



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**“PROPUESTA DE REFORMA AL CODIGO CIVIL VIGENTE
EN EL ESTADO DE MEXICO, EN LO REFERENTE A LA
CONVIVENCIA FAMILIAR EN EL DIVORCIO NECESARIO”**

TESIS

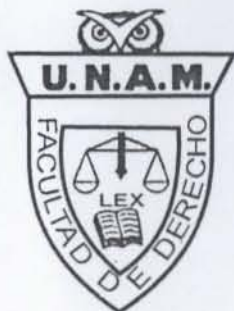
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

CITLALLI SALAZAR RINCON

ASESOR DE TESIS:

MTR. GERARDO HIERRO MOLINA



NOVIEMBRE 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.

PROPUESTA DE REFORMA AL CODIGO CIVIL VIGENTE DEL ESTADO DE MEXICO, EN LO REFERENTE A LA CONVIVENCIA FAMILIAR EN EL DIVORCIO NECESARIO.

INDICE

	Página
Resumen	5
Introducción	9

Capítulo I

Antecedentes históricos

Divorcio, patria potestad y convivencia

1.1	En el derecho Romano.	18
1.2	Referencia Judeo – Cristiana.	20
1.3	En la época prehispánica (Los antiguos mexicanos).	24
1.4	En la época colonial.	26
1.5	En la época independiente.	28
1.6	En el código civil de 1870.	29
1.7	En el código civil de 1884.	31
1.8	En la Ley del divorcio.	32
1.9	En la Ley sobre relaciones familiares de 1917	33
1.10	En el código civil del Estado de México de 1937.	35
1.11	En el código civil del Estado de México de 1956	35

Capítulo II

El divorcio

2.1	Concepto.	38
2.2	Divorcio voluntario	39
2.2.1	Convenio en el divorcio voluntario	41
2.2.2	Divorcio administrativo	43
2.3	Divorcio necesario.	44
2.3.1	Efectos del divorcio necesario con respecto a los menores.	50
2.4	Divorcio unilateral en el Código Civil para el Distrito Federal en comparación con el divorcio necesario en el Código Civil del Estado de México.	52
2.5	Comparación de las medidas provisionales de la legislación civil en el Distrito Federal y la legislación civil del Estado de México.	56
2.6	Proceso legislativo de divorcio:	
2.6.1	En Cuba.	58
2.6.2	En Chile.	60
2.6.3	En Panamá.	62
2.6.4	En los países escandinavos.	63
2.7	Medidas precautorias en el divorcio necesario con respecto a los menores	66
2.8	La pérdida de la patria potestad como sanción al cónyuge culpable en el divorcio necesario.	67

Capítulo III

La patria potestad y custodia de los menores

3.1	Concepto y aspectos de la patria potestad.	69
3.2	Características de la patria potestad.	74
3.3	Patria potestad en adopción plena y adopción simple de acuerdo a lo marcado en el código civil del Estado de México.	76
3.4	Pérdida de la patria potestad por sentencia.	80
3.5	Orden de las personas que ejercen la patria potestad.	83
3.6	Guarda y custodia en la patria potestad	84
3.7	La patria potestad en caso de separación de la pareja que la ejerce.	87
3.8	Concepto de custodia.	88
3.9	Características de la custodia	89
3.9.1	Protección y cuidado	91
3.9.2	Crianza.	92
3.9.3	Educación.	94
3.9.4	Vigilancia.	96
3.10	Efectos que se suscitan en cuanto a la custodia de los hijos en el caso de:	
3.10.1	Divorcio necesario.	97
3.10.2	Nulidad de matrimonio	99
3.10.3	De los adoptados.	101
3.10.4	De los hijos nacidos fuera de matrimonio.	102
3.11	Intervención del estado en la custodia del menor.	103

Capítulo IV

La convivencia

4.1	Concepto de convivencia, diversas acepciones:	
4.1.1	Etimológica.	108
4.1.2	Gramatical.	108
4.1.3	Jurídica.	108
4.2	Clases de convivencia:	
4.2.1	Convivencia moral.	110
4.2.2	Convivencia social.	111
4.2.3	Convivencia familiar.	112
4.3	El derecho de visita a los menores por parte del progenitor que no tiene la custodia.	117
4.4	Facultad del Juez para determinar la custodia y obligación para determinar el régimen de convivencia familiar.	119
4.5	La determinación del régimen de convivencia familiar por vía incidental.	122
	Conclusiones	127
	Bibliografía	131

Resumen

En México, se tiene registros que desde la época prehispánica, ya existía el matrimonio a prueba y la disolución del vínculo matrimonial, las causas más frecuentes eran entre otras que la mujer fuera pendericera, descuidada, estéril, y en el caso del esposo, que no pudiera mantenerla junto con sus hijos, aquí nace el primer antecedente de la custodia en México, ya que los menores quedaban principalmente al lado de la madre; también tenemos antecedentes en la época colonial donde el divorcio se rigió por el derecho canónico, y el único divorcio admitido por esta legislación era el mal llamado “divorcio separación”, y no dejaba a los cónyuges en aptitud de contraer matrimonio, quedando el cuidado de los hijos a cargo del cónyuge inocente, siempre y cuando fuera católico; así tenemos que los códigos civiles de 1870 y el de 1884 tienen como semejanza el divorcio separación; fue hasta la Ley del divorcio decretada el 29 de diciembre de 1914 por Venustiano Carranza, en donde se implementa la disolución del vínculo matrimonial, posteriormente surge la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, la cual vino a dar algunas restricciones a la anterior ley, pero de igual forma regulaba el divorcio vincular y, en cuanto a los hijos, ambos progenitores de común acuerdo manifestaban los días y horas para convivir con ellos; bajo este mismo concepto regía el Código Civil del Estado de México de 1956, el cual regulaba el divorcio tanto necesario como voluntario y administrativo, en el caso de divorcio por mutuo consentimiento, debían presentar un convenio donde establecían la designación de la persona a quien le sería confiada la custodia de los menores; cabe hacer notar que este código no hacía mención sobre la convivencia familiar, básicamente se enfocaban a lo económico, como el subvenir las necesidades de los hijos durante y después del procedimiento de divorcio.

Hoy en día sabemos que de cada dos matrimonios uno termina en divorcio y muchas de las parejas divorciadas tienen hijos menores. Los padres que se están divorciando a menudo se preocupan por sus intereses personales como pareja y dejan fuera en ese momento el bienestar de los hijos, esto en razón de encontrarse en un conflicto personal y emocional, en donde su mayor interés depende de la forma en quedara disuelta la sociedad conyugal, para la repartición de los bienes inmuebles y muebles que conforman dicha sociedad, o de que alguno de los cónyuges por impedir o hacer más largo el proceso de divorcio, utiliza a los hijos para manipular la situación a su favor en el procedimiento.

Así tenemos que el Código Civil del Estado de México, vigente, define que “El divorcio disuelve el matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”, además de reglamentar lo concerniente al procedimiento, contempla tanto el divorcio necesario como el voluntario, dentro de este último como modalidad el administrativo; a diferencia del divorcio necesario, en el voluntario los cónyuges presentan un convenio en donde expresan su deseo de separarse y disolver el vínculo de matrimonio, por ello establecen dentro del convenio la convivencia aunque no lo dice tácitamente como convivencia familiar, que es el punto medular de esta investigación, en el convenio se determina la guarda y custodia, separación de los cónyuges, se fija y aseguran los alimentos, lo relacionado a la mujer embarazada y las necesarias para evitar que los divorciantes se causen daño físico, o en los bienes que pertenecen a la sociedad conyugal

o de los hijos; y como es sabido esto no ocurre en el juicio de divorcio necesario, éste se distingue por ser solicitado por uno de los cónyuges, quien demanda la terminación de la vida matrimonial, por consiguiente no existe ningún tipo de consensó entre los aún consortes, quedando en la mayoría de los casos muchas situaciones de suma importancia para la vida futura de todos los miembros de la familia al buen juicio del Juez de lo familiar, a la valoración jurídica que lleve a cabo de todas las pruebas aportadas por cada uno de los litigantes, y con éstos elementos lograr dictar una sentencia justa, sin transgredir los derechos más elementales de cada una de las partes en conflicto.

Resaltando que muchas de las situaciones que originaron la ruptura del matrimonio son de extrema urgencia y por esta razón en el escrito de demanda inicial, se solicitan las medidas precautorias que regula el Código Civil vigente del Estado de México, dentro de las más importantes desde mi punto de vista se encuentran las que determinan tanto la guarda y custodia, la separación de los cónyuges y los alimentos.

Uno de los derechos más importantes que tienen ambos padres sobre los hijos lo es la patria potestad ya que esta emana del derecho de familia, creando un conjunto deberes en los que se engloban el amor, la educación y la crianza, conferidos a quienes la ejercen, padres abuelos o adoptantes según sea el caso, destinada a la protección de los menores no emancipados en cuanto a su persona y bienes, el Código Civil no señala definición como tal, sin embargo señala los aspectos que comprende la patria potestad, ésta es irrenunciable, y por su naturaleza es de interés público, los derechos y deberes son inalienables o fuera de comercio, los derechos conferidos al titular son personalísimos, sólo excepcionalmente se transmiten por medio de adopción y por último es imprescriptible o sea, estos derechos y obligaciones no se extinguen con el tiempo, y principalmente es ejercida por los progenitores; de lo anterior podemos establecer que cuando los cónyuges están involucrados en un divorcio necesario, es de entenderse que no podrán ponerse de acuerdo en lo más elemental para una separación cordial, en razón de que están inmersos en un gran conflicto de pareja, y aún después de haberse dictado las medidas precautorias necesarias, siguen conservando la patria potestad sobre sus hijos, en primera instancia pueden tomar la decisión de quien tendrá la guarda y custodia del menor, sí no se ponen de acuerdo el Juez la determinara en función del mayor interés de los hijos y al padre que no tenga la custodia le asistirá el derecho de visita.

Como podemos observar el derecho de visita lo tiene el cónyuge que no tiene la guarda y custodia del menor, le asiste el derecho de ir a ver a sus hijos, las leyes con esto dan por entendido una relación paterno-filial o materno-filial según sea el caso, pero sí realmente se le diera la importancia de lo que implica el desarrollo de la convivencia familiar en un divorcio necesario, y no sólo verse en un plano meramente superficial englobada en una visita de ocasión o fines de semana de diversión, como lo es en la mayoría de los casos, dando el alcance legal que lleva implícita esta palabra en el plano jurídico, entenderíamos que la convivencia familiar es la relación normal entre padres e hijos, ya que los niños tendrán menos problemas sí saben que sus progenitores continuaran actuando como padres y que ellos los seguirán ayudando aún cuando el matrimonio termine y no vivan juntos, esta separación da un cambio crítico, los hijos quedan separados de alguno de sus padres y ya no se desarrolla una convivencia familiar como se venía

dando, consecuentemente ambos progenitores deberán acordar la manera de llevar a cabo dicha convivencia y no únicamente con visitas limitadas por tiempos y horarios de trabajo o escuela sino involucrarse desde llevarlos al colegio, recogerlos, revisar tareas turnarse las obligaciones que implican los cuidados que necesitan los menores, para que de esta forma realmente se desarrolle una convivencia equitativa, en la cual queden englobadas las decisiones, derechos y obligaciones que tienen cada uno de ellos, con sus hijos y no sólo visitándolos, sino tratando de tener convivencia como antes de su separación.

Podemos encontrar que los conflictos del derecho familiar también son asuntos de orden emocional y psicológicos, estos no siempre se pueden resolver estrictamente con el derecho, en estos casos el Juez es parte fundamental en el juicio, pues debe colaborar con su esfuerzo a resolver la contienda, apegado al mayor interés del menor, así lo facultan las leyes mexicanas y la Convención sobre los Derechos de los Niños, de la que México forma parte, ya que desde el punto de vista del hijo, el establecimiento de un régimen de convivencia constituye una evidencia tangible de que su familia perdurará, pese a los muchos cambios ocasionados por el divorcio necesario.

Ante la evolución que ha experimentado el concepto de familia, se tiene la necesidad de equilibrar el papel que juega cada uno de los progenitores después del divorcio, buscando alternativas para hacer menos trágico el trance de los hijos ante la inminente separación de sus padres, una de estas alternativas la podemos encontrar en la custodia compartida, por ser una solución adecuada para respetar el derecho que tiene el hijo a crecer cerca de ellos. Como ya no puede ser educado por ambos bajo un mismo techo, lo será de forma alternada, aclarado que al referirnos a una custodia compartida significa reconocer que cada uno de los padres tiene los mismos derechos y deberes ante sus hijos.

A cada familia corresponde, encontrar su ritmo y sus puntos de referencia, para que el hijo se construya y se desarrolle cerca de sus padres, es de suma importancia aclarar que el papel del hombre también ha evolucionado a través de la historia en materia de la custodia para con sus hijos, ya que el predominio de las madres en la custodia tras un divorcio, era absoluta, eran muy pocos los padres que lograban obtener la custodia de sus hijos, que sólo era concedida tras demostrar la incapacidad de la madre para ejercerla, a partir de los años 70, el auge de los principios de igualdad entre los sexos, así como la evolución en materia de derechos del niño, propician un cierto equilibrio entre padre – madre y un desplazamiento de la atención hacia los hijos y sus necesidades.

Después de la separación el 86% de los hijos viven con su madre y más de cuatro de diez niños que viven con su madre no tienen una relación regular con su padre, cabe aclarar que muchos de los padres divorciados están convencidos de que mantener, el doble vínculo parental es esencial para el desarrollo de su hijo, y por ésta razón optan por la custodia compartida, aunque sólo será viable cuando los padres lleven una relación cordial.

Varios estudios han demostrado que la custodia compartida trae muchos beneficios para el sano desarrollo emocional y psicológico de los miembros de una familia inmersa en un divorcio,

porque los hijos necesitan de ambos padres para desarrollarse y construir su identidad sexual, autoestima, valores y confianza en sí mismos, los padres deben ejercer el papel que le corresponda a cada uno para influir favorablemente en la educación de los hijos, la custodia compartida sirve para recordarnos que el hijo que ha nacido de dos también debe ser educado por los dos.

Aún y cuando sabemos que el mejor desenvolvimiento de los menores será siempre dentro de un seno familiar perfectamente consolidado por el amor de sus padres, no podemos cerrar los ojos ante una realidad inminente como lo es la fracturación de una relación dentro de un matrimonio, en donde la vida conyugal se vuelve ofensiva y desgastante para todos y cada uno de los miembros de la familia, y la única salida la encuentran en el divorcio.

Es de suma importancia preguntarnos ¿Cuántos matrimonios que debieran separarse no lo están y cuántos de los que han roto no debieron hacerlo? Y sin embargo pasaron por el proceso de disolución sin ayuda ni orientación, y quizás nunca entendieron la participación de los elementos inconscientes que motivaron su conducta, su relación y su fracaso, los que no por involuntarios menos dañinos y por inconscientes menos trascendentes. Tal parece que aún falta mucho para que nuestra sociedad eduque en el camino de la razón, de la armonía y de los valores, es una lastima que en materia de matrimonio, siendo tan antigua la humanidad, sea tan ignorante, que se tenga tanta experiencia como desconocimiento, y por ello aún continúen produciéndose elevados índices de conflictos que terminan en separación e influyen de una forma determinante en las nuevas generaciones, varios estudios psicológicos han revelado que en la mayoría de los hijos de padres divorciados cuando son adultos llegan a repetir esta conducta que viene a fracturar la estructura social.

Introducción

“Propuesta de reforma al Código Civil vigente del Estado de México en lo referente a la convivencia familiar en el divorcio necesario”

Es importante regular la convivencia familiar en el Código Civil del Estado de México específicamente en el juicio de divorcio necesario, por ser determinante en el desarrollo de los menores, ya que podrán convivir libremente con sus padres aún y cuando lleven un proceso de disolución del vínculo matrimonial, los cónyuges en este litigio, regularmente están en conflicto emocional y en la mayoría de los casos sólo piensan en hacerse daño, a diferencia de un juicio de divorcio voluntario en donde las partes están de acuerdo en los diferentes aspectos incluyendo la convivencia, la liquidación de la sociedad conyugal, el monto de la pensión alimenticia, pero no así en el juicio de divorcio necesario, creando un estado de incertidumbre para la familia que se encuentra en este proceso.

Se puede asumir la postura de que el divorcio es un mal, es un problema y en consecuencia, el imperativo es combatirlo, oponerse a su difusión, tratar de impedir todo aquello que lo facilite, que lo torne asequible. Se puede aceptar también como una herramienta, como una solución y por tanto, buscar una instrumentación legal y social para que pueda lógica y fácilmente constituirse en tangente, accesible, para salir del círculo vicioso de un matrimonio fracturado.

El divorcio es controlado y limitado de alguna manera en todas las sociedades, puesto que un índice de divorcios muy elevado pone en peligro las funciones de una familia en el mantenimiento y la socialización de los hijos. La regulación del divorcio o su predominio dependen de numerosos factores, uno de los más importantes es el derecho de familia, desde tiempos ancestrales se ha buscado la unión de un hombre y una mujer que de modo adecuado, ejerzan sus derechos, cumplan sus obligaciones y logren los fines que persiguen como matrimonio, éstos deberes y obligaciones se refieren a la igualdad de ambos cónyuges, el deber de vivir juntos, guardarse lealtad, la consideración y el respeto debidos, ayudarse mutuamente, cuidar la familia han creado y a cooperar el uno con el otro en la educación, formación y guía de los hijos conforme a los principios de la moral, participar en el gobierno del hogar y al mejor desenvolvimiento del mismo; contribuir a la satisfacción de las necesidades de la familia que surgió del matrimonio, cada uno según sus facultades y capacidad económica, tener la libertad de ejercer sus profesiones u oficios, pero cuidar en todo caso de organizar la vida en el hogar de modo que tales actividades sean equitativas para los cónyuges.

El derecho familiar debe ser el más importante, pues es la base de las buenas costumbres y educación de los menores, si bien al haber un divorcio existe una ruptura en la relación familiar y la separación de los integrantes de la familia, en esta situación se debe buscar en todos los aspectos la convivencia familiar que es muy importante porque va a permitir que no se pierdan

totalmente los valores de comunicación y principalmente la parte afectiva entre los padres y los hijos; ya que las víctimas del divorcio son los hijos y tan más doloroso trágica e injusta es su situación, cuanto que ellos son manifestaciones inocentes de la desgracia que les acarrea su desunión.

Los hijos tienen derecho a convivir con sus padres, a la unidad del hogar, a su estabilidad y al amor de sus progenitores, pues todo ello es exigido por su derecho a vivir y a ser educados para “ser buenas mujeres y buenos hombres”. El fin a perseguir por una pareja que se unió por amor es crear un hogar estable normalmente constituido, para poder desarrollarse física, espiritual y moralmente, en una familia integrada por padre, madre y hermanos. Esto es el ideal de la forma de vida en familia.

En la mayoría de los casos en los juicios de divorcio necesario los cónyuges utilizan a los menores como punto de partida para someter al progenitor que no tiene la guarda y custodia para tratar de conseguir la mejor parte en la repartición de bienes, pensar que éstas acciones afectan principalmente a sus hijos por encontrarse en medio del conflicto, sin tener voz ni voto.

