de Integración*, Volumen III, Editorial Hexágono, México, 1995.
45. ROSAS BENITEZ, Alberto. *Proyección histórica del derecho. Regreso Medieval del Derecho Romano*, Volumen IV, Editorial Hexágono, México, 1995.
46. SANCHEZ MEDAL, Ramón. *Los grandes cambios en el derecho de familia en México*, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1991.
47. SIRVENT GUTIERREZ, Consuelo. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, 7ª edición, Editorial Porrúa, México, 2005.
48. SIRVENT GUTIERREZ, Consuelo y Margarita Villanueva Colín. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Editorial Oxford University Press, México, 1996.
49. SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. *Historia del Derecho Mexicano*, 3ª. Edición revisada, Editorial Porrúa, México, 1995.
50. SOTO PEREZ, Ricardo. *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, Editorial Esfinge, México, 1999.
51. STEIN, Peter G. *El Derecho romano en la historia de Europa: historia de una cultura jurídica*, [Trad. César Hornero y Armando Romanos], Editorial Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, España, 2001.

52. UGARTE CÓRTEZ, Juan. *Instituciones y Textos Iushistóricos Roma-España-México*, Colección de Ciencias Sociales, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2000.
53. VENTURA SILVA, Sabino. *Derecho Romano: curso de derecho privado*, 19ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003.
54. VILLA VERA, Judith, et al. *Teoría y Práctica de Derecho de Familia*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, Colombia, 2001.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

1. ALVAREZ DE LARA, Rosa María, colab. *Diccionario de derecho civil y de familia*, Editorial Porrúa, México, 2004.
2. *Diccionario Enciclopédico Norma-Castell*, Editorial Norma, Ediciones Castell, España, 1985.
3. *Diccionario Enciclopédico Universo. Diccionario en lengua española*, Editorial Universo, México, 1985.
4. *Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot*. 3v., Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993-1994.
5. *Diccionario Jurídico Espasa*, Editorial Espasa-Calpe, Madrid: Fundación Tomás Moro, España, 2001.
6. *Diccionario Manual Sopena. Enciclopédico e Ilustrado*, Tomo I y II, Editorial Ramón Sopena, S.A., Provenza, Barcelona, España, 1995.
7. *Enciclopedia de Historia Universal*, 2v., Editorial, Alianza, Madrid, 1980.
8. *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, 12v., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.
9. *Enciclopedia Larousse Juvenil*. 8v., 3ra. Edición, Editorial Vergara, Barcelona (España), 1978.
10. HUBER OLEA, Francisco José. *Diccionario de derecho romano; comparado con derecho mexicano y canónico*, Editorial Porrúa, México, 2000.
11. IGLESIAS-REDONDO, Juan. *Diccionario de Definiciones y reglas de Derecho Romano*, Editorial McGraw-Hill, México, 2001.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

1. Agenda Civil del Distrito Federal. *Código Civil para el Distrito Federal*, Compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia, Ediciones Fiscales ISEF, S. A., México, 2010.
2. Agenda Civil del Distrito Federal. *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, Compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia, Ediciones Fiscales ISEF, S. A., México, 2010.
3. Agenda Civil del Distrito Federal. Compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia, Ediciones Fiscales ISEF, S. A., México, 2003.
4. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Editorial Porrúa, México, 2010.
5. *Código Civil para el Distrito Federal*, Editorial Sista, México, 2001.
6. *CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO*.
7. *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, del 25 de mayo de 2000, No. 88, México, Distrito Federal.
8. *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, del 06 de septiembre de 2004, No. 90, México, Distrito Federal.
9. *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, del 02 de febrero de 2007, No. 26, México, Distrito Federal.
10. *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, del 03 de octubre de 2008, No. 434, México, Distrito Federal.
11. *IUS 2007*.

INTERNET

<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/1T4bis.htm>

<http://dof.gob.mx/>

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

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

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

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

http://es.wikipedia.org/wiki/Descubrimiento_de_Am%C3%A9rica

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

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

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

<http://es.wikipedia.org/wiki/Ni%C3%B1o>

<http://sparta.javeriana.edu.co/psicologia/publicaciones/actualizarrevista/archivos/Rev%20Universitas%20Psicologica%207-2-03.pdf>

<http://www.asambleadf.gob.mx/index2.php?pagina=191>

<http://www.asambleadf.gob.mx/is52/010805000001.pdf>

http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1914_211/Ley_sobre_el_divorcio_222.shtml

http://www.ccpmi.eu/cop/estados_unidos.htm

<http://www.cem.itesm.mx/derecho/referencia/diccionario/bodies/d.htm>

<http://www.cem.itesm.mx/derecho/referencia/diccionario/bodies/m.htm>

<http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-53.html>

http://www.sospapa.es/downloads/sospapa_custodiacompartida_en_paises_civilizados.doc

<http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

<http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=171206&cPalPrm=GUARDA,CUSTODIA,DE,MENORES,&cFrPrm=>

www.asambleadf.gob.mx/

www.bibliotecanacional.com.ar

www.cadenaser.com/articulo/sociedad/Audiencia/Madrid/anula/custodia/compartida/querian/padre/madre/csrrcsrpor/20070110csrrcsrsoc_3/Tes/

www.camaradediputados.gob.mx/

www.cimacnoticias.com/noticias/04dic/04120804.html

www.custodiacompartida.org/index2.

www.custodiacompartida.org/

www.df.gob.mx/

www.divorcioyseparacion.com/noticias/index.html

www.google.com/

www.info.juridicas.unam.mx/

www.jornada.unam.mx/

www.juridicas.unam.mx/

www.magdabandera.com/es/hemeroteca/171004vanguardia_mag.htm

www.monografias.com

www.news.yahoo.com/22/not/mex.html

www.oncetv.internext.com.mx

www.revistavertigo.com/historico/21-8-2004/reportaje5.html

www.scjn.gob.mx

www.secuestro-emocional.org/Sentencias/S-AP22-CC-Majadahonda.doc

www.separadasydivorciadas.org/custodiacompartida.pdf

www.separadasydivorciadas.org/papahuelva.pdf

www.tsjdf.gob.mx

www.unam.com.mx

OTRAS FUENTES

ZAMORA, Erika; investigadora, tema: “*Custodia Compartida*”; Programa: Diálogos en Confianza, Canal Once TV, México, 2006, 20 de abril, 9:00 hrs.

AYALA GÓMEZ, Luz María. Entrevistas realizadas a personal de los Juzgados 24 y 29 de lo Familiar, sobre el tema de “*Guarda y custodia de menores y custodia compartida*”, en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Juzgados de lo Familiar, marzo 2010.