El menor con el simple hecho de saber que sus padres se separarán vive un conflicto interno, duerme mal, come mal, vive encerrado en sí mismo, no pone atención en clase, se muestra violento en la escuela, agresivo con sus hermanos, miente o incluso roba, esta es una manifestación clara del descontento que vive con el divorcio, y siendo estas situaciones totalmente alarmantes se pueden pasar con rapidez si encuentran una solución eficaz; los padres tienen que reflexionar en los daños que ocasionan a los hijos y en conjunto finalizar todos los conflictos.

La escuela es un buen indicador de los problemas que puedan estar atravesando los hijos en medio de un juicio de divorcio necesario, aunque no se debe de perder la cuestión central, de cómo se puede seguir siendo un verdadero padre amoroso dedicado y atento, sin volverse intransigente con el otro progenitor, muchos de los padres que no cuentan con la guarda y custodia, por lo regular en sus días de convivencia dejan que los hijos se acuesten tarde, vean demasiada televisión, coman a medias, en los casos en que se dan estas situaciones es porque los padres han decidido declararse la guerra, y saben perfectamente que al consentir a los hijos en cuestiones que el ex cónyuge no lo permitiría, ganara terreno, aún a costa de una deformación en la educación de los menores que estarán confundidos con estos extremos de su vida, al no saber ciertamente cual de ellos tiene la razón.

Como lo he referido en el Estado de México en los casos de divorcio necesario la convivencia familiar queda en segundo término al no estar explícita en el Código Civil vigente, creando una incertidumbre para las partes en conflicto y más aún para los hijos menores al no saber porque no se le permite a su padre o madre verlo y que conviva con él, ésta es la razón por la que urgentemente se tiene que regular la convivencia familiar dentro de las medidas precautorias que nos establece el Código Civil vigente del Estado de México.

Hoy en día sabemos que la creación de vínculos afectivos entre el progenitor y sus hijos se fundamentan en las experiencias de la vida cotidiana; juegos, palabras, contacto físico etc. No

podemos limitarnos a simples visitas de fines de semana del padre que no tenga la guarda y custodia, mientras menos difícil sea la separación de los padres, más fácil será para los menores adaptarse al ritmo de su nueva vida en donde tendrán dos casas, rutinas totalmente diferentes y en ocasiones adaptarse a los cambios si llega a suscitarse una mudanza por alguna razón.

Los padres que se divorcian en algunos casos se preocupan acerca del efecto que tendrá en los menores la separación. Durante este período difícil, de igual forma o en mayor se preocupan también por sus propios problemas, pero continúan siendo las personas más importantes en la vida de sus hijos.

Es nuestra responsabilidad procurar la integración familiar en beneficio de México, al ser conscientes que muchas de las carencias y problemas que observamos en la sociedad pueden evitarse, o suspenderse al lograr una vida familiar sana, donde los valores prevalezcan y sobre todo se viva con el ejemplo de los padres hacia los hijos. A los familiares y a los cónyuges corresponde lograrlo dentro de un entorno de respeto y ayuda recíproca para que la familia perdure y con el paso de los años lejos de quebrantarse se haga más sólida.

Se propone la adición al artículo 4.95 en su fracción III en el Código Civil del Estado de México para cubrir esa laguna del derecho de familia consistente en la convivencia familiar durante la tramitación del juicio de divorcio necesario.

La presente tesis y la propuesta que en ella se hace, es en beneficio de los padres e hijos separados durante el trámite de divorcio necesario y aún después de dictada la sentencia del mismo; de igual forma pretende despertar en los litigantes, legisladores y estudiantes del derecho el interés por profundizar en el tema de estudio.

Es necesario tener un amplio conocimiento de los principales aspectos a regular para no sólo resolver la crisis del presente, sino de sentar las bases para la convivencia futura pues aún cuando los progenitores estén divorciados van a frecuentarse en relación a sus hijos y para sus hijos.

Atender las necesidades básicas de la justicia familiar implica reconocer que la base fundamental de la sociedad y del Estado es precisamente la familia; y por ello la legislación, la doctrina, y la sociedad en su conjunto, al reconocer la naturaleza institucional de la familia perteneciente al orden público, y al interés social, demanda la construcción de un proceso moderno, apoyado con las nuevas técnicas de comunicación e información, que permitan el mejor aprovechamiento del tiempo todos los entes involucrados en la ministración de la justicia, y que a la vez posea la calidad jurídica y moral capaz de atender con justicia los procesos familiares que se presentan diariamente en nuestra comunidad.¹

A los abogados les corresponde la tarea de ser mediadores y proponer una solución equitativa y en ningún momento pretender que alguna de las partes en conflicto obtenga ventaja

¹ MAGALLÓN GÓMEZ, María Antonieta, *Juicios orales en materia familiar*, Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, México 2009, pág. 139

sobre la otra, se trata de que exista una equidad entre ellos y sobre todo favorecer a los hijos que ninguna culpa tienen del conflicto en el que se encuentran inmersos sus padres.

Resulta exigible a toda conciencia la búsqueda de los mecanismos jurídicos-procesales que fomenten y tutelen el fortalecimiento de su estructura y el cumplimiento de sus funciones, ofreciendo soluciones justas prácticas y eficientes a los conflictos familiares que se susciten por el juicio de un divorcio necesario, este tipo de procedimientos se deben regir por normas y principios que resuelvan eficazmente las controversias familiares, como la protección del orden público, para el debido cumplimiento del interés social, de manera que se prevenga la ineficacia, y se supere la burocracia que favorece la desintegración de los valores y lazos afectivos de los miembros de la familia que se encuentra en litigio.

Es urgente prestar la debida atención a las nuevas dimensiones universalizadoras de transformación que particularmente experimentan hoy las relaciones familiares que se desarrollan en el mundo, y que mediante los diversos procesos de globalización se proyectan en las actuales tendencias secularizadoras y en la transición a la que asiste nuestra sociedad, y que se revelan en las nuevas figuras jurídicas que emergen en el ámbito del derecho familiar, suministrando un marco jurídico, el cual es posible interpretar como un síntoma de las modificaciones que se manifiestan en la constitución de las familias, en sus relaciones internas, e incluso en la legitimidad y fuentes, poniendo de manifiesto, a la vez, una serie de factores y problemas culturales, políticos y ontológicos.²

No se debe olvidar que la justicia es un factor universal, y el compromiso sobre una verdadera cultura de legalidad se debe plasmar en los juicios familiares al dictarse una sentencia que ponga fin a los conflictos que aquejan a una familia con responsabilidad absoluta.

Planteamiento del problema:

¿Es necesario adicionar en la fracción III del artículo 4.95 del Código Civil vigente en el Estado de México, la convivencia familiar en la tramitación del divorcio necesario?

Debido a que es imprescindible, salvaguardar los derechos de los menores al aplicarse de una forma correcta las medidas precautorias que decidan lo relativo a su supervivencia, integridad física, y desarrollo emocional, éstas circunstancias son el principal fundamento para facultar al Juez de lo familiar a realizar acciones jurídicas pertinentes que ayuden a dictar las medidas precautorias idóneas, aislando problemas personales entre los divorciantes y el derecho de los hijos a seguir conviviendo con ambos padres lo más normal posible, no hay que olvidar que en un juicio de divorcio necesario la pareja en muchas ocasiones no encuentra un punto de acuerdo en la forma para desarrollar la convivencia entre todos los miembros de la familia, dentro

² MAGALLÓN GÓMEZ, María Antonieta, op. cit., pág. 119.

de un clima de respeto y armonía, no hay que olvidar que los hijos necesitan del cuidado y convivencia con ambos padres, otorgando así una estabilidad emocional a las partes en litigio.

Justificación del planteamiento del problema.

Ya que no podemos hablar del divorcio sin referirnos también al matrimonio, y al hablar de matrimonio nos referirnos a la temática familiar, el problema medular lo encontramos en el caso del divorcio necesario, porque regularmente no existe un consenso por parte de los cónyuges mucho menos un convenio donde se especifique claramente la convivencia familiar, generalmente los cónyuges están en un conflicto emocional, puesto que hacen parte a los hijos como sí estos estuvieran incluidos en los bienes que se fueran a repartir, utilizándolos como objeto de chantaje para obtener la mejor parte en la repartición de los bienes de la sociedad conyugal.

Así como otras ocasiones al no quedar satisfechos los cónyuges con el desarrollo de los hechos en el litigio, los menores son utilizados para agredirse, al obstaculizar o permitir un tiempo reducido al entrevistarse con sus hijos el padre que no tiene la guarda y custodia, esto como consecuencia no permite una sana convivencia familiar.

En estos casos a petición de alguno de los cónyuges, se hará de conocimiento al Juez de lo familiar que este resolviendo el litigio y deberá intervenir conforme a derecho.

Actualmente el Código Civil vigente dice:

Código civil del Estado de México

Libro cuarto

Del derecho familiar

El título tercero

Del divorcio

Convenio en el divorcio voluntario

En el artículo 4.102.- “Los cónyuges pueden divorciarse voluntariamente ocurriendo al Juez competente, presentando convenio (El subrayado es mío lo utilizare para enfatizar) en el que se fijen los siguientes puntos:

I.-...

II.-...

Fracción III. Si hubieren hijos, la mención de quién deba tener su guardia y custodia durante y después del procedimiento y el régimen de convivencia”

En el caso de divorcio voluntario existe un convenio que es presentado al Juez de lo familiar al solicitar el divorcio, en donde se determina la convivencia, haciendo mención de los días y horas en que podrá convivir con su menor hijo.

Caso contrario en el divorcio necesario, no prevé el Código Civil del Estado de México, la convivencia familiar dentro de las medidas precautorias aún y cuando sabemos que no existe consenso alguno entre los divorciantes.

El artículo 4.95 del Código Civil del Estado de México, establece que: “Al admitirse la demanda de divorcio, o antes, si hubiere urgencia, podrán dictarse sólo mientras dure el proceso, las disposiciones siguientes.”

Fracción I. “Separar a los cónyuges, tomando siempre en cuenta las circunstancias personales de cada uno y el interés superior de los hijos menores y de los sujetos a tutela;”

Fracción III. “A falta de acuerdo entre cónyuges, la guarda y custodia de los hijos se decretara por el Juez en función del mayor interés de los menores y de los sujetos a tutela.

Como se podrá observar el legislador no tomó en cuenta “la convivencia familiar”, en este tipo de litigios, difícilmente los cónyuges se pondrán de acuerdo, para determinar días y horas para que el progenitor, que no tiene la guarda y custodia de los menores pueda convivir con sus hijos y en algunos casos hasta los hijos son utilizados para chantajearse y obtener ventajas dentro del litigio.

Identificación de variables.

Variable independiente: Es aquella variable que no depende de alguna otra, en este caso es:

1. Convivencia familiar: Convivir es habitar o vivir con otras personas, cuando hablamos de convivencia familiar nos referimos a la necesaria relación que establecemos en cada uno de los miembros del núcleo familiar; el deber de convivencia es la natural consecuencia de la función de la patria potestad. Es una consecuencia del deber de cuidado y custodia. Esta convivencia tiene por objetivo lograr la estabilidad personal y emocional del menor. Es darle afecto, calor humano, presencia personal y respaldo espiritual.³

Variables dependientes: Son aquellas variables que como su nombre lo indica, dependen del valor que toman las otras variables para el caso que nos ocupa serán las siguientes:

³ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F, *La familia en el derecho, Relaciones jurídicas paterno filiales*, Tercera edición actualizada, Editorial Porrúa, México 1997, pág. 321.

1.- Divorcio. El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Se tiene que analizar el divorcio en sus diferentes tipos así como hacer una comparación con otros países para, determinar cuales son las principales causas y problemas que presenta la relación de pareja y la evolución que a presentado el derecho para adecuarse a todos y cada uno de los problemas planteados, hasta llegar al divorcio necesario de esta situación se desprende la presente investigación.

2.- Divorcio necesario. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama fundado en una o más de las causales que señala el Código Civil vigente del Estado de México. Se tiene que hacer un planteamiento del divorcio necesario pues en la actualidad el Código Civil del Estado de México señala diecinueve causales de divorcio necesario, pero para mi investigación no aplican todas, en el entendido que algunas ocasiones el menor corre peligro y no es benéfico para el menor, implementar dicha convivencia, como por ejemplo cuando se invoque la causal de violencia familiar.

3.- Guarda. Debido a que éste vocablo es empleado en el Código Civil dentro de las medidas precautorias del juicio de divorcio necesario para referirse a quien de los cónyuges le será confiada la guarda y custodia de los hijos, cabe mencionar que el significado de la palabra Guarda encontramos que se refiere a conservar o custodiar alguna cosa, lo que no es muy acertado tratándose de personas tan importantes como son los hijos dentro de un juicio de esta naturaleza, aunque en el lenguaje jurídico se le da la acepción como la acción y efecto de cuidar directamente y temporalmente a menores o incapacitados, con la diligencia propia de un padre de familia.⁴

4.- Custodia. El ejercicio de la custodia en el divorcio necesario se otorga a uno de los progenitores, en razón de la separación que como consecuencia da, el cuidado y la educación de los hijos quedan encomendados a uno de los cónyuges, de acuerdo de la edad de los hijos, para el presente caso sólo serán considerados los menores de catorce años ya que los mayores de esta edad, pueden decidir con cual progenitor desean vivir.

5.- Familia. Agregado social constituido por personas ligadas por el parentesco. Es importante abordar este tema, ya que dentro de ella se dan los más altos valores, pero cuando la familia entra en crisis, el matrimonio entra en una inestabilidad llegando en muchos casos al divorcio.

6.- Menores de edad. Persona que no cumplió todavía los dieciocho años de edad. Se tiene que determinar la edad de los menores que estarán sujetos a la custodia.

Objetivos.

⁴ GOMEZ FRODE, Carina, *Derecho procesal familiar*, Editorial Porrúa, México 2007, pág. 35.

- 1.- Referencia Histórica, debido a que el hombre siempre ha buscado el origen y evolución de los hechos, para entender las consecuencias que se originan con los mismos, éstas referencias son importantes para poder entender todos y cada uno de los antecedentes que existen en el divorcio y por consiguiente en lo referente a la convivencia familiar en distintas épocas y hacer una comparación de estos aspectos, para visualizar los cambios en el núcleo familiar.
- 2.- Sintetizar los antecedentes de la situación de los menores de edad ante un divorcio, describiendo las legislaciones civiles vigentes y anteriores para comparar el desarrollo de la custodia.
- 3.- Analizar el divorcio necesario en el Estado de México, describiendo sus causales para delimitar la necesidad o no de regular la convivencia de ambos padres con sus menores hijos como una medida cautelar.
- 4.- Analizar la convivencia familiar, describiendo su concepto, objetivos y clases para precisar si dicha convivencia de los progenitores con sus menores hijos durante y después del proceso de divorcio, es necesaria o no.
- 5.- Clasificar los tipos de convivencia familiar para determinar el más adecuado para el sano desarrollo del menor, como lo mencione, la familia es la célula de la sociedad, y dentro de la familia es donde se forman los valores y hábitos a los hijos para crear personas independientes y puedan formar una familia estable, unos hijos llenos de confianza, para enfrentar los problemas cotidianos que les de la vida.

Hipótesis.

Si regulamos la convivencia familiar en la fracción III del artículo 4.95 en el Código Civil del Estado de México, entonces se le permitirá a los menores tener una sana convivencia familiar con sus padres, otorgando una certeza jurídica cuando se encuentren en un litigio de divorcio necesario y aún después de haberse dictado la sentencia, para cuidar en todo momento la integridad emocional y el desarrollo en sociedad que es determinante para la vida de todo ser humano.

Tomando en cuenta que todo hombre por naturaleza es sociable y la convivencia es un hecho necesario para el buen desarrollo de los hijos, dentro de su entorno social por necesitar de la protección de los padres aún y cuando éstos se hayan separado y exista una sentencia de divorcio, tomando en cuenta, que el derecho es el que establece los vínculos jurídicos sobre los cuales se va desarrollar dicha convivencia, conforme a la justicia y al orden normativo, es necesario regular todas las situaciones dentro del juicio de divorcio necesario en lo que corresponde a la convivencia del progenitor que no tenga la guarda y custodia de sus hijos.

Metodología o diseño experimental.

Para el desarrollo de la presente tesis utilizaré los siguientes métodos de investigación:

1. Inductivo. Que va de lo particular a lo general. Este método nos permitirá analizar la convivencia familiar y todo lo que se desprende entorno a ella desde sus diferentes significados, gramatical, etimológico y jurídico, así como las diferentes clases de convivencia, la convivencia moral y la convivencia social entre otras. De igual forma se analizará la evolución que ha tenido éste concepto a través de la historia.
2. Deductivo. Que va de lo general a lo particular. Partiremos analizando el divorcio, pasando al divorcio necesario con sus consecuencias jurídicas, así como las medidas cautelares que deben de tomar con respecto a los menores hijos durante el proceso de divorcio en lo referente a la convivencia familiar. Y el tipo de convivencia que existía en el divorcio no vincular.
3. Analítico. Servirá para descomponer el todo en sus partes para estudiar cada una de ellas. Este método nos permitirá analizar los diferentes aspectos jurídicos de la convivencia familiar, describiendo y analizando las diferentes clases de convivencia para determinar la más acorde.
4. Sintético. Este método permitirá juntar las partes en un todo, por medio de los cuadros sinópticos, ejemplos, resumen y conclusiones. Así como determinar por medio de resúmenes y conclusiones la necesidad de regular la convivencia familiar en el divorcio necesario.
5. Analógico. Este método permite hacer comparaciones, analizaremos diferentes legislaciones que nos permitirán llegar a la conclusión para determinar la convivencia familiar durante el proceso de divorcio necesario y aún después de la sentencia. Así como analizar la evolución que han tenido los códigos tanto en materia procesal como en materia sustantiva, para ajustar el derecho a las necesidades de la sociedad, de acuerdo a los cambios ideológicos, económicos, políticos, etc.

Capítulo I

Antecedentes históricos

Divorcio, patria potestad y convivencia

1.1 En el derecho Romano.

En la antigua Roma fue en un principio generalmente admitido que el matrimonio podía disolverse con entera libertad, tal como se contraía, por no exigir ni solemnidades de forma, mucho menos la intervención de autoridad alguna, fuera civil o religiosa.

Tampoco era necesaria una causa determinada para pedir el divorcio, ya que para los romanos el matrimonio⁵ se fundaba no sólo en el hecho de cohabitar sino también en el afecto entre la pareja, en este entendido cuando éste desaparecía era procedente el divorcio.

La pérdida del *affectio maritalis* por parte de cualquiera de los cónyuges provocaba la disolución del matrimonio mediante el divorcio; pues más que una institución separada resultaba una consecuencia del concepto romano del matrimonio: la cesación de éste por desaparición de la *affectio maritalis* , era uno de los elementos esenciales del matrimonio, al ya no existir se podía solicitar la separación.

Los emperadores cristianos no suprimieron el divorcio, que estaba ya profundamente arraigado en las costumbres, pero sí buscaban el hacerlo más difícil, obligando a precisar las causas legítimas de repudiación.⁶

La facilidad de obtener el divorcio, en esta época desencadenó la inmoralidad en las clases poderosas, ya que éstas abusaban de la existencia del mismo, para llevar a cabo sus satisfacciones personales y hacían perder su matrimonio de forma por demás absurda para dar pie a una infinidad de caprichos amorosos; el matrimonio entre los ciudadanos romanos se llamaba *justae nuptiae* , y es importante destacar que fue solamente considerado como un contrato civil, y exclusivamente de ésta clase de matrimonio derivaban los derechos familiares que reconocían la patria potestad y el parentesco civil, también es necesario mencionar que al lado de la institución del matrimonio la ley romana reconocía el concubinato y lo reglamentaba debidamente.

La práctica romana permitía más flexibilidad en la construcción del parentesco que las posteriores sociedades europeas. Un hombre podía romper el vínculo con un hijo por la

⁵ En Roma el matrimonio podía surgir por actos formales, no formales e inclusive por hechos jurídicos, como el rapto y el uso. En estos últimos casos bastaba que entre la pareja existiera una comunidad de vida, sin que fuera indispensable ningún ritual o acta de celebración.

⁶ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F, *La familia en el derecho, Relaciones jurídicas conyugales* , Quinta Edición, Editorial Porrúa, México 2000, pág. 427.

emancipación y crearlo mediante la adopción, también sustituir o agregar un conjunto de afines por un divorcio o un nuevo matrimonio, en este entendido podemos decir que no había ningún matrimonio imposible, el divorcio y las nuevas nupcias junto con la adopción, eran sistemas previstos para crear familias.⁷

La familia en los tiempos primitivos de Roma constituía una unidad político-religiosa, gobernada por el “*paterfamilias*”, el vínculo familiar no era determinado por lazos de sangre, sino por la potestad que ejercía el “*paterfamilias*” sobre todos los miembros de la “*domus*”, incluida la esposa, ya que no importaba su edad ni condición, los únicos que escapaban de ella eran las vestales y los sacerdotes flamines de Júpiter⁸, además de que sólo la podía ejercer el hombre, por eso se afirma que la familia romana es la creación del derecho civil, pues la patria potestad era ejercida de un ciudadano romano sobre otro ciudadano romano.

La familia civil se organizaba sobre la base del patriarcado, misma forma que conocieron otros pueblos de la antigüedad como los hebreos, persas, y galos. De aquí que el papel del *paterfamilias*⁹ le confería poderes absolutos y estrictos sobre la persona y bienes de los hijos, muy similares a los que ejercía sobre los esclavos, tenía sobre éstos derechos absolutos, también podía llevar a cabo su emancipación¹⁰, y los bienes que llegaran a adquirir los hijos pasaban al patrimonio único de la familia o sea al *paterfamilias*.

Este carácter tan rígido que existía en el aspecto económico del patrimonio, debe haber tenido algunas repercusiones en la vida pública, pues a partir del reinado de Augusto¹¹ se admite que los hijos de familia sean propietarios de los bienes adquiridos en el servicio militar y formar para ellos un verdadero patrimonio, en esa época recibió el nombre de peculio castrense¹². En esta forma el hijo sabe si se esfuerza y obtiene recompensas por su audacia y valor, las que serán para él y no irán a dar a manos del *paterfamilias*.

Es de suma importancia recordar que en esta época la mujer se encontraba sometida al hombre en todos los aspectos, cuando se casaban entraba a la *manus*¹³ del marido, y era

⁷ CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL F, *La familia en el derecho, relaciones jurídicas paterno filiales*, op. cit. pág. 422 y 423.

⁸ LEMUS GARCÍA, Raúl, *Derecho Romano (Compendio)*, Cuarta edición, Editorial “Limsa”, México 1979, pág. 96

⁹ En el Derecho Romano Clásico el *pater-familias* podía disponer sin restricción alguna de la vida de su hijo y si bien el respeto a toda vida humana cambió esta situación el concepto del *pater- familias*,- vigente hasta nuestros días conocía pocas fronteras y pocas normas de protección a los hijos y de derechos de los niños que son conceptos modernos que parte precisamente del iusnaturalismo.

¹⁰ La emancipación no es necesariamente una ruina o castigo para el hijo ya que pasa a una nueva potestad y con esto poder lograr un patrimonio propio.

¹¹ IGLESIAS, Juan, *Derecho romano*, Barcelona, Editorial, Ariel, 1972, pág. 559

¹² El peculio castrense estaba integrado por el conjunto de bienes que adquirirá el hijo como miembro del ejército romano y dichos bienes pertenecían plena propiedad al hijo de familia quien podía disponer de ellos por testamento. Este peculio fue creado por Augusto.

¹³ La *manus* era una potestad perteneciente al derecho civil, pero solo es aplicable a las mujeres, puede ser constituida: a) por matrimonio en cuyo caso pertenecía al marido o al ascendiente que tenía la patria potestad, b) *fiduciae* causa, siendo en este caso temporal, como medio para producir determinados

considerada como una hija bajo la autoridad paterna, reduciéndose a un derecho de repudiación la facultad de divorciarse en este tipo de uniones; debido al menosprecio que sufría la mujer de llegar a ser considerada como un objeto, dicha facultad sólo la podía ejercer el varón, por causas graves, no es por demás mencionar que únicamente en los matrimonios sin *manus*, era donde los dos esposos tenían derechos iguales.

En el matrimonio "*sine manus*" ambos cónyuges tenían igual derecho para disolver el vínculo, mediante el divorcio.

Había dos clases:

- a) El "*Bona gratia*" o divorcio por mutuo consentimiento.
- b) El "*repudium*", o divorcio por voluntad de uno de los cónyuges.

En principio, el "*repudium*" podía intentarse aunque no existiera un motivo legítimo, posteriormente, los emperadores cristianos trataron de impedir el divorcio con relativa facilidad, exigiendo una causa legítima de repudiación¹⁴.

Uno de los antecedentes más importantes de los cambios en la concepción del matrimonio lo encontramos en la Revolución Francesa, en este movimiento, la organización social extremó sus posiciones y la procreación era el bien jurídico a tutelar por la ley, se empieza a cimentar el matrimonio en virtud de la idea liberal, donde, los derechos del hombre y la mujer debían ser iguales, la preocupación principal de la estructura jurídica francesa, empieza a reglamentar la posición de los integrantes de la familia basada en el matrimonio, y lograr que la célula más pequeña de la sociedad, quedará debidamente reglamentada y organizada.

1.2 Referencia Judeo – Cristiana.

Lo que hoy es conocido como derecho de familia, ocupa un lugar preponderante en la legislación judía, las cuestiones relativas al matrimonio, al divorcio, a las relaciones sexuales a los aspectos sociales y religiosos, legales y sanitarios, los relativos a la mujer y a su lugar en la sociedad y a cuestiones vinculadas con la familia en general ocupan alrededor de cinco tomos en el *Talmud*¹⁵, adicionalmente, más de cuarenta capítulos del código Judío se refieren a cuestiones

resultados. Antiguamente la *manus* acompañaba casi siempre al matrimonio para que la mujer pudiera entrar a la familia civil del marido y caer bajo su potestad como una hija, participar en su culto y poder heredarlo.

¹⁴ LEMUS GARCÍA, Raúl, op. cit., pág. 118 y 119.

¹⁵ El *Talmud* constituye un tratado que contiene interpretación, tradición literatura, religión y toda suerte de manifestaciones culturales, compuesto por múltiples autores rabínicos en dos fases, la *Mishnah* y la *Gemara*, representando, la primera interpretación y tradición del *Torah*, y legislación consuetudinaria y la segunda la interpretación, comentario y complemento de la *Mishnah*.

de matrimonio y divorcio¹⁶, nos encontramos en una cultura que difícilmente dejó de contemplar algún aspecto social sobre el cual legislar.

El judaísmo es uno de los pilares más importantes de la cultura occidental, y siempre ha permitido el divorcio, aunque con limitaciones específicas, no dejando a la libre decisión ni al capricho del marido la disolución del vínculo, pues no sólo debía encontrar en su mujer alguna cosa indecente sino que forzosamente le tenía que escribir una carta de divorcio, y entregarla en su mano, así como despedirla de su casa, esto significaba que no había más una relación de matrimonio, en este tipo de divorcio se observa que la mujer despedida de esta forma, quedaba en aptitud de contraer nuevas nupcias.

La vida se construía alrededor de la familia. El matrimonio y la procreación constituyen la estructura fundamental de la realización humana, de la integración de la sociedad e, incluso, de la perfección en la vida religiosa. Se caracteriza el hogar judío como un *mikdah m'at*, esto es, como un pequeño santuario.¹⁷

Tradicionalmente el matrimonio, la procreación y la crianza de los hijos son contempladas como obligaciones sagradas así como el compromiso entre marido y mujer de permanecer juntos para educar y criar a los hijos y llegar a ver a los nietos alrededor de la mesa con sus propios hijos es el corazón mismo del judaísmo¹⁸.

Esta cultura prohibía a la heredera casarse fuera del clan patrimonial, tal imposición era porque las propiedades se tenían que retener dentro del clan mediante el matrimonio intra-grupal; el cristianismo cambió todo esto con su insistencia en los matrimonios más alejados entendiendo que las relaciones entre los grados de parentesco eran prohibidas e impúdicas.

Tomando en cuenta que la cultura occidental no se agota en el judaísmo ni en el cristianismo, hare referencia a la cultura islámica en algunos puntos donde tuvo similitud con el judaísmo, pues en principio, también aquí el divorcio es una mecánica unilateral; es decir, un repudio, para los musulmanes, es un monopolio establecido a favor del varón¹⁹; el divorcio está permitido por la tradición y la ley musulmana, sin embargo no se considera deseable y, tradicionalmente, en la medida de lo posible, debía ser evitado.

De acuerdo con la tradición de la región, el matrimonio en el Islam no es considerado como un sacramento, sino como un contrato. El *Corán* lo llama un pacto, el cual se lleva a cabo mediante

¹⁶ El divorcio jamás se fomentaba, pero de ninguna manera estaba prohibido, ni se le veía como algo pecaminoso, era más bien considerado como una alternativa triste, pero ocasionalmente necesaria y preferible a la continuidad de una relación destructiva.

¹⁷ MANSUR TAWILL, Elías, *El divorcio sin causa en México, Génesis para el siglo XXI*, Editorial Porrúa 2006, pág. 20

¹⁸ MANSUR TAWILL, Elías, op. cit. pág. 21

¹⁹ Este repudio unilateral, reservado a la potestad del marido es común a la tradición de las culturas antiguas de la región ya que se encontraba en el judaísmo y ahora en el islamismo.

una ceremonia ante un “cadi”²⁰, pero no podía imponerse a ninguno de los contrayentes, pues debía existir el consentimiento expreso, normalmente se lleva a cabo en presencia de dos testigos de calidad, expresando el consentimiento de las partes, sin mayor formalidad, al “cadi”.

Retomando el divorcio en esta corriente existían algunas causas donde la esposa podía solicitarlo, como por ejemplo cuando el marido había desaparecido y no era hallado, cuando la esposa se había convertido al Islam y el marido era infiel y se rehusaba a convertirse, aunque es de suma importancia mencionar que en estos casos cuando la mujer era quien daba inicio al divorcio perdía la dote.

El procedimiento de divorcio estaba sujeto a ciertas restricciones temporales pues el marido tenía que esperar que la mujer terminara su ciclo menstrual, concluido el mismo, procedía el repudio, esto sin haber reanudado relaciones sexuales.²¹

Dentro del seno de la unión matrimonial existe una división de trabajos o responsabilidades respecto de la crianza de los hijos, esta estructura se traslada o adquiere importancia en caso de divorcio. Existe un primer periodo, digamos de crianza, que va en los niños de los siete a los nueve años de edad y, en las niñas de los nueve a los once, durante el cual los hijos permanecen al lado de la madre. Posteriormente los hijos varones estarán al cuidado del padre a quien se considera responsable de darles formación como hombres y transmitirles la educación religiosa.

En caso de divorcio, la custodia de las niñas puede corresponder a la madre, siempre que el padre esté de acuerdo; en el caso de los niños, sin embargo, tal como se explicó en el párrafo anterior no es posible, la custodia pertenece siempre al padre o incluso, algún pariente de éste en línea paterna.

La aparición del cristianismo tuvo notable influencia sobre el derecho matrimonial, y especialmente sobre su disolución, ya que podemos afirmar que ocasionó la desaparición definitiva, del concepto antiguo de repudio en el divorcio romano.

En México, en las décadas de 1520 y 1530 la iglesia comenzó a inculcar la ética cristiana del matrimonio y de la vida conyugal. Los clérigos reflexionaron sobre las prácticas locales, hicieron extensas consultas y luego comenzaron a aplicar un código único y uniforme, válido en todas partes, cualquiera que fuera la población étnica o el estatus social el cual estaba basado en la tradición escrita y en la ley.

La iglesia estaba atacando frontalmente las prerrogativas de los antiguos grupos dominantes y de las comunidades, otorgándose la única autoridad con jurisdicción sobre los

²⁰ Era una persona considerada como un juez local.

²¹ La esposa nunca podía abandonar al marido, éste, si podía repudiar en caso de malversación de fondos, injurias, negativa del debito conyugal, enfermedad grave o esterilidad (el adulterio del hombre no tenía sanción, el de la mujer se castigaba con la muerte).

rituales del nacimiento, del matrimonio y de la muerte. Condeno la poliginia (a menudo sustituida por el concubinato), limitando todos los hombres a una única esposa, impuso las prohibiciones matrimoniales y convirtió el matrimonio en un asunto privado, “voluntario y no forzoso”. Se enfatizaba la familia nuclear en detrimento de sus extensiones domésticas y sociales, a la vez que la corona española promovía la quiebra de la familia más amplia mediante la política tributaria. A largo plazo la introducción de la propiedad privada y de la práctica de hacer testamento, junto con la extensión de la clase asalariada, contribuyó a la emergencia de un individualismo y una privatización de las relaciones sociales de tipo occidental similares a los que defendía la iglesia²².

También introdujo su propia concepción de la sexualidad, proclamando el estricto control sobre el deseo y el placer. Pero a menudo hubo resistencia a sus pretensiones mediante estrategias deliberadas de los indígenas y mediante el recurso de práctica como el concubinato, la bigamia y la prostitución. Lo mismo que en Europa, la insistencia en la monogamia eliminó el estatus de co-esposa, y quedó reducida a concubina. Es posible que el matrimonio indisoluble contribuyera a vigorizar el vínculo.

Europa comenzó a diferenciarse sustancialmente de Asia y del Mediterráneo que la rodea cuando adoptó el cristianismo con su específica selección de nuevas normas no eran tan sólo rasgos diacríticos que servían para diferenciarse por ejemplo, de judíos y paganos (aunque a menudo servían para eso), sino que se introdujeron por razones específicas relacionadas con la oficialización y mantenimiento de la iglesia como organización principal de la sociedad.²³

Como es bien sabido, la religión acompaña el nacimiento de todas las civilizaciones desde el momento mismo que ven la luz. Igual que el resto de los pueblos mediterráneos, el romano fue en ese sentido esencialmente pagano, a pesar de esa dualidad entre la religión doméstica y la religión pública. La religión romana procede principalmente de la etrusca, si a la *domus* nos referimos y de la griega si hablamos de la propiamente popular. Antes de que se consumara la secularización del derecho, la norma jurídica romana fue un aspecto de la norma religiosa y esto es bien patente en el derecho internacional de la época.

La doctrina católica, si bien prohíbe el divorcio, regula la nulidad del matrimonio, generándose popularmente la percepción que dentro del seno de la iglesia católica existen divorcios privilegiados pues en ocasiones, la misma iglesia católica saca la vuelta a su propia doctrina de indisolubilidad matrimonial, al permitir el uso de los mecanismos de nulidad para obtener verdaderos divorcios, esto es, que hay casados que buscan romper sus vínculos conyugales, a través de verdaderos “*frau legis*”²⁴, valiéndose de las normas de nulidad de matrimonio, en contubernio con los tribunales y prelados de la iglesia²⁵.

²² JAQUES LE, Goff, *La familia europea Ensayo histórico antropológico, La constitución de Europa*, Traducción castellana por Antonio Desmots, 2001, págs. 54 y 55.

²³ JAQUES, LE, Goff, op. cit., pág. 21

²⁴ Fraudes a la ley, por lo que se pretende cumplir con la letra de la ley, contraviniendo su espíritu.

²⁵ MANSUR TAWILL, Elías, Op. Cit., pág. 49.

Por el cristianismo y su difusión, la situación del *paterfamilias*, vino a ser el guía espiritual y protector maternal de la familia, tuvo cambios con la influencia cristiana pues otorgó más que derechos, deberes a los encargados de ejercer la patria potestad.

La influencia cristiana fue patente, especialmente en todas aquellas materias del derecho en las que se refleja de un modo u otro la personalidad humana y la trascendencia y dignidad del hombre pero por otra parte también la iglesia fue elaborando su propio derecho, el derecho canónico²⁶, el cual describiré más adelante.

1.3 Época Prehispánica (Los antiguos mexicanos).

No es mucha la información en materia familiar sobre los pueblos que habitaban el territorio de nuestro país antes de la llegada de los españoles, pero se conoce que tenían culturas y costumbres diferentes. Entre ellos ejerció una hegemonía severa el pueblo azteca, asentado en la parte central de nuestro actual territorio y fue el que sufrió en forma más directa el impacto de la invasión española.

Las condiciones que van dando raíz a diversas culturas que prevalecieron en la época prehispánica, generaron conciencia a través de la formación de reglas específicas, con las cuales, se garantizó la subsistencia pacífica principalmente otorgando a la familia una forma de solidaridad a través de la cual, pueda generar un cierto desarrollo para una mayor y mejor organización interna y externa.

Los aztecas desarrollaron en su cultura el derecho civil, se llegó a investigar que también implementaron leyes para regular la conducta, por lo tanto, tenían un sistema jurídico el sistema azteca de familia; el matrimonio fue potencialmente poligámico, pero una esposa tenía preferencia sobre las demás y hubo una costumbre donde la viuda se tenía que casar con el hermano de su difunto esposo, esta regla se implementó para preservar a la familia.

Entre los aztecas era susceptible la disolución del vínculo matrimonial, durante la vida de los cónyuges, ya porque se tratara de un matrimonio temporal, cuya subsistencia estaba sujeta a la voluntad del hombre o que tuvieran un hijo, o existieran causas que ameritaran la disolución. Estas causas eran variadas como por ejemplo: el marido podía exigirlo cuando la mujer fuera pendenciera, impaciente, descuidada, perezosa, también era motivo la esterilidad. La mujer únicamente podía invocar el divorcio si el marido no podía mantener tanto a ella como a sus hijos, o que el esposo la maltratara físicamente.

²⁶ El derecho canónico introdujo la idea del matrimonio como sacramento con lo que se dieron las características de que el matrimonio solo puede nacer a partir de la celebración de ese sacramento y nunca fuera de él ya que es preciso la participación de un sacerdote que declare a los cónyuges unidos, con todo lo que lleva implícito dicho acto y solamente de esta forma adquiere el estatus de un acto jurídico solemne.

Hecha la separación los hijos quedaban bajo el cuidado del padre y las hijas con la madre, aunque la patria potestad siempre era ejercida por el varón, de esto podemos entender que los antiguos mexicanos ya tenían regulada dentro de su sociedad las consecuencias jurídicas que traía una separación y su regulación cuando había hijos de por medio.

En esta época entre los indígenas de Texcoco, cuando se ofrecía algún pleito de divorcio, que eran pocas veces, procuraban los jueces conformarlos y ponerlos en paz, y reñían ásperamente al que era culpable, y les decían que mirasen con cuanto acuerdo se habían casado y que no echasen la vergüenza y deshonor a sus padres y parientes que habiéndose entendido en casarlos. Y que ellos serían muy notados en el pueblo, porque sabían que eran casados, y les decían otras cosas y razones, todo a efecto de conformarlos.²⁷

Entre los mayas resulta curioso encontrar la práctica de la poligamia entre la clase guerrera, fuera de esta clase la relación matrimonial era monogámica y los varones acostumbraban contraer matrimonio a los veinte años de edad, los padres buscaban esposa a sus hijos. Nuevamente el divorcio revestía la forma de repudio, los mayas consideraban la infidelidad de la mujer como causa de repudio, y si en ese momento los hijos eran pequeños quedaban con la mujer, y si eran grandes las mujeres pertenecían a la esposa y los varones al esposo.

Así encontramos los primeros antecedentes de la guarda y custodia de los menores de edad, pues para su sano desarrollo, quedan al lado de la madre que en la mayoría de los casos es la persona más capacitada para ofrecerles la atención y cuidado necesarios.

Al parecer en términos generales la situación en nuestro país en la época prehispánica, en la reglamentación normativa que se va fijando a la luz de lo que resulta ser la formación de una norma que estableciera las reglas en el matrimonio, iba a quedar muy semejantes a las que prevalecían en Europa.

El historiador Salvador Chávez Hayhoe, cuando nos habla de los antiguos tiempos de los Chichimecas, Nopaltzin dictó algunas leyes cuya simplicidad indica la primitiva vida de los pueblos; se condenaba a muerte a los adúlteros y a los que incendiaban los sembradíos; estaba prohibida la caza en terrenos ajenos, y el que tomaba animales que no le pertenecían era privado del derecho de cazar, perdiendo su arco y sus flechas. Proteger la familia y la propiedad en sus más rudimentarios aspectos, era el único objeto de aquella Legislación²⁸

“En tiempos de Netzahualcōyotl, hubo una evolución del derecho: Se aumentaron sus fórmulas e instituciones, y en ese estado la encontraron los españoles; en las costumbres familiares había gran variedad, tanto como respecta a los principios básicos del matrimonio, como a las costumbres e influencia social de la familia.”²⁹

²⁷ Relación de Texcoco y la Nueva España, Pomar y Zurita, pág. 101 Editorial Salvador Chávez Hayhoe. México, citado por CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F, *La familia en el Derecho Relaciones Jurídicas Conyugales*, Editorial Porrúa, México 2000, pág.438 y 439.

²⁸ AVENDAÑO LÓPEZ, Raúl, *El divorcio, análisis jurídico y práctico*, Editorial SISTA, México 2008, pág. 44.

²⁹ *Ibidem*.

Las condiciones que se van dando a raíz de las diversas culturas que prevalecían en la época prehispánica, van a generar una cierta conciencia con la que se van formando las reglas específicas, para tratar de garantizar la subsistencia pacífica y principalmente otorgarle a la familia una cierta forma de solidaridad a través de la cual, pueda esta última generar un cierto desarrollo que le permita una mayor y mejor organización interna y externa.

Antonio de Ibarrola nos explica algunas situaciones de la forma en que la familia náhuatl se organizaba, dicho autor dice lo siguiente: “La base de la familia náhuatl era el matrimonio al que se tenía en muy alto concepto. Era un acto exclusivamente religioso; carecía de toda validez cuando no se celebraba de acuerdo con la ceremonia del ritual. No se daba injerencia en la ceremonia, ni a los representantes del poder público, ni a los sacerdotes o a otros ministros. En su solemnidad intervenían únicamente los parientes cercanos, y los amigos íntimos de la contrayente.”³⁰

Este mismo autor, nos habla de la situación del matrimonio en lo que fue uno de los más grandes imperios de América que fueron los aztecas. Entre los aztecas se confirmaba la existencia de un clan, agrupación de individuos parientes entre sí, que suponen descender de un antepasado en común, en que puede ser un animal, una planta, un mineral y a veces hasta un fenómeno de la naturaleza. El antepasado legendario se llamaba *Tótem*.³¹

No podía ser que los varones de un clan se casaran con las mujeres del mismo clan, ya que esta acción disminuiría el poder mágico del Totem, tenía que contraer matrimonio con miembros de otro clan.

La organización social dentro de los aztecas, se identificaba al medio de producción comunal basado en el *calpulli*.³²

1.4 Época Colonial

En esta época, debido a que nuestro país se encontraba sometido a la corona española, toda la legislación formada en España, se aplicó en nuestro país a través de las Leyes de Indias.

Ignacio Galindo Garfías al hablarnos al respecto, nos menciona lo siguiente: “Se advierte que el grupo familiar quedaría compuesto por diversos parientes cercanos y lejanos, esta

³⁰ DE IBARROLA, Antonio, *Derecho de Familia*, Editorial Porrúa, Segunda edición, México 1981 pág., 95

³¹ DE IBARROLA, Antonio, op. cit. pág. 96.

No podía ser que los varones de un clan se casaran con las mujeres del mismo clan, ya que esta acción disminuiría el poder mágico del Totem, tenían que contraer matrimonio con miembros de otro clan.

³² Se formaba un barrio en donde un clan que trabajaba las tierras parceladas, se relacionaba con otro clan generando un vínculo de parentesco y diversas relaciones familiares que estructuraron los aztecas.

concepción de la familia española³³. El elemento cristiano ejerció un influjo decisivo en el orden matrimonial y otras instituciones del derecho de familia. El catolicismo luchó, contra los gérmenes destructores de la familia y especialmente contra el concubinato, muy difundido en España³⁴.

Recordemos que en el México colonial en materia de divorcio rigió el derecho canónico³⁵, que imperaba en España peninsular, el único divorcio admitido por esta legislación era el mal llamado divorcio separación, mismo que no dejaba a los cónyuges en aptitud de contraer otro matrimonio.

Dicha regla regulaba todo lo concerniente al matrimonio y al propio divorcio ya que pertenecía a la jurisdicción eclesiástica, y que la iglesia mediante decretales, resoluciones de concilios y el código canónico, era la que reglamentaba esas materias.

El derecho canónico, conforme lo que establece el canon 1129 dispone: “por el adulterio de uno de los cónyuges puede el otro, permaneciendo el vínculo romper, aún para siempre, la vida en común, a no ser que haya condonado expresa o tácitamente, o él mismo lo haya también cometido.” Así se considera como causa de la separación pero de una manera temporal, si educa acatólicamente a sus hijos, si con sus sevicias hace imposible la vida en común etc. En estos últimos casos, al cesar la causa de la separación se restauraba la vida en común.

Una vez decretada la separación de los cónyuges de acuerdo a lo que establece el canon 1132 los hijos deben educarse al lado del cónyuge inocente, y si uno de los cónyuges es acatólico al lado del cónyuge católico, atendiendo al bien de los mismos hijos, y dejando siempre a salvo su educación católica.

Como se aprecia el derecho canónico establecía únicamente el mal llamado divorcio separación en forma temporal y en caso de adulterio en forma definitiva, pero sin disolver el vínculo matrimonial que los unía, ya que así estaba establecido en el canon 1118: “el matrimonio valido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana, ni por ninguna causa fuera de la muerte.”

En el aspecto civil la Constitución de 1857 en su artículo 130 dice que “el matrimonio es un contrato civil”; el derecho canónico, en el canon 1055 señala que el matrimonio es un contrato también una alianza por lo cual no puede haber contrato matrimonial válido sin que sea al propio tiempo sacramento.³⁶

³³ Con sus leyes y religión los españoles trajeron sus posturas ante el divorcio, que no podía ser otra que la de sus muy católicas majestades; esto es, indisolubilidad absoluta del matrimonio, como se pregona en las Siete Partidas en el Concilio de Trento, organizado bajo los auspicios de Carlos V.

³⁴ AVENDAÑO LÓPEZ, Raúl, *Óp. Cit.*, pág. 47.

³⁵ El derecho canónico, que penetra en Castilla por conducto de las Partidas y de la doctrina de los canonistas, fue aceptado en Cataluña como supletorio de la legislación civil. En toda España y sus colonias fue recibida la legislación matrimonial del Concilio de Trento en virtud de la cédula real de Felipe II, el 12 de julio de 1562.

³⁶ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *La familia en el derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, op. Cit., pág.176.

Analizando esta definición, se determina que el matrimonio es un contrato civil donde se implementa una comunidad de vida para los cónyuges, orientados a llevar un estado de vida común, con deberes y obligaciones, existiendo respeto mutuo, libertad de expresión, cooperación de uno con el otro en la formación y educación de los hijos así como a contribuir a la satisfacción de las necesidades de la familia que ha creado el matrimonio.

En México, desde antes de la invasión Española existían instituciones familiares, pero debido al predominio español, al mestizaje y a la evangelización se perdieron y se fueron imponiendo las instituciones jurídicas hispánicas provenientes del derecho medieval que regía en la metrópoli contenido en las Siete Partidas, que también tenían como antecedente el derecho Romano, por haber sido España parte del Imperio Romano.³⁷

1.5 Época Independiente.

Durante los primeros años del México Independiente, en algunos Estados de la república, se hicieron esfuerzos que dieron como resultados la creación de Códigos Civiles o de proyectos, ya que desde el primer congreso Constituyente del México que quería ser independiente, en 1814, en Chilpancingo, bajo la inspiración de aquel mexicano gigantesco que fue el Generalísimo, Don José María Morelos y Pavón, se concibió a la embrionaria república sujeta a una sola religión, la católica con exclusión de cualquier otra. En consecuencia una de las tres garantías que era representada por el color blanco de nuestra bandera, haya sido la pureza de la religión católica, por lo que en este entendido no habría divorcio en la nueva Nación, fuera que gobernara un monarca extranjero, el propio Fernando VII si aceptaba, como lo proponían los Tratados de Córdoba, o que Iturbide se viera elevado en forma efímera a la calidad de emperador, o que tuviéramos una república federal o centralista.³⁸

El hecho es que se siguieron aplicando las diversas legislaciones de Indias, una vez que nuestro país logra fortificar su independencia para el año 1821. La formación de nuevos poderes internos y las luchas entre un poder clásico como el conservador frente al liberal, van a generar que no se logre consolidar ninguna legislación propia, sino que todavía se tenía la legislación que habían impuesto los españoles.

Manuel Chávez Asencio, al hablarnos de estas circunstancias nos dice lo siguiente: “En México independiente, hasta las Leyes de Reforma, el matrimonio fue de competencia exclusiva de la iglesia. Hasta el siglo XVI en el Concilio de Trento, no existía ley que obligará a observar cierta o determinada formalidad para que el matrimonio fuera válido; bastaba el acto conyugal con la

³⁷ RICO ALVAREZ, Fausto, GARZA BANDALA, Patricio y HERNÁNDEZ DE RUBÍN, Claudio, *De la persona y de la familia en el Código Civil para el Distrito Federal*, Editorial Porrúa, México, 2006, pág. 2

³⁸ MANSUR TAWILL, Elías. Op.cit. pág.132

intención de perdurar; incluso muchos matrimonios se celebraron basándose en la legislación civil de esas épocas.³⁹”

Las reformas liberales de mediados de siglo XIX tuvieron consecuencias decisivas sobre la organización familiar, si bien la resistencia de una población casi totalmente católica contribuyó a la lenta aplicación de lo establecido por las leyes. La más importante en relación a la familia fue la expedida el 23 de Julio de 1859 que establecía el matrimonio civil.

En enero de 1857 y en julio de 1859, se promulgan la Ley del Registro Civil y la Ley del Matrimonio Civil, desconociendo el carácter religioso, como sacramento de matrimonio, reconociéndole el estatuto de un contrato civil, cuyas solemnidades se encomiendan a los jueces del estado civil, a quienes se les encarga la labor registral, en libros ad hoc de nacimientos, reconocimientos, adopciones y defunciones⁴⁰.

Entre los Estados que llevaron a cabo la creación de un código civil para su entidad podemos citar a Oaxaca y Zacatecas, que durante el régimen federalista de la Constitución de 1824, lograron parcialmente crear sus propios ordenamientos, otro proyecto de código fue el elaborado por Justo Sierra en 1858.

1.6 Código civil de 1870.

En 1859, cuando México se hallaba en plena guerra de la conquista de los principios sancionados por las leyes llamadas de Reforma, el Presidente Benito Juárez encargó al Lic. Justo Sierra la formación de un proyecto de código civil, quien trabajó arduamente tres años y formó un proyecto, al triunfo de la república, se nombró una comisión integrada por Mariano Yáñez, José María Lafragua, Isidro Montiel, Rafael Dondé y Joaquín Eguía Lis, con la finalidad de que continuaran el trabajo de revisión del proyecto de Don Justo Sierra, labor que concluye el 15 de enero de 1870. Este nuevo proyecto de código fue sometido a la decisión del Congreso, que lo aprobó mediante decreto de 8 de diciembre de ese mismo año, entrando en vigor el 1º de Marzo de 1871.

Tomando como antecedente las Leyes de Reforma de 1859 y los ordenamientos civiles franceses y españoles de la época, tuvieron los legisladores del Código Civil de 1870 la fuente de su inspiración en ellos, permitiendo de acuerdo con la política individualista y liberal la promulgación de un código con esa visión.

Este código contempla el mal llamado divorcio por separación de cuerpos, ya sea por mutuo consentimiento o necesario; aclaraba que el divorcio solicitado no disolvía el vínculo

³⁹ AVENDAÑO LÓPEZ, Raúl, Op. Cit. pág. 49.

⁴⁰ MANSUR TAWILL, ELÍAS, OP. CIT. pág. 133

matrimonial, suspendía sólo algunas de las obligaciones civiles, como por ejemplo la obligación de cohabitar.

Se prohibía el divorcio por separación de cuerpos cuando el matrimonio tenía veinte años o más de constituido. Era condición para gestionar el divorcio el que hubieren transcurrido dos años, como mínimo, desde la celebración del matrimonio, antes de los cuales la acción de divorcio era improcedente.⁴¹

En el divorcio por mutuo consentimiento ambos divorciantes, de acuerdo al artículo 248 del Código Civil de 1870, acompañaría a su demanda de divorcio una escritura que arreglaría la situación de los hijos y la administración de los bienes durante el tiempo de la separación es decir, los cónyuges determinarían de común acuerdo quien tendría la guarda y custodia de los hijos. En esa misma escritura ambos divorciantes propondrían los días que el padre que no tenía la guarda y custodia podría ir a visitar, ver, convivir y comunicarse con sus hijos.

Situación muy diferente en el caso de divorcio necesario en la que el cónyuge que diera causa al divorcio perdería todo su poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos. Los hijos, de acuerdo a lo que establecía el artículo 268 del Código Civil de 1870 quedarían o se pondrían bajo la potestad del cónyuge no culpable; pero, si ambos cónyuges lo fueren o no hubiere otro ascendiente en quien recayera la patria potestad, se les nombraría un tutor.

Al cónyuge culpable, se le condenaba a perder la patria potestad de sus hijos, y no tenía ningún derecho sobre ellos, ni podía seguir ejerciendo los derechos inherentes a la misma, como son el visitarlos, verlos y convivir con ellos. Se rompía todo vínculo afectivo entre padres e hijos. Pues la pérdida de la patria potestad era considerada como una sanción al cónyuge que hubiera dado causa al divorcio.

El artículo 271 del Código Civil de 1870, contenía una excepción a la pérdida de la patria potestad, y consistía en que el cónyuge culpable podía recuperarla al morir el cónyuge no culpable pero siempre y cuando el divorcio se hubiere declarado por las siguientes causas:

- A) La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal.
- B) El abandono sin justa causa del domicilio conyugal prolongado por más de dos años.
- C) La sevicia del marido con su mujer o de esta con aquel.

El 25 de Septiembre de 1875, durante el gobierno de Don Sebastián Lerdo de Tejada, el carácter civil del matrimonio, así como de su indisolubilidad, se elevan a norma constitucional, con esa base, el 14 de diciembre de 1874, se publica la Ley Orgánica del Matrimonio Civil que

⁴¹ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F, *Relaciones jurídicas conyugales*, op.cit. pág. 441.

establece que corresponde a los Estados legislar sobre el estado civil de las personas, reitera la indisolubilidad del matrimonio y señala la posibilidad de establecer la separación temporal de los cónyuges por causas graves que determine el legislador, sin que, en todo caso, ninguno de los consortes quede en aptitud de unirse a otra persona⁴².

1.7 Código Civil de 1884.

Este código no dio muchas aportaciones en orden familiar, se podría decir que fue una copia del anterior código, algo que se debe destacar fue que instituyó la libre testificación.

Al igual que el Código Civil de 1870 el de 1884, no disolvía el vínculo matrimonial, sólo suspendió algunas de las obligaciones civiles. También contemplaba el divorcio por separación de cuerpos, ya sea por mutuo consentimiento, como necesario.

No obstante la Reforma y todos los años de guerra, es evidente que el concepto tradicional y católico del matrimonio en México seguía intocable. En el Código Civil de 1884, el artículo 155 conservaba el principio de indisolubilidad del matrimonio, y como acabamos de decir ya había sido elevado a norma constitucional.

Apenas promulgado el Código Civil de 1884, se ventiló en México un juicio de divorcio- de divorcio obviamente no vincular, que no existía, vamos, de separación legal- entre doña Laura Mantecón de González como parte actora y el general don Manuel González, ex presidente de la República, en que aquella fundaba su pretensión en cinco causales....., sea por deficiencias del planteamiento de la demanda, o, más probablemente, por el peso político de quien apenas el año anterior ocupaba la primera magistratura del país y contaba a demás con la amistad y protección de Don Porfirio, el caso es que el General González fue absuelto del divorcio, y además, se declaró que la señora había abandonado injustificadamente el domicilio conyugal, por lo que se declaró la cesación en su perjuicio de los efectos de la sociedad legal.⁴³

En el divorcio de común acuerdo, el artículo 227 fracción XIII, disponía que en cuanto al lecho y habitación tenían los cónyuges que acudir al Juez por medio de una demanda y un convenio por escrito, donde se arreglara la situación de los hijos durante todo el tiempo de la separación, y el convenio presentado debía dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 231 del mismo ordenamiento.

En dicho convenio ambos progenitores determinaban con quien quedaban los hijos, y el que no tuviera la guarda y custodia de los mismos, manifestaba los días que podía ver, visitar y convivir con ellos y así seguir ejerciendo los derechos inherentes a la patria potestad.

⁴² MANSUR TAWILL, Elías. Op. Cit., pág. 135

⁴³ MANSUR TAWILL, Elías, Op. Cit, pág. 136.

Perdía la patria potestad y sobre todo el seguir ejerciendo los derechos otorgados por la misma, como educar, visitar, corregir y convivir con sus menores hijos. Se exceptuaban de lo anterior cuando el divorcio fuera por causa de enfermedad. El cónyuge culpable podía recuperar la patria potestad a la muerte del cónyuge inocente siempre y cuando se hubiere decretado el divorcio por las siguientes causas:

- A) La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para con el otro.
- B) La acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro.
- C) La infracción de las capitulaciones matrimoniales.

El cónyuge culpable no podía recuperarla cuando el divorcio se decretaba por alguna de las siguientes causas; por adulterio, el hecho de que la mujer diera a luz, durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato y que judicialmente fuera declarado ilegítimo; la propuesta del marido para prostituir a su mujer; la incitación a la violencia hecha por un cónyuge contra el otro para cometer algún delito; el intento del marido para corromper a los hijos; el abandono del domicilio conyugal sin justa causa; la negativa de uno de los cónyuges a ministrar alimentos y los vicios incorregibles de juego o de embriaguez.

En estos casos, el cónyuge culpable no recobraba la patria potestad, a la muerte del cónyuge inocente, sino que la patria potestad recaería en un ascendiente y cuando no existían ascendientes le nombrarían un tutor a los hijos menores.

1.8 Ley del divorcio.

Fue hasta el 29 de diciembre de 1914 cuando Venustiano Carranza decretó la Ley del Divorcio, pues antes de esta ley la separación legal de los cónyuges sólo suspendía algunas de sus obligaciones. Con esta disposición legal se establece por primera vez en nuestro país la disolución vincular del matrimonio.

El decreto fue publicado el 2 de enero de 1915 en El Constitucionalista, periódico oficial de la federación que se editaba en el Estado de Veracruz, entonces sede del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista.

La Ley del divorcio establecía que el matrimonio podría disolverse en cuanto al vínculo, por el mutuo o libre consentimiento de los cónyuges cuando tuviera más de tres años de celebrado o en cualquier tiempo por causas que hicieran imposible o indebida su realización. Disuelto el matrimonio, los cónyuges podrían contraer una nueva unión.

Así, la figura jurídica del divorcio aparece en plena revolución mexicana, sin embargo, en 1917 al decretarse la Ley sobre Relaciones Familiares, los alcances de la Ley del divorcio se restringieron.

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 sólo 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 sólo a los casos en que la mala condición de los consortes es ya irreparable en otra forma que no sea su absoluta separación.

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.

1.9 Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.

Los decretos de Carranza sobre el divorcio echaron raíces y derivaron en la presente ley, promulgada por él,⁴⁴ que reitera el sentido de los decretos que la precedieron. A partir de esta ley “se logra el paso definitivo en materia de divorcio, al establecer que el matrimonio es un vínculo disoluble y permite, por lo tanto, a los divorciados celebrar nuevas nupcias.”

Para comprender mejor las aportaciones de la presente ley transcribiré los tres primeros considerandos de la exposición de motivos de la Ley sobre Relaciones Familiares del 9 de Abril de 1917, en la que se consideraba lo siguiente:

“Que en el informe que presentó esta primera jefatura del ejército constitucionalista al congreso constituyente, se expresó de una manera terminante, que pronto se expedirán leyes para establecer la familia sobre bases más racionales y justas, que eleven a los consortes a la alta misión que la sociedad y la naturaleza ponen a su cargo, de propagar la especie y fundar la familia.”

“Que la promulgación de la Ley de divorcio y las naturales consecuencias de éste, hacen necesario adaptar el nuevo estado de cosas, los derechos y obligaciones entre los consortes, así

⁴⁴ En tanto que los decretos antes aludidos fueron emitidos en situación irregular, durante las luchas contra los Convencionistas, la Ley se promulga y se publica, con toda la formalidad del proceso legislativo, siendo Carranza Presidente de la República e incluso, con posterioridad a la promulgación de la nueva Constitución del 5 de febrero de 1917.

como las relaciones concernientes a la paternidad y filiación, reconocimiento de hijos, patria potestad, emancipación y tutela, tanto por causa de minoridad, como por otras incapacidades.”

“Que las ideas modernas sobre igualdad, ampliamente difundidas y aceptadas en casi todas las instituciones sociales, no han llegado a influir, convenientemente en las Instituciones familiares, que, salvo los temperamentos naturales aportados por la civilización, continúan basándose en el rigorismo de las ideas romanas conservadas por el derecho canónico.”⁴⁵

El autor Ramón Sánchez Meda cuando nos explica algunas situaciones sobre el particular nos dice lo siguiente: “A partir de la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, expedida por Venustiano Carranza, se logra el paso definitivo en materia de divorcio, al establecer que el matrimonio es un vínculo disoluble y permite, por lo tanto a los divorciados, celebrar nuevas nupcias. Esta ley establecía que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro; se conserva el divorcio por separación de cuerpos, que se relegó a segundo término, quedando como excepción relativa la causal señalada en la fracción IV del artículo 76 de la Ley sobre Relaciones Familiares, que se refería a enfermedades crónicas e incurables, contagiosas y hereditarias, quedando a voluntad del cónyuge sano, pedir el divorcio vincular o la simple separación de lecho y habitación.”⁴⁶

Cuando de común acuerdo convenían ambos cónyuges en divorciarse deberían acudir ante el Juez presentando por escrito su demanda, así como un convenio en donde arreglaran la situación de los hijos, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 81 de la Ley sobre Relaciones Familiares.

Ambos progenitores de común acuerdo manifestaban quien tendría la guarda y custodia de los hijos, y el que no tuviera la guarda y custodia manifestaría los días y horas que conviviría con sus hijos, a efecto de no romper el trato afectivo, moral y espiritual de padre e hijo o de madre a hijo, que se venía dando antes del divorcio.

Asimismo, en el caso de divorcio necesario, el cónyuge que diera causa, perdería todo su poder y derechos sobre la persona de sus hijos mientras viviera el cónyuge inocente, pero los recobraría muerto éste, si el divorcio se declaró por las siguientes causas:

- A) La ausencia del marido por más de un año, con abandono de las obligaciones inherentes al marido.
- B) La sevicia, las amenazas o injurias graves o los malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que estos y aquellos sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común.

⁴⁵ Exposición de motivos de la Ley sobre Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917, publicada en el Diario Oficial de la Federación los días 14 de abril y 17 de mayo de 1917: Ley sobre Relaciones Familiares, México, Ediciones Andrade, Página 1 y 2.

⁴⁶ SANCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, 17ª. Edición actualizada, Editorial Porrúa, México 1999, pág. 409.

- C) La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca la vida en común.
- D) Haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión o destierro mayor a dos años.

El cónyuge culpable no recuperara la patria potestad de sus hijos, a la muerte del cónyuge inocente, si la causal era una de las siguientes; por adulterio, porque la mujer diera a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato y que judicialmente fuera declarado ilegítimo; por perversión moral de alguno de los cónyuges, la propuesta del marido para prostituir a su mujer, porque cualquiera de los cónyuges fuera incapaz para llenar los fines del matrimonio; o porque sufriera tuberculosis, enajenación mental incurable, que fuera además contagiosa o hereditaria; por el abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, durante seis meses consecutivos; por padecer uno de los cónyuges el vicio incorregible de la embriaguez; por cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible en cualquier otra circunstancia (Artículo 76 Fracción I, II, III, IV, V, X, y XI de la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917).

Cabe mencionar que esta ley adopto el sistema de separación de bienes, cuando los esposos no pactaban nada sobre estos, pero cuando se trataba de divorcio cualquiera de ellos tenía el derecho a exigir la mitad que le correspondía conforme a la ley.

De esta legislación podemos observar el giro que dio a la influencia religiosa que imperaba en esa época así como a la corriente conservadora.

1.10 Código civil del Estado de México de 1937.

El gobernador del estado, Mariano Riva Palacios, decretó el 21 de junio de 1870 el Código Civil del Estado de México, expedido en la legislatura local el 9 de febrero de ese mismo año (diez meses antes que el del Distrito Federal), este código estuvo vigente hasta el año de 1937, y aunque fue una de las legislaciones autónomas de esa época, contemplaba en los mismos lineamientos el divorcio, ya que regulaba el divorcio separación, tal como se hacía en el Distrito Federal, por lo que no tuvo nuevas aportaciones en esta materia.

1.11 Código civil del Estado de México de 1956.

En el Estado de México era ya una necesidad que se realizaran cambios radicales en su legislación civil, tanto en el Código Civil como en el código de procedimientos civiles pues a pesar de las aproximadamente veinte modificaciones que tuvieron dichos ordenamientos, algunas fueron benéficas pero otras dejaban desajustadas algunas figuras jurídicas, porque en su adecuación quedaba a veces lagunas prácticas.

Este código regulaba el divorcio tanto necesario como voluntario y además el administrativo; también establecía que se disolvía el vínculo matrimonial dejando a los cónyuges en posibilidad de contraer un nuevo matrimonio; en el artículo 253 fracción XVII establece como causal para solicitar el divorcio el grave o reiterado maltrato físico o mental por cualquiera de los cónyuges hacia sus hijos (aquí cabe destacar algo muy importante porque pueden ser hijos de ambos o sólo de uno de los cónyuges) también el artículo 255 indicaba que son causas de divorcio los actos inmorales ejecutados por el marido o la mujer con el fin de corromper a los hijos, y en el mismo sentido establece que ya sean ambos o sólo uno de ellos.

En el caso de divorcio por mutuo consentimiento, el código establecía que los cónyuges podían acudir ante el Juez conforme al Código de Procedimientos Civiles, presentar un convenio donde establecían entre otros puntos: si hubiere hijos, la designación de la persona a quienes sean confiados después de ejecutoriado el divorcio; también el modo de subvenir a las necesidades de los hijos durante y después de que causara ejecutoria la sentencia de divorcio.

Cabe hacer notar que este código no mencionaba que dentro de las cláusulas del convenio que presentaban los cónyuges, debían establecer la convivencia familiar, básicamente se enfocaba a lo económico, como es la de cubrir las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio, así como la determinación de la cantidad a título de alimentos pagaría un cónyuge al otro durante el procedimiento, pues éstos no estaban obligados a darse alimentos.

También regulaba otra modalidad de divorcio, la de mutuo consentimiento, los cónyuges podían presentarse ante el Oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio y manifestar su voluntad de divorciarse, entre los requisitos establecidos mencionaba que fueran mayores de edad, no tener hijos y de común acuerdo haber liquidado la sociedad conyugal, posterior a haber cumplido los requisitos, el Oficial del Registro Civil los citaba para ratificar su solicitud y al ministerio público para que manifestara lo que a su representación social correspondiera y viera liquidar la sociedad conyugal.

En este caso lo más importante era que si los divorciantes falseaban la información, declarado que no tenían hijos menores de edad o no hubieren liquidado la sociedad conyugal, el divorcio obtenido no surtiría efectos legales, además de hacer una denuncia penal en contra de ello.

El artículo 266 del código, determinaba que al admitirse la demanda de divorcio o antes si hubiere urgencia, se establecerían las siguientes disposiciones provisionales, con respecto a los hijos, vigentes durante el tiempo que duraba el juicio:

- A) “Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos;
- B) Dictar en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto de la mujer que quede en cinta;

- C) 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, previo procedimiento que fije el código respectivo, resolverá lo conveniente.”

Como vemos se le daba facultad al Juez para que tomara las medidas pertinentes para proteger la integridad de los hijos, procurando el cuidado y los alimentos para los menores, por el tiempo que duraba el juicio.

También indicaba que ya ejecutoriado el divorcio, se tomarían las precauciones pendientes entre los cónyuges, o con relación a los hijos, “...Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes, a la subsistencia y educación de los hijos varones hasta que lleguen a la mayoría de edad, y de las hijas aunque sean mayores de edad, hasta que contraigan matrimonio, siempre que vivan honestamente.”

Establecía que cualquiera de los cónyuges o si ambos fueran culpables del divorcio, perdería la patria potestad, y esta sería otorgada a los ascendientes conforme a lo dispuesto en el código, si no los hubiere se les nombraría un tutor, la pérdida de la patria potestad no eximía a los padres de las obligaciones que tenían para con sus hijos.

Capítulo II

El divorcio

2.1 Concepto.

La palabra divorcio en su acepción etimológica, se remonta a las voces latinas *divertere* y *divortium*, que quieren decir irse cada cual por su lado para no volver a juntarse.

En el sentido amplio, la palabra divorcio significa toda separación legítima entre esposos. En sentido estricto, da a entender la ruptura del vínculo conyugal en vida de los esposos a petición de cualquiera de ellos, o de ambos, por virtud de un decreto judicial.

Tradicionalmente a la palabra divorcio se le han asignado diversos sentidos, y se ha clasificado en imperfecto, o *quoad thorum et cohabitationem*, y perfecto, o *ad vinculum*. Por el primero, denominado también separación de cuerpos, se pone fin a la vida en común de los casados pero se conserva la integridad del vínculo, mientras que en el perfecto se rompe el vínculo matrimonial, se extinguen las obligaciones de cohabitar, fidelidad y ayuda mutua, quedando en libertad los divorciados para celebrar un nuevo matrimonio válido.

Divortium, en latín, tanto quiere decir en romance como *departimento*, y esto es cosa que departe la mujer del marido y el marido de la mujer por embargo que ha entre ellos cuando es probando un juicio derechamente. Tomo este nombre de la separación de las voluntades del hombre y la mujer a diferencia de las que tenían cuando se unieron.⁴⁷

Ignacio Galindo Garfías define al divorcio de la siguiente manera; “El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la ley”.⁴⁸

Rafael de Pina Vara nos dice: “La palabra divorcio en el lenguaje corriente, contiene la idea de separación; en el sentido jurídico, significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto, y por una causa determinada de modo expreso.”⁴⁹

Como es sabido también en el derecho canónico se legislo sobre la separación de cuerpos, y menciona en el canon 1128: los cónyuges deben hacer en común vida conyugal, si no hay una causa justa que los excuse; la causa principal que autoriza la separación de que se trata es lo que el código llama crimen de adulterio y así lo expresa el canon número 1129: “Por el adulterio de uno de los cónyuges puede el otro, permaneciendo el vínculo romper, aún para siempre, la vida en

⁴⁷ PALLARES, Eduardo, *El divorcio en México*, Quinta edición, Editorial Porrúa, México 1987, pág. 19.

⁴⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil, primer curso, parte general. Personas. Familia*, Editorial Porrúa, cuarta edición, México, 1980, Pág. 597.

⁴⁹ DE PINA VARA, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción – Personas – Familia*, Editorial Porrúa, Vigésimo tercera edición, México, 2004, pág. 340.

común, a no ser que él haya condonado expresa o tácitamente, o él mismo lo haya también cometido”

De acuerdo al Código Civil del Estado de México, vigente, define en el artículo 4.88.- El divorcio disuelve el matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

El divorcio es únicamente para dar por terminado un matrimonio legalmente constituido, porque si no encaja en los lineamientos que nos marca el código civil, no es divorcio, las partes estarían en otro supuesto jurídico.

En nuestro medio, el divorcio, en tanto institución jurídica y en lo que concierne al alcance de sus efectos, ha variado con el transcurso del tiempo. Por ejemplo, en el siglo XIX nuestra legislación lo consideró como la separación temporal o definitiva de los cónyuges, sin ruptura del vínculo matrimonial y, por tanto, sin autorización para contraer nuevas nupcias. A principios del siglo XX se adoptó el concepto divorcio vincular, que actualmente se maneja como disolución absoluta del vínculo matrimonial. Tal disolución deja a los esposos divorciados en aptitud de celebrar nuevo matrimonio.⁵⁰El mismo Código Civil del Estado de México contempla dos clasificaciones de divorcio, voluntario y necesario. En el voluntario los cónyuges están de acuerdo en divorciarse, en el necesario las partes están en conflicto y únicamente se podrá demandar bajo las causales que establece la ley.

2.2 Divorcio Voluntario.

En el divorcio voluntario o por mutuo consentimiento, también denominado *divorcio por mutuo disenso*, hay siempre en el fondo una causa que ha ocasionado la ruptura de la relación conyugal, pero que los esposos no quieren expresar ni ventilar en público.⁵¹

Este juicio lo pueden promover los esposos, sean mayores o menores de edad, pero en este último caso, el menor de edad deberá estar asistido de un tutor especial, de acuerdo con lo que marca el artículo 2.279 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, si dicha circunstancia no es mencionada es porque en el acta de matrimonio se especifica la edad que tenían al contraer matrimonio; si por alguna razón no han registrado a sus hijos, deberán hacerlo previo a la presentación de la demanda de divorcio.

En este tipo de divorcio no hay controversia entre los esposos, ya que ambos expresan su voluntad de disolver el vínculo matrimonial, y convienen por escrito en todos los aspectos que repercutirán tanto en los hijos como en los bienes que forman la sociedad conyugal así como la pensión alimenticia para los menores, aclarando que este convenio se somete a la aprobación del Juez de lo familiar, si no lo aprueba no hay divorcio.

⁵⁰ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, BUENROSTRO BAEZ, Rosalía, *Derecho de familia*, Edición revisada y actualizada, México, 2009, pág. 178

⁵¹ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, BUENROSTRO BAEZ, Rosalía, op. cit. pág. 194

Como lo especifica la ley el convenio sirve de base para este tipo de juicio, por ello es considerado un contrato de derecho público, porque tanto el Estado como la sociedad, están interesados que se otorgue conforme a las leyes que rigen el matrimonio y el divorcio, pues en este tipo de juicios se dirimen los intereses de los hijos menores y los derechos de los cónyuges que adquirieron con el matrimonio, lo cual concierne a la institución de la familia.

El convenio debe cumplir específicamente con las estipulaciones marcadas en la ley, si alguna de ellas no se menciona, carece de validez y eficacia jurídica, con esto nos damos cuenta de que los consortes no tienen libertad plena para crear su propio convenio, sino que lo tiene que hacer con las prescripciones legales.

Partiendo de lo mencionado, según ordena la ley, el ministerio público, debe examinar la validez del convenio y dar su aprobación o negarla, participa en el juicio para velar por los intereses morales y patrimoniales de los hijos menores e interdictos. Por tanto, la cuestión entre las partes en el divorcio voluntario judicial, no es la disolución del vínculo conyugal, sino, la validez del convenio que los esposos someten a la aprobación del Juez, con anuencia del ministerio público.

Para solicitar el divorcio voluntario, los cónyuges deberán cumplir con lo establecido en el Código Civil del Estado de México, “artículo 4.101 El divorcio voluntario judicial o administrativo no podrá pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio.”

Lo exigido por el código es lo mínimo que debe convenirse entre los divorciantes, pero se observa que faltan pactos con referencia al derecho de visita, a los derechos de los cónyuges en el régimen de separación de bienes y a la casa habitación familiar.

El derecho de visita corresponde al progenitor que no tiene la custodia del hijo con el fin de continuar la convivencia y participar en el ejercicio de la patria potestad. Es algo sumamente importante precisar para evitar conflictos futuros.

En la legislación para el caso de divorcio no se hace referencia al régimen de separación de bienes, pues se supuso que no habría nada que regular porque cada cónyuge conserva los bienes adquiridos individualmente durante el matrimonio o ya se hizo la disolución de la sociedad conyugal antes de presentar la demanda de divorcio voluntario. Sin embargo en la práctica se detectan problemas e injusticias que afectan más de las veces a la mujer, lo que hay que tomar en consideración con base a la equidad.⁵²

En este juicio el papel del Juez es activo, hecha la solicitud por los cónyuges serán citados en el juzgado a una junta llamada de avenencia, donde también intervendrá el ministerio público quien vigila los intereses de los menores o los interdictos, pues si éste considera que el convenio no se ajusta conforme a derecho, puede oponerse y proponer los puntos que deban modificar, dentro de esta junta el Juez procurara avenirlos, pero sino es posible la reconciliación,

⁵² CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas conyugales*, págs. 471-472

pasara al análisis del convenio, si lo aprueba, declarara la disolución del vínculo matrimonial, hay que señalar que la sentencia que decreta el divorcio es irrecurrible.

Cabe aclarar que el ministerio público como auxiliar del Juez y vigilante de los derecho de los hijos menores de edad y los interdictos, puede oponerse al convenio, por considerar que se violaron los derechos de los hijos, o porque no quedan éstos bien garantizados, también puede solicitarle a los cónyuges modificaciones y si son realizadas se continuará el procedimiento, la figura del ministerio público es de suma importancia pues en la mayoría de los casos ambos cónyuges con el afán de terminar el juicio rápido falsean información relevante, como la forma en que garantizaran los alimentos, y la manera en que el cónyuge proveedor los dará, y recordando que los alimentos son de orden público, dicha facultad no queda al libre albedrío de los divorciantes, sino que es esta figura jurídica quien se encarga de corroborar lo asentado en el convenio y cumpla con lo regulado en el código.

2.2.1 Convenio en el Divorcio Voluntario.

A diferencia del divorcio necesario, en el voluntario los cónyuges presentan un convenio, que es requisito sin el cual no da trámite al procedimiento; sin embargo si se cumplen las formalidades de ley el Juez lo aprobara y ahí se debe indicar el régimen de convivencia; en la práctica es todo lo referente a la convivencia familiar que es el punto medular de esta tesis.

El Código Civil del Estado de México expresa lo siguiente en su “artículo 4.102.- Los cónyuges pueden divorciarse voluntariamente ocurriendo al Juez, competente, presentando un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

- I.- El domicilio que serviría de habitación a los cónyuges durante el procedimiento;
- II.- La cantidad que por alimentos deba cubrir un cónyuge al otro durante el procedimiento, la forma de hacerlo y la garantía que debe darse para asegurarlos;
- III.- Si hubiere hijos, la mención de quien deba tener su guardia y custodia durante y después del procedimiento y el régimen de convivencia;
- IV.- La determinación del que debe de cubrir los alimentos de los hijos así como la forma de pago y su garantía, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio;
- V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio.”

Manuel Chávez Asencio nos describe las características que debe cumplir el convenio regulador en caso de divorcio:

- a) Acto jurídico. Es un acto jurídico del derecho de familia de carácter mixto, en el que intervienen los cónyuges, el ministerio público como auxiliar y el Juez de lo familiar para homologarlo y dictar la resolución. No es un acto solemne pero si jurisdiccional.
- b) Transacción. Es porque los cónyuges se hacen recíprocas concesiones para prevenir o evitar una controversia en el juicio de divorcio. Si no se disuelve el vínculo conyugal por resolución judicial el convenio no producirá efecto legal alguno. Transacción porque se origina por un conflicto conyugal y los interesados buscan la solución y proponen un estatuto para que, mediando mutuas concesiones, se resuelva la crisis entre los protagonistas que son quienes mejor pueden dar solución al caso concreto.
- c) Es un convenio modificable. No obstante que el convenio sea aprobado por el Juez, y se integre en la sentencia que disuelve el vínculo, y, consecuentemente adquiera fuerza obligatoria de sentencia ejecutoria, este puede ser modificado cuando cambien las circunstancias previstas en el convenio.
- d) No rescindible. El convenio una vez aprobado por el Juez no puede rescindirse por incumplimiento de alguno de los obligados. En este supuesto procede cumplimiento forzoso, inclusive por vía judicial.
- e) Efecto de sentencia ejecutoriada. Aprobado el convenio tiene toda la fuerza de sentencia ejecutoriada, misma que resuelve sobre el divorcio.

Se observa que el convenio contiene disposiciones o estipulaciones referidas a los cónyuges, otras a los hijos, y, por último, a los bienes de la sociedad conyugal.⁵³

En esta forma de divorcio es más factible que lleguen a un acuerdo las partes, en todos los puntos que regula el código, pues no existe un conflicto tan extremo como en el divorcio necesario.

En caso de que posteriormente a la sentencia hubiere algún conflicto con el cumplimiento de lo pactado en el convenio sobre la convivencia familiar, este tendría que solicitar su cumplimiento por medio de un juicio autónomo al del divorcio.

En el desarrollo de esta tesis, nos podremos dar cuenta que siempre han existido vacíos en la ley en cuanto a la convivencia familiar, y que el Código Civil del Estado de México tanto el abrogado como el vigente no contemplan específicamente la convivencia familiar, existe jurisprudencia y tesis de ambos, pero el legislador no las tomó en cuenta en su proyecto de ley.

En todo lo legislado por el Código Civil del Estado de México, al hablar de la convivencia familiar como una solución a los conflictos emocionales que sufren todos los miembros de la familia al ver que su vida cambiara radicalmente, lo ideal es que los cónyuges lejos de interpretar dicha convivencia como algo tajante de sólo fines de semana para el padre que no tenga la guarda

⁵³ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, *Relaciones jurídicas conyugales* op. cit. pág. 472.

y custodia de los hijos, debería tratar de implementarse la custodia compartida, esto con el fin de que ambos progenitores tengan las mismas responsabilidades tanto económicas como de convivencia con los hijos y no se lleve a nivel de diversión de fines de semana, sino que se este al pendiente de tareas, se puedan turnar para llevar a los menores a la escuela y recogerlos, que dicha custodia sea realmente compartida por los padres, para que la separación no sea algo que cambie por completo los hábitos y las obligaciones de los miembros que formaban la familia.

2.2.2 Divorcio Administrativo.

Dentro del procedimiento de divorcio voluntario se contempla la modalidad del divorcio administrativo, sólo que éste procedimiento no es un juicio en el Juzgado Familiar, sino un trámite ante el Oficial del registro civil, como lo contempla el Código Civil del Estado de México:

“Artículo 4.105 Cuando ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, no tengan hijos menores de edad o mayores sujetos a tutela y hubieren liquidado la sociedad conyugal, si la había, podrán ocurrir personalmente ante el oficial del registro civil del lugar del domicilio, comprobando que son casados, mayores de edad y manifestando su voluntad de divorciarse.”

El oficial del registro civil, previa identificación de lo consortes, levantará un acta en la que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que la ratifiquen a los quince días, si los cónyuges hacen la ratificación, el oficial del registro civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la de matrimonio.

Con los requisitos marcados en el Código Civil del Estado de México, se deriva que los consortes deben presentarse personalmente, es decir no pueden hacer el trámite mediante representantes, pues estamos ante un acto personalísimo que no admite representación alguna.

En esta modalidad lo más importante para mi tema, es lo regula que no deben tener hijos menores o mayores sujetos a tutela, es decir en el caso que hubiera hijos y no lo manifestarán, el divorcio administrativo no surtiría efectos legales, además de hacerse una denuncia penal; como podemos observar se cuidan los derechos de los menores en todo momento, pues si los cónyuges con tal de obtener el divorcio de una manera más rápida declaran falsamente que no tienen hijos, se pueden tomar las medidas necesarias para sancionar este tipo de acciones.

Es requisito indispensable en el divorcio por mutuo consentimiento a través de la vía administrativa que los interesados deben acudir a solicitarlo de forma personal y nunca mediante apoderado o representante, por tratarse de una acción personalísima.⁵⁴

⁵⁴ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, BUENOSTRO BAEZ, Rosalía, op.cit. pág. 197

2.3 Divorcio Necesario.

Ignacio Galindo Garfías nos explica “En el divorcio contencioso además de que el divorcio en cualquier caso, requiere la existencia de un matrimonio válido, la acción de divorcio, debe hacerse valer ante Juez competente, por persona capaz y legitimada procesalmente para accionar. Es necesario que la causal invocada se encuentre comprendida en cualquiera de las causas taxativamente señaladas en los artículos...”⁵⁵

“la autoridad competente para conocer del divorcio necesario, es el Juez de lo familiar del domicilio conyugal o en caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado.”

Para el caso del Código Civil del Estado de México que es nuestro objeto de estudio, indica claramente las causas de divorcio necesario, “Artículo 4.90.- Son causas de divorcio necesario:

- I. El adulterio de uno de los cónyuges;
- II. Que la mujer de a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse el mismo con persona distinta al cónyuge;
- III. La propuesta de prostitución de un cónyuge al otro no cuando el mismo la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso permitido;
- IV. La bisexualidad manifestada posterior a los seis meses de celebrado matrimonio;
- V. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;
- VI. Los actos inmorales ejecutados por alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos de ambos, o de uno de ellos, así como la tolerancia de su corrupción;
- VII. Padecer alguna enfermedad crónica e incurable que sea además contagiosa o hereditaria;
- VIII. Padecer enajenación incurable;
- IX. La separación del domicilio conyugal por más de seis meses sin causa justificada;
- X. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;
- XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, que hagan difícil la vida en común;
- XII. La negativa de los cónyuges de darse alimentos;
- XIII. La acusación calumniosa por un delito, hecha por un cónyuge contra el otro;

⁵⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio; op. cit., pág. 605.

- XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión no conmutable;
- XV. Los hábitos de juego prohibidos o de embriaguez habitual, el uso indebido y persistente de estupefacientes, psicotrópicos, o cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia cuando amenacen causar la ruina de la familia, o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal;
- XVI. Haber cometido un cónyuge contra la otra persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de tercero, siempre que tenga señalada en la ley una pena de prisión que exceda de un año;
- XVII. El grave y reiterado maltrato físico o mental de un cónyuge hacia los hijos de ambos o de uno de ellos;
- XVIII. Permitir ser instrumento, de un método de concepción humana artificial, sin el consentimiento de su cónyuge;
- XIX. La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.

El Código Civil del Estado de México contempla diecinueve causales para demandar el divorcio necesario, aunque es de suma importancia resaltar que no debería llevarse a cabo la convivencia familiar en todas, pues algunas de ellas son de alto riesgo para los menores, y si el Juez considera que deba haber tal convivencia será bajo la supervisión de un trabajador social o después de dictar las medidas cautelares, pero si el Juez determina que no es conveniente, deberá resolver negándola como protección a los menores, sustentando su resolución de forma jurídica y sin perjudicar las garantías individuales del cónyuge al que le sea negada la convivencia.

Daré una breve explicación de las causales que regula el Código Civil del Estado de México vigente de la siguiente manera:

En cuanto a la fracción I. No hay una definición legal de lo que implica el adulterio, así que daré la definición gramatical: “el ayuntamiento carnal ilegítimo de un hombre con una mujer cuando uno o ambos son casados”. Cabe mencionar que en la mayoría de los casos es sumamente difícil probar el adulterio, así que la Suprema Corte de Justicia de la Nación admite la prueba indirecta para demostrar la infidelidad del cónyuge culpable y bastará con que haya reconocido en el registro civil a un hijo con otra mujer que no sea su cónyuge.

Fracción II. Aplica cuando una mujer contrajo matrimonio sin confesarle al futuro esposo que se encontraba embarazada para probablemente atribuir una paternidad falsa, esta causal sólo procede cuando el esposo desconozca al hijo y sea declarado ilegítimo, aclarando que el padre no podrá desconocer a los hijos nacidos dentro de los 180 días contados siguientes a la celebración del matrimonio, (artículo 4.149 del Código de Civil del Estado de México), el plazo con el que cuenta el padre para contradecir la paternidad del hijo nacido dentro de los trescientos días de la disolución del matrimonio podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación.

Fracción III. En esta causal se demuestra la pérdida de afecto y respeto del cónyuge que propone la prostitución y recibe la remuneración por permitir actos con el cónyuge inocente, esto implica una conducta inmoral y una degradación absoluta en los fines que persigue el matrimonio en su más amplio concepto.

Fracción IV. Es de suponer que los contrayentes se conocen porque previo al matrimonio se mantuvo un noviazgo, el cual sirvió para convivir ante la sociedad como prometidos y al casarse, no se puede cambiar de manera repentina sus preferencias sexuales, en este supuesto nos encontraríamos en un engaño hacia el cónyuge inocente.

Fracción V. Cuando existe esta causal es motivo suficiente para solicitar la disolución del vínculo, pues en tomo momento debe salvaguardarse la integridad física y mental de todos los miembros de la familia, cuando el matrimonio se desenvuelve en actos u omisiones que desplieguen violencia en cualquiera de sus formas, ya no cumple su fin entre los miembros y se desvirtúa completamente la relación familiar.

Fracción VI. Para que esta causal exista es necesario que los cónyuges ejecuten actos tendientes a corromper a los hijos o que permitan que un tercero los ejecute con su consentimiento. No se exige que la tolerancia de los padres sea interesada o produzca la explotación de las malas costumbres de los hijos, es suficiente con que la corrupción sea tolerada o provocada por los padres.

Fracción VII. La enfermedad como causa de divorcio, debe de cumplir con ciertos requisitos ser crónica, contagiosa o hereditaria, o incurable, contagiosa o hereditaria, aunque hay que destacar que en la actualidad existen avances en la medicina dejando fuera ciertas enfermedades consideradas incurables, contagiosa o hereditarias, y las mismas pudieron haberse contraído antes o después de celebrado el matrimonio. Un ejemplo podría ser el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, la cual en la actualidad si no es curable puede ser tratada para que las personas que la padecen tengan una calidad de vida, lo más normal posible incluso pueden vivir durante mucho tiempo, también podríamos citar la Sífilis que de igual forma ya no es una enfermedad mortal, y es totalmente controlable.

Fracción VIII. En esta causal se maneja un término para demostrar el estado de interdicción en una persona, aunque solo tendrá un alcance legal, si es una declaración judicial emitida por un Juez, pues de otra forma esta causal no será procedente.

Fracción IX. Esta causal implica un incumplimiento por parte del cónyuge que salga del domicilio conyugal por un lapso de seis meses continuos, aclarando que para dar cumplimiento a esta causal en lo referente al domicilio conyugal, forzosamente debe de existir un lugar elegido de común acuerdo donde ambos disfrutaran de autoridad propia, pues sino se acredita que contaban con domicilio conyugal no se podrá invocar esta causal, aunque alguno de los cónyuges se haya ausentado del domicilio por un lapso mayor o igual a seis meses.

Fracción X. Esta causal refleja como la ley establece un término para manifestar el motivo que dio origen a la separación del domicilio conyugal y demostrarlo pues sino lo manifiesta dentro

de un año el cónyuge inocente pasara a ser culpable por no haber ejercitado la acción de divorcio, tal como lo regula el código, dicha separación no puede prolongarse indefinidamente.

Fracción XI. Esta causal engloba varias situaciones que se encuadran en una total y absoluta violencia pues al mencionar las sevicias nos referimos a la crueldad excesiva que hace imposible la vida en común y no un simple altercado o un golpe aislado que puede ser tolerado,⁵⁶ el poder llevar una vida armoniosa dentro de un hogar, las amenazas son las palabras o hechos mediante los cuales se intimida al cónyuge acerca de un mal inminente que le puede ocurrir a él o a sus seres queridos y las injurias es toda acción ejecutada con el ánimo de ofender, desprestigiar, lastimar su honor, deben ser graves, deben ser perfectamente detalladas en modo, tiempo y lugar para que el Juez en un momento dado pueda hacer el estudio jurídico de la gravedad de las sevicias, amenazas o injurias según sea el caso y dictar la resolución de divorcio.

Fracción XII. Como es sabido los alimentos son de orden público y entre los cónyuges deben ser recíprocos y proporcionales, pues ambos a su manera durante la vida en común al constituir un matrimonio adquieren el derecho a los alimentos, es un aspecto fundamental para el bien común de la familia, pero al haber una negativa por parte de cualquiera de ellos, se encuadra la causal, aparte de ejercer una forma de violencia, para ganar una manipulación total en el hogar.

Fracción XIII. En esta causal nos encontramos en el supuesto que dentro del matrimonio a desaparecido todo afecto y respeto de un cónyuge por el otro, al haber una calumnia es una acusación falsa y aun sabiendo eso se lleva a cabo por cualquiera de ellos, con el fin de causarle un daño, esta causa quedara probada con sentencia absolutoria o cuando se archive el expediente por falta de elementos para ejercer la acción penal correspondiente.

Fracción XIV. La conducta ilícita, cometida por cualquiera de los cónyuges y por ser un delito grave no amerita la conmutación de la pena, y el cónyuge que es declarado culpable al encontrarse en prisión se da la separación del domicilio conyugal y esta acción trae como consecuencia la modificación del matrimonio, tomando en cuenta que dicha causal habla estrictamente de un hecho doloso, nos encontramos en un supuesto que la propia pareja puede ser un peligro para los hijos pues al haber cometido un delito grave y encontrarse en prisión por esa acción, de igual forma puede causar un daño de forma intencional a cualquier miembro de la familia.

Fracción XV. Esta causal nos menciona la conducta reiterada que tiene alguno de los cónyuges por el juego, al no llevar a cabo actividades tendientes a adquirir lo necesario para el sostenimiento del hogar y de la familia, amenaza la unidad e integridad de la misma hasta el punto de llevarla a la ruina dando como consecuencia constantes desavenencias entre la pareja, en cuanto al hábito de tomar bebidas alcohólicas, estupefacientes, psicotrópicos o cualquier sustancia que altere la conducta de igual forma debe de ser algo constante que no permita poder tener un trabajo estable y por consiguiente no cumplir con las obligaciones dentro de un hogar, así como no fomentar el respeto entre todos los miembros de la familia, con este tipo de actitudes no se da ninguna prioridad a las necesidades inmediatas para el sustento del hogar.

⁵⁶ CHAVÉZ ASENCIO, Manuel F. *Relaciones jurídicas conyugales* op.cit. pág. 524.

Fracción XVI. Cuando hay un lazo de parentesco los problemas o daños que se generen en sus bienes no pueden ser tratados como si fueran personas desconocidas, pues la gravedad del delito proviene precisamente del vínculo existente, es importante mencionar que el delito dentro del código penal debe tener una pena de prisión que exceda de un año, así como estar perfectamente configurado por el ministerio público, solamente así se podrá invocar esta causal para solicitar el juicio de divorcio necesario.

Fracción XVII. De acuerdo a los derechos que tienen tanto los niños como los adolescentes, nadie puede ser agredido ni física ni mentalmente, pues al estar en esta situación no se cumple con el fin último de la familia que se formo con el ánimo de vivir juntos, alimentar y educar a los hijos, la familia se funda en una igualdad de derechos y si estos derechos son transgredidos por alguno de los cónyuges , dicha situación trae como consecuencia la ruptura de la convivencia sana y amorosa dentro del seno familiar, motivando la desunión.

Fracción XVIII. La falta de comunicación en decisiones que competen a ambos cónyuges y más en algo tan importante como lo es la procreación, el cónyuge al cual fue ocultado dicha decisión, le asiste el derecho de no querer seguir con el matrimonio, pues al no ser tomado en cuenta, en este derecho que incluso se encuentra plasmado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4º, El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Fracción XIX. Cuando hay una separación se romper la convivencia que es uno de los fines del matrimonio, y más si es por un lapso igual o mayor a los dos años, la misma ley prevé que cuando se da este tiempo sin que haya una convivencia entre la pareja se rompe el vínculo afectivo y es aquí donde encontramos la justificación para no mantener unidos a los cónyuges dentro de un matrimonio fracturado por la desunión pues hay que recordar que el vínculo conyugal es alimentado por la pareja al vivir juntos, guardarse lealtad, cuidar la familia que han creado, cooperar el uno con el otro en la educación, formación y guía de los hijos conforme a los principios que rigen a la sociedad, participar en el gobierno del hogar para el mejor desenvolvimiento del mismo, contribuir a la satisfacción de las necesidades de la familia que han creado con el matrimonio, y todo esto no se da al haber una separación prolongada, como lo menciona dicha causal.

La acción de divorcio es una acción sujeta a caducidad o prescripción. La atribución de ambos términos al divorcio ha sido motivo de divergencias. El maestro Rojina Villegas se pronuncia a favor de la caducidad, al señalar como características de la prescripción la posibilidad de la suspensión del plazo. Esto, sin embargo, no acontece con la caducidad, en la que el plazo es perentorio, pues si no se ejercita la acción dentro del término señalado, ésta se extingue sin que haya la posibilidad de suspender el transcurso del tiempo por ningún medio.⁵⁷

⁵⁷ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, BUENROSTRO BAEZ, Rosalía, op. cit. pág. 213.

Ahora bien, debemos considerar que en el divorcio contencioso los cónyuges siempre tendrán diferencias, así lo podemos percibir con las causales antes descritas, regularmente no existe consenso por parte de los cónyuges mucho menos un convenio en el que se especifique claramente la convivencia familiar, pues por lo general los cónyuges están en un enorme conflicto emocional, y durante el proceso involucran a los hijos, como si estos estuvieran incluidos en el inventario de la sociedad conyugal, o de los bienes que se van a repartir, los menores son utilizados como objeto de chantaje para obtener la mejor parte en la repartición de los bienes de la sociedad conyugal.

En muchos de los casos al no quedar satisfechos los cónyuges con el desarrollo de los hechos en el litigio, los menores son utilizados para agredir al otro cónyuge, al obstaculizar o permitir un tiempo muy reducido para que pueda entrevistarse con sus hijos, y como consecuencia no permite que tengan una sana convivencia familiar.

En la mayoría de los casos los hijos se sienten culpables del problema que enfrentan sus padres, se deprimen y se meten en su propio mundo sin entender lo que realmente está pasando, y muchas veces los padres no saben cómo remediar la situación y se refugian en los niños provocándoles más daño, porque los toman como medio para consolarse, tal vez, no se dan cuenta pero poco a poco los van poniendo en contra, haciéndolos pensar que su padre o madre, son los culpables o los malos. Los niños no tiene la culpa de nada y no tienen por que pensar que alguno de sus padres es malo, al contrario deben saber que siguen contando con ellos aunque ya no estén en casa o ya no los vean tan seguido como antes, los padres deben ser consientes que el divorcio provoca un gran daño en sus hijos y deben saber como manejar el problema.

En este tiempo el divorcio es un problema social que afecta a todos los niveles, culturales y económicos y gracias al alto índice de divorcios que se dan día con día, se empieza a ver como algo normal, de allí parte el problema porque se mira como una salida fácil el decir “me divorcio y ya” sin medir alcances y consecuencias de la afectación y desintegración de la familia y principalmente el daño emocional a los hijos.

Gloria Margarita Gurrola Peña indica los problemas de comunicación que existen en caso de divorcio. Los sentimientos de victimización pasiva de los hijos frecuentemente se exacerbaban porque los padres no los preparan ni les explican qué va a suceder, ni durante, ni después del divorcio, lo que al menos podría darles la oportunidad de ganar cierto dominio cognitivo sobre su condición. Este es, particularmente, el caso de los niños de preescolar y los jóvenes.

La ausencia de una comunicación veraz lleva, frecuentemente, a que el hijo desarrolle fantasías angustiantes sobre una presunta carencia de amor del padre que se ha marchado, y que abandonó el hogar porque ellos son los malos.

Otro de los riesgos más, serios, particularmente para los hijos de mayor edad, es que son utilizados por los padres como correos entre ellos. Los mensajes intercambiados suelen estar cargados de odio y menosprecio. Incluso para los hijos que no fueron reclutados para tomar partido, el contenido de hostilidad de tales mensajes es de lo más perturbador.

Un hijo puede comenzar a odiar a uno de los padres porque fue incitado por uno de ellos. Puede tomar partido a consecuencia de su propia interpretación de los méritos relativos de los contendientes, en particular si uno de los padres ha sido reiteradamente violento, o es, o ha sido aquel al que el hijo atribuye la ruptura familiar. Las percepciones y expectativas del padre malo a menudo se ven adornadas por elementos fantaseados que incrementan el rechazo y el miedo del hijo. Típicamente esto conduce al niño a intentar cortar la relación del padre malo y comportarse de manera provocadora durante sus encuentros, lo que frecuentemente incrementa las reacciones hostiles del padre y los prejuicios del hijo. Este comportamiento conduce a una escalada de animosidad cuyo resultado es, frecuentemente, la finalización de las relaciones entre hijo y padre⁵⁸

En estos casos a petición del cónyuge afectado, el Juez que esté conociendo del litigio deberá valorar y resolver conforme a derecho lo más conveniente a los intereses del menor pues así lo faculta la ley y por ningún motivo dejarse llevar por situaciones o hechos que no sean debidamente comprobados, debe tener una mente abierta para manejar la realidad, descubrir la verdad que encierra el conflicto planteado no sólo lo escrito en papel, para de esta forma salvaguardar todos y cada uno de los derechos que los menores tienen contemplados en la ley.

2.3.1 Efectos del divorcio necesario con respecto a los menores.

Rafael de Pina Vara clasifica los efectos del divorcio en provisionales y definitivos; los provisionales son durante el procedimiento y están contemplados en el artículo 4.95 en el Código Civil del Estado de México, como por ejemplo las medidas precautorias dictadas por el Juez, sólo regulan determinadas situaciones durante el procedimiento; Los efectos definitivos son aquellos que en virtud del divorcio los cónyuges recobran su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio, sin embargo el cónyuge que sea declarado culpable no podrá contraer nuevo matrimonio hasta haber transcurrido dos años después de decretarse el divorcio; los cónyuges que se divorcien voluntariamente podrán contraer nuevas nupcias pasando un año después que obtuvieron el divorcio.

Uno de los efectos del divorcio con relación a los hijos, es que en la sentencia se determinará definitivamente su situación en lo referente a los derechos y obligaciones que se derivan de la patria potestad tanto la pérdida, limitación o suspensión y especialmente la custodia de los menores.

Además en la misma sentencia el Juez deberá tomar precauciones para asegurar el cumplimiento de las obligaciones pendientes de los divorciantes, relacionadas con los hijos, "Ejecutoriado el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a

⁵⁸ GURROLA PEÑA, Gloria Margarita; (Compiladora), *Infancia y Crisis*, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 1998, págs. 20 y 21

las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad.”⁵⁹

En la actualidad el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 282 apartado B fracción II nos menciona lo siguiente: Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio. En defecto de esta acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor. Los menores de doce años deberán quedar la 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.

Antes de la reformar en el Código Civil para el Distrito Federal se manejaba de la siguiente manera: si no hay causa grave, los hijos menores de siete años quedarán al cuidado de la madre sin que sea obstáculo el hecho que carezca de recursos económicos. Después de los siete años, el padre que no ejerció la custodia podrá demandar la custodia compartida, en función de sus posibilidades, el Juez resolverá considerando que no exista peligro alguno para el normal desarrollo de los hijos.⁶⁰

En el Código Civil del Estado de México en su artículo 4.228 nos menciona lo siguiente:

Quando sólo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, se aplicarán las siguientes disposiciones:

- I. Los que ejerzan la patria potestad convendrán quien de ellos se hará cargo de la guarda y custodia del menor;
- II. Si no se llega a ningún acuerdo:
 - a) Los menores de diez años quedaran al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor;
 - b) El Juez, después de oír a los interesados, decidirá quién se hará cargo de los mayores de diez años, pero menores de catorce;
 - c) Los mayores de catorce años elegirán cual de sus padres deberá hacerse cargo de ellos, si éstos no eligen el Juez decidirá.

Como ya lo mencione lo más sano para el desarrollo normal de los hijos después del divorcio es un régimen de custodia compartida, en donde los hijos permanezcan de manera plena e ilimitada con ambos ascendientes, para no modificar el derecho de convivencia y mantengan relaciones de igual forma con los familiares de cada uno tal y como se hacia hasta antes de tomar la decisión de iniciar el tramite de divorcio, pues hay que resaltar que este juicio divorcia a los esposos y no a los padres con sus hijos, en donde lo ideal es tomar buenas decisiones para continuar con una crianza adecuada para los menores de una forma equitativa, aunque en la

⁵⁹ DE PINA VARA, Rafael; op. cit., pág. 346

⁶⁰ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, BUENOSTRO BAEZ, Rosalía, op. cit, pág. 215

mayoría de los casos se determina hasta que se dicta sentencia definitiva en el juicio, pues anterior a esto sólo se han dictado medidas provisionales.

Independientemente de quien tenga la guarda y custodia de los hijos ambos padres siempre tendrán la obligación de darles alimentos, hasta la mayoría de edad, y a seguir contribuyendo para sufragar sus necesidades de educación, aunque en algunos casos si los hijos mayores de edad no sea han emancipado o siguen estudiando dicha obligación no se extingue por esta situación, la ley es muy clara al establecer que ninguno de los cónyuges por la sentencia de divorcio se podrá librar de la obligación alimentaria, pues ambos son responsables en la medida de sus posibilidades.

Es realmente difícil determinar los efectos de la culpa como causal de divorcio que se llegan a ventilar durante la secuela procesal. La práctica de países que la aplican evidencia que transforma la ruptura del matrimonio en una guerra de mentiras y manipulación, recrean el dolor y las humillaciones, incentivando pruebas fraudulentas o escandalosas (certificados médicos, cartas íntimas, etc.), revolucionando el entorno de la pareja (amigos, familiares y empleados son llamados como testigos), lo cual inhibe cualquier posibilidad de reconciliación. Como los cónyuges tienen la ilusión de que el Juez aclare la realidad que han vivido, les invade un profundo sentimiento de injusticia cuando en la sentencia emitida creen que favorece a sólo uno de ellos y desde su perspectiva a veces muy limitada pueden interpretarlo como si uno hubiera ganado y el otro hubiera perdido, sin analizar que el Juez con los elementos aportados por ambas partes tiene que resolver el conflicto familiar sin transgredir los derechos de los hijos. Más grave aún, los hijos se ven en medio de una lucha entre enemigos, rodeados de insultos efectuados por testigos y abogados interpuestos, en un conflicto que se esfuerza por reconstruir responsabilidades pasadas y que destruye un futuro. Así, son los hijos quienes reciben los peores efectos de este proceso, el aumento de odio entre sus padres tiende a prolongarse de una manera indefinida, y con repercusiones en el régimen de visitas o en el cumplimiento oportuno de la obligación de alimentos.

La ley debe ser más exigente en los matrimonios con hijos menores, pues el divorcio de sus padres constituye para ellos un trauma difícil de sobrellevar. Por esta razón se tiene que fomentar más la mediación y la conciliación antes de llegar al juicio de divorcio necesario, para dar la oportunidad a los cónyuges de reconciliarse encontrando una solución a sus problemas de pareja, tomando un tiempo para pensar las graves consecuencias que traerá la ruptura matrimonial para todos los miembros de la familia.

2.4 Divorcio unilateral en el Código Civil para el Distrito Federal en comparación con el divorcio necesario en el Código Civil del Estado de México.

Tomando en cuenta que en el Distrito Federal con la derogación del divorcio necesario, y el surgimiento del mal llamado divorcio “express” o divorcio unilateral en donde la sola voluntad

de uno de los cónyuges pone fin al matrimonio sin tener que comprobar alguna de las causales que hasta antes del mes de octubre del 2008 se invocaban para llevar a cabo el juicio y en muchas ocasiones era desgastante y eterno, con las actuales reformas nos encontramos frente a un procedimiento que facilita la obtención del divorcio pues con la simple mención de no querer vivir con el cónyuge, se puede dar inicio con una solicitud de divorcio unilateral, y se puede obtener la sentencia favorable de la disolución del vínculo matrimonial en un lapso aproximado de tres de tres meses, para una mejor explicación me permito transcribir la reforma al artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal.- El divorcio disuelve el vínculo matrimonial 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. Sólo 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 y 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 y descanso y estudio de los hijos;
- III. El modo de atender las necesidades de los hijos y, en su caso, el 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 hubieran 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.

Por otro lado, en el Código Civil que rige en el Estado de México todo procedimiento de divorcio necesario empieza con la presentación de una demanda, en la cual, además del divorcio,

se reclama la pérdida de la patria potestad, el pago y aseguramiento de alimentos, el pago de deudas contraídas si es que las hay, el daño moral, la rendición de cuentas de administración de la sociedad conyugal y en su momento la disolución, además que sólo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, dentro de los seis meses siguientes al día que tenga conocimiento de los hechos en que funde la demanda, excepto en causas de tracto sucesivo.

Para llevar a cabo la comparación de ambas legislaciones citare de igual forma los artículos que hablan del divorcio necesario en el Estado de México, como son el artículo 4.88. El divorcio disuelve el matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Artículo 4.89 El divorcio se clasifica en necesario y voluntario. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama fundado en una o más de las causas que señala el artículo siguiente...

Artículo 4.90 son causas de divorcio necesario:

- I. El adulterio de uno de los cónyuges;
- II. Que la mujer de a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse el mismo con persona distinta al cónyuge;
- III. La propuesta de prostitución de un cónyuge al otro no cuando el mismo la haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitirlo;
- IV. La bisexualidad manifestada posterior a los seis meses de celebrado el matrimonio;
- V. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;
- VI. Los actos inmorales ejecutados por alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos de ambos, o de uno de ellos, así como la tolerancia de su corrupción;
- VII. Padecer alguna enfermedad crónica e incurable que sea además contagiosa o hereditaria;
- VIII. Padecer enajenación mental incurable;
- IX. La separación del domicilio conyugal por más de seis meses sin causa justificada;
- X. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, sise prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda del divorcio;
- XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, que hagan difícil la vida en común;
- XII. La negativa de los cónyuges de darse alimentos;
- XIII. La acusación calumniosa por un delito, hecha por un cónyuge contra el otro;
- XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión no conmutable;
- XV. Los hábitos de juegos prohibidos o de embriaguez habitual, el uso indebido y persistente de estupeficientes, psicotrópicos, o cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia cuando amenacen causar la ruina de la familia, o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal;

- XVI. Haber cometido un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de tercero, siempre que tenga señalada en la ley una pena de prisión que exceda de un año;
- XVII. El grave o reiterado maltrato físico o mental de un cónyuge hacia los hijos de ambos o de uno de ellos;
- XVIII. Permitir ser instrumento, de un método de concepción humana artificial, sin el consentimiento de su cónyuge;
- XIX. La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.

Como se puede observar las causales que se siguen invocando en el divorcio necesario vigente en el Estado de México son muy similares a las reguladas en el Código Civil para el Distrito Federal hasta antes de la reformas del mes de Octubre del 2008, aunque dentro del contexto que ambos procesos aunque diferentes se ventilan por medio del Código de Procedimientos Civiles en cada una de las entidades, la similitud es que ambos inician con la presentación de una demanda en el Estado de México además del divorcio por lo general se reclama la perdida de la patria potestad, el pago y aseguramiento de alimentos, el pago de las deudas contraídas para cumplir con los alimentos, la disolución de la sociedad conyugal, la guarda y custodia de los hijos, mientras que en el Distrito Federal, el pago de daños y perjuicios hasta por el cincuenta porciento del patrimonio al otro, en caso de haberse dedicado al hogar o al cuidado de los hijos y carecer de bienes, o que éstos sean notoriamente inferiores a los del otro cónyuge.

En la demanda se tiene que narrar una serie de hechos a partir de que se casaron, los hijos que nacieron, los bienes que compraron y los motivos del divorcio, estos últimos forzosamente deben ser causales de divorcio, algunas causales para ser demostradas se necesita de testigos los cuales deben ser mencionados con nombre completo y dirección para ser aceptados como prueba dentro del juicio, pues sino se hace de esta forma la prueba no será aceptada por el Juez, de igual forma se deben de mencionar y agregar todos los documentos públicos y privados que demuestren los hechos mencionados en la demanda inicial, en cuanto se de tramite en el juzgado de turno, no se podrá modificar, quitar o poner otros hechos, o citar más testigos, con todo esto anexo al escrito de demanda se presenta ante el Juzgado familiar en turno que corresponda de acuerdo al domicilio que se tenga en ese momento, después que sea admitida la demanda el Juez ordenará que se le corra traslado a la parte demandada junto con la copia de todos los documentos que tenga anexos, después de que la parte demandada sea debidamente notificada se le dará un plazo de nueve días para contestar, una vez que de contestación o no la demanda o bien presente una reconvencción a la misma, el Juez fijará una fecha para una junta de conciliación (art. 2.121 del Código de Procedimientos Civiles en el Estado de México) en donde se citara a las partes y el Juez precise los hechos controvertidos, e invitara a las partes a una conciliación, si en esta junta no se logra la conciliación, el Juez abrirá el juicio a prueba.

Dentro de un proceso de divorcio unilateral del Distrito Federal de igual forma se ventila mediante un juicio que se regirá por el Código Civil vigente aclarando que se puede dictar la sentencia de divorcio dando por terminado el vínculo conyugal, pero en el caso de que no se llegue a concluir el juicio por medio del convenio, las demás controversias correspondientes a la

situación jurídica de los hijos o bienes se tendrán que ventilar mediante los incidentes correspondientes.

2.5 Comparación de las medidas precautorias de la legislación civil del Distrito Federal y la legislación civil del Estado de México.

Ambos códigos facultan al Juez de lo familiar para que dicte una serie de medidas provisionales al admitir la demanda de divorcio aunque recordemos que en el Distrito Federal ya no existe el divorcio necesario, pero aún y con el nuevo divorcio unilateral de igual forma se dictan medidas que tienden a prevenir más problemas para los divorciantes, sus hijos y el patrimonio de estos. Para mayor claridad hare mención de las que se marcan en cada uno de los códigos:

Código civil del Estado de México

Medidas precautorias en el divorcio:

Artículo 4.95 Al admitirse la demanda de divorcio, o antes, si hubiere urgencia, podrán dictarse sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

- I. Separar a los cónyuges, tomando siempre en cuenta las circunstancias personales de cada uno y el interés superior de los hijos menores y de los sujetos a tutela;
- II. Fijar y asegurar los alimentos que debe dar el cónyuge alimentario al acreedor y a los hijos;
- III. A falta de acuerdo entre los cónyuges, la guarda y custodia de los hijos se decretará por el Juez en función del mayor interés de los menores y de los sujetos a tutela;
- IV. Dictar las medidas convenientes respecto a la mujer que esté embarazada;
- V. Las necesarias para que los cónyuges no se causen daño en su persona, en sus bienes, en los de la sociedad conyugal o en los bienes de los hijos.

Código civil del Distrito Federal:

Artículo 282.- Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; asimismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de 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 tiene bienes;
 - IV. Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieren 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 residencia.
- II. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio. En defecto de este 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 de 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, inventario de 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.

Haciendo una comparación sobre la guarda y custodia de los hijos en el divorcio necesario en el Estado de México y el divorcio unilateral en el Distrito Federal, se puede observar que dentro de las medidas provisionales dictadas en el Estado de México en la fracción III del artículo 4.95 sólo hace mención que a falta de acuerdo entre los cónyuges, la guarda y custodia de los hijos se decretará por el Juez... no especificando otra circunstancia ni mucho menos hace mención de la forma en que se puede llevar a cabo la convivencia, posteriormente en el Capítulo III De los modos de acabarse y suspenderse la Patria Potestad en el rubro de guarda y custodia en la patria potestad en el artículo 4.288... II Si no se llega a ningún acuerdo: a) Los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor; b) El Juez, después de oír a los interesados, decidirá quien se hará cargo de los mayores de diez años, pero menores de catorce; c) Los mayores de catorce años elegirán cual de sus padres deberá hacerse cargo de ellos, si éstos no eligen el Juez decidirá.

Mientras que en el Estado de México se maneja una edad de diez años para dejar bajo el cuidado de la madre, sin que esto le cause perjuicio al menor, en el Distrito Federal se maneja una edad de doce años, y menciona que el menor será escuchado en juicio para las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres, en el Estado de México si los cónyuges no llegan aún acuerdo como se observa en la mayoría de los juicios de este tipo, el Juez es quien decidirá quien se quedará con la guarda y custodia de los menores, resaltando que en ningún momento menciono algo sobre la forma de convivencia de los menores con el padre al que únicamente le asista el derecho de visita.

2.6 Proceso legislativo de divorcio:

2.6.1 En Cuba

El divorcio en Cuba fue admitido por primera vez en 1918 y reconocido en la Constitución Política de 1940.

La realización y disolución de uniones conyugales se rigieron desde 1899 hasta 1975 por el mismo código, la acción de divorcio se regulo a través del código de familia; es de suma importancia hacer notar que con el sólo argumento de incomprensión mutua se puede llevar a cabo el tramite de divorcio.

El código de familia de Cuba, está basado en el concepto socialista de la familia, y viene a unirse en esta línea a los países socialistas de Europa. El artículo 51 dispone que procederá el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, o cuando el tribunal compruebe que existen causas de las que resulte que el matrimonio ha perdido su sentido para los esposos y para los hijos y con ello también para la sociedad. El artículo 52 previene que procede el divorcio cuando existan causas que hayan creado una situación objetiva cuando el matrimonio haya dejado de ser, o ya no pueda ser en el futuro la unión de un hombre y una mujer en el modo adecuado para ejercer los

derechos y cumplir las obligaciones y lograrse los fines a los que se refieren los artículos 24 al 28 del propio código.⁶¹

Los objetivos que persigue el código, es regular las instituciones de familia: matrimonio, divorcio, relaciones paterno filiales, obligación de dar alimentos adopción tutela, con los objetivos principales de contribuir:

- a) Al fortalecimiento de la familia y de los vínculos de cariño, ayuda y respeto recíprocos entre sus integrantes.
- b) Al fortalecimiento del matrimonio legalmente formalizado o judicialmente reconocido, fundado en la absoluta igualdad de derechos de hombre y mujer.
- c) Al eficaz cumplimiento por los padres de sus obligaciones con respeto a la protección, formación moral y educación de los hijos para que se desarrollen plenamente en todos los aspectos y como dignos ciudadanos de la sociedad socialista.
- d) A la plena realización del principio de igualdad de todos los hijos.

Procederá el divorcio por mutuo acuerdo, cuando el tribunal compruebe que existen causas de las que resulte que el matrimonio ha perdido su sentido para los esposos y para los hijos, y con ellos también para la sociedad, al no lograr los fines de una pareja unida.

En la sentencia de divorcio se determina sobre la patria potestad, estableciendo como regla que ambos padres conservarán este derecho sobre los hijos menores, de igual forma el tribunal determina quien conserva la guarda y cuidado de los hijos menores y dispondrá lo conveniente para que los menores mantengan la adecuada comunicación con el padre que no le asista este derecho.

El sostenimiento de lo hijos menores es obligación de ambos padres, aún cuando no tengan la patria potestad sobre ellos, o no estén bajo su guarda y cuidado, o se encuentren estudiando. De acuerdo con lo expresado en la norma, el tribunal fijará en la sentencia de divorcio la cuantía de la pensión que aportará el padre que no tenga la guarda y cuidado de sus hijos menores.

Las medidas dispuestas en la sentencia de divorcio sobre pensiones, patria potestad, guarda y cuidado y comunicación, podrán modificarse en cualquier momento cuando resulte procedente por haber variado las circunstancias de hecho que determinaron su aplicación.

Este código de familia también vela por el beneficio en los intereses del menor, pues refiere que el padre que no tenga la guarda y cuidado, conservará la comunicación escrita y de palabra con sus hijos.

⁶¹ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. *Relaciones jurídicas conyugales*, op. cit. pág. 434.

2.6.2 En Chile

El 1º. de diciembre de 1970, se publica la ley, que rehúye sistemáticamente la palabra divorcio, para hablar en su lugar de disolución del matrimonio o cesación de efectos civiles consiguientes a la transcripción del matrimonio, señala los casos de divorcio contenidos en el artículo 3 de esta ley.⁶²

La ley de divorcio empezó el 28 de noviembre de 1995, entró como proyecto de ley en la Cámara el día 15 de enero de 1997 y estuvo en discusión hasta el mes de septiembre, fue aprobada por los diputados y la enviaron al Senado, el 7 de septiembre de 1999 se reinició el proyecto, pero fue algo muy breve y nuevamente se quedó en espera, el 13 de marzo del año 2002 se retomó la iniciativa, incluida en la convocatoria legislativa extraordinaria hasta el 2003, la Ley No. 19.947, entró en vigencia el día 18 de Noviembre de 2004, ese mismo día empezaron a presentarse demandas de divorcio en los tribunales.

Varios sectores de la sociedad entre los que se destaca la iglesia católica, se oponían a la idea de imponer en la legislación chilena la idea de divorcio vincular y lo expresaban a través de los parlamentarios que también estaban en contra del proyecto, incluso se planteó la idea de que existieran dos tipos de matrimonio para que pudieran escoger en el momento de la ceremonia el que permitiera la posibilidad de divorcio y el que fuera absolutamente indisoluble.

Según la ley, el divorcio se define como un mecanismo de disolución del vínculo matrimonial por sentencia judicial y que extingue en general, los derechos y deberes personales y patrimoniales, entre ellos. El divorcio rige para todas las uniones incluso las celebradas con anterioridad a la fecha en que la ley entró en vigor.

El divorcio procede en los siguientes casos:

- 1) Violación grave de los deberes y obligaciones del matrimonio o para con los hijos siempre que ello convierta en intolerable la vida en común. La ley detalla los casos que pueden ser estimados como violación grave, como atentados contra la vida o malos tratos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o alguno de los hijos; conducta homosexual; transgresión grave y reiterada de los deberes propios del matrimonio, como el abandono continuo, o reiterado del hogar; condena ejecutoriada para la comisión de crimen o simple delito, alcoholismo, drogadicción y tentativa de prostitución al cónyuge o a los hijos.
- 2) Cuando hay separación de los cónyuges y uno, o ambos de común acuerdo, demandan judicialmente solicitando el divorcio.

En el caso que sea uno de los cónyuges quien demanda el divorcio, se requiere que pruebe que entre ellos ha existido una separación de, a lo menos, tres años, salvo que el demandante

⁶² CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. *Relaciones jurídicas conyugales*, op. cit. pág. 436.

durante este periodo de separación, no haya cumplido con la obligación de pagar alimentos al otro cónyuge o a los hijos, en cuyo caso no podrá demandar.

Si ambos cónyuges se encuentran de acuerdo en el divorcio se deberá probar que han estado separados por un año.

Las demandas de divorcio deben hacerse ante los Tribunales de familia. En todos los casos, el Juez deberá llamar a una audiencia de conciliación (una reunión obligatoria en la que el Juez debe citar a las partes para ver si existen condiciones que puedan contribuir a superar el conflicto entre los cónyuges, manteniendo el matrimonio) o si los cónyuges lo solicitan, entran a un proceso de mediación. Este último es un proceso más complejo que la conciliación, es dirigido por un mediador que trata de resolver los conflictos que motivan el divorcio, o al menos acordar temas como pensión alimenticia y cuidado de los hijos.

Los cónyuges se encontrarán divorciados cuando se dicte la sentencia del juicio y se deje constancia de ello en el registro civil.

Cuando la sentencia queda ejecutoriada puede hablarse de que la pareja esta divorciada. El principal efecto es el fin de las obligaciones y derechos de carácter patrimonial que existen entre los cónyuges, como son los derechos sucesorios y los derechos alimentarios. Otro efecto será determinar la compensación económica entre los futuros divorciados. El termino de estas obligaciones entre los cónyuges no afecta en modo alguno la relación con los hijos y los derechos y obligaciones para con ellos.

Existen en la sociedad una pluralidad de concepciones de familia y dentro de ella cada pareja diseña su relación, dando un contenido diverso a los deberes legales (fidelidad, respeto, protección, etc.). Al utilizar la culpa menosprecia esa riqueza y reduce la ruptura matrimonial a un juego simplista de víctimas y victimarios. “Todas las familias felices se parecen, pero las familias infelices son infelices cada una a su manera”. Siendo difícil determinar externamente cuándo se ha violado un deber matrimonial, el examen de la culpa exige una reconstrucción del pasado, hurgando en la intimidad de la pareja, ventilando cuestiones que las personas tienen el legítimo derecho a guardar en estricta reserva. Es cierto que la culpa tiene, inconscientemente, una connotación de reproche moral, pues en gran medida es la traducción laica del pecado. Sin embargo, en las relaciones conyugales tal reproche debe permanecer en la intimidad de la familia; el derecho, con sus pobres medios, es incapaz de explorar los motivos de conflictos irreductibles. Esta conclusión, por lo demás, es coincidente con el resultado de dos encuestas efectuadas en el año 2001, que afirma que la mayoría de los chilenos consideran que el divorcio cae dentro de la “moral personal”⁶³

⁶³ Encuestas realizadas por la Fundación Chile 21 y la Universidad Alberto Hurtado. La encuesta de la Fundación Chile 21, “Opinión Pública N° 3. Opiniones y Percepciones sobre el Derecho a Elegir y la Píldora del Día Después” (octubre 2001), es una muestra aleatoria de hogares (600 casos), efectuada telefónicamente en Santiago, Iquique, Antofagasta, La Serena, Coquimbo, Viña del Mar, Valparaíso concepción, Talcahuano y Temuco. Por su parte, la encuesta de la Universidad Alberto Hurtado se realizó

2.6.3 En Panamá.

En esta legislación encontramos lo que es llamado la separación de cuerpos, como es sabido no disuelve el matrimonio, aunque las causas para invocarla son las mismas que las del divorcio, esta separación debe ser pronunciada por la autoridad competente en sentencia firme y no producirá efectos legales hasta que haya sido inscrita en el Registro civil; el cónyuge culpable de la separación pierde todos los beneficios que el otro cónyuge le había concedido en las capitulaciones matrimoniales, aunque hayan sido estipuladas con reciprocidad.

La separación de cuerpos, judicialmente decretada y debidamente inscrita, puede convertirse en divorcio a solicitud de los cónyuges que obtuvieron la separación. La acción de conversión sólo puede ejercerse después de un año de que se llevo a cabo la inscripción de la separación y deberá ser declarada por el Juez competente, sin mayor trámite, mediante resolución fundada en sentencia ejecutoriada y en la inscripción en el Registro civil de la separación de cuerpos.

Las causales de divorcio que contemplada la ley son:

- 1).- El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro, o de sus hijos, hijas, hijastros o hijastras.
- 2).- El trato cruel físico o psíquico sí con el se hace imposible la paz y el sosiego doméstico.
- 3).- La relación sexual extramarital.
- 4).- La propuesta de uno de los cónyuges para prostituir al otro.
- 5).-El conato del marido o de la mujer para corromper o prostituir a sus hijos, hijas, hijastros o hijastras, a la connivencia en su corrupción o prostitución.
- 6).- El abandono absoluto por parte del marido de sus deberes de esposo o de padre, y por parte de la mujer, de sus deberes de esposa o de madre, si al presentar la demanda de divorcio han transcurrido por lo menos 6 meses, contados desde que se origino la causal, salvo que se trate de abandono de mujer embarazada, en cuyo término es de 3 meses.
- 7) El uso habitual e injustificado de drogas o sustancias psicotrópicas.
- 8).- La embriaguez habitual.
- 9).- La separación de hecho por mas de 2 años, aun cuando vivan bajo el mismo techo...

La demencia, la enfermedad contagiosa y cualquier otra situación semejante en alguno de los cónyuges no autoriza el divorcio, pero podrá el Juez con conocimiento de causa, y a instancia

entre el 27 de julio y el 17 de agosto de 2001; es una muestra aleatoria (900 casos), efectuada por Time Search en el hogar del entrevistado, en la Región Metropolitana.

del otro cónyuge, suspender breve y sumariamente, en cualquiera de dichos casos, la obligación de cohabitar, quedando sin embargo, subsistentes las demás obligaciones conyugales para con el cónyuge afectado.

2.6.4 En los países Escandinavos.

El grupo de países nórdicos: Suecia, Dinamarca, Finlandia y Noruega, que une Inglaterra son aquellos en donde los índices de divorcio son mayores, llegando en el caso de Suecia a superar el índice de 50 divorcios por 100 matrimonios, a mediados de la década de los setenta y estabilizándose posteriormente en un índice un poco más moderado de 42 por 100.

Uno ejemplo claro lo encontramos en Dinamarca, donde el divorcio se ha convertido en un trámite administrativo, y por excepción en un proceso judicial, cuando los cónyuges no lleguen a un acuerdo.

Dentro de estos países debemos citar a Noruega siendo una monarquía constitucional con un sistema parlamentario de gobierno, las funciones del rey son principalmente ceremoniales pero posee un símbolo de unión nacional; en la constitución de 1814 garantiza poderes ejecutivos importantes al rey, estos son casi todos ejecutados por el consejo de Estado en nombre del rey (consejo del rey). El consejo de Estado o Gabinete consta de un primer ministro y su consejo, nombrado por el rey. Desde 1884, el sistema parlamentario ha asegurado que el consejo tenga aprobación del parlamento por lo que los nombramientos realizados por el rey son una simple formalidad.

Siendo un país unicameral para considerar o modificar la legislación, el parlamento noruego elige un cuarto de sus miembros para formar una cámara alta o Lagting, mientras los otros miembros constituyen una cámara baja u Odelsting.

En la ley de divorcio de Noruega (1991), por ejemplo, el proceso de mediación es obligatorio sólo si los cónyuges tienen hijos menores de 16 años. Por otra parte, un procedimiento obligatorio de conciliación o de mediación para reconciliar a los cónyuges es casi imposible de poner en práctica, pues debemos recordar, para que exista la mediación y la conciliación ante todo debe existir la voluntad de los divorciantes para dar cumplimiento al convenio realizado en este tipo de acuerdo.

En Suecia el divorcio se puede solicitar sin causa alguna, se aplica independientemente del acuerdo de la pareja, y se debe de tomar un periodo de reflexión de seis meses, sólo habrá excepción de no cumplir con este periodo de reflexión, cuando la pareja ha estado separada durante dos años, cuando se llevo a cabo el matrimonio a pesar de que los cónyuges son parientes en línea directa o colateral por un vínculo matrimonial o unión de hecho registrada, en estos caso el divorcio puede ser iniciado por el ministerio público.

Decretado el divorcio se debe de distribuir los bienes que la pareja hubiera adquirido durante la vida en común entre ambos, de forma equitativa, independientemente de que alguno de los divorciados hubiera dado motivo a la disolución del vínculo, la división que se haga debe ser en todos los casos en partes iguales.

Tras el divorcio, la pareja continua automáticamente teniendo la custodia conjunta de los hijos, sólo si el tribunal considera que hay evidencias que la custodia conjunta resulta incompatible con el bienestar de los niños o alguno de los cónyuges lo solicita demostrando que la custodia compartida no cumple el fin de salvaguardar el interés superior de los menores, se dejará la custodia exclusiva a uno de ellos.

En cuanto a la pensión alimenticia de los menores, ambos cónyuges son responsables en forma igualitaria de la manutención de los hijos, si por alguna razón uno de los progenitores no conviva con los hijos de igual forma deberá cumplir con la obligación de dar alimentos.

Esta legislación también cuentan con alternativas para resolver los diversos problemas que pueden surgir en relación con el divorcio, una de estas alternativas es el “asesoramiento familiar”, el cual consiste en trata los conflictos de cohabitación en la pareja y en la familia, de esta manera las parejas obtienen ayuda para resolver problemas y conflictos, de modo que puedan continuar conviviendo y evitar en la medida de lo posible el divorcio. Si hay una separación de facto, el servicio de asesoramiento familiar lo proporcionan organismos públicos (El Consejo municipal provincial) eclesiales y privados. A los municipios incumbe garantizar que cualquier persona que lo pida reciba esta clase de asesoramiento familiar; también existen las llamadas “discusiones de cooperación” las cuales no se enfocan en los adultos sino en los hijos, su finalidad fundamental es llegar a un acuerdo sobre los problemas relativos a la custodia de los hijos, su residencia y el contacto con ellos.

La primera condición para poder presentar una demanda de divorcio ante un órgano jurisdiccional sueco es que sea competente para conocer del asunto, este supuesto aplica cuando ambos cónyuges son ciudadanos suecos y viven en Suecia, a continuación se describen algunos casos en donde también los tribunales son competentes:

- * Ambos cónyuges son ciudadanos suecos.
- * El demandante es un ciudadano sueco y reside habitualmente en Suecia o lo ha hecho previamente desde los 18 años.
- * El demandante no es ciudadano sueco, pero ha residido habitualmente en Suecia durante por lo menos 1 año.
- * El demandado reside habitualmente en Suecia.

Una vez establecida la competencia de un Tribunal sueco para conocer de un proceso de divorcio, la causa se celebra ante el tribunal de primera instancia en cuya circunscripción tiene su residencia habitual uno de los cónyuges. Si ninguno de ellos reside de forma habitual en Suecia, el proceso se celebra en el tribunal de Distrito de Estocolmo.

Finlandia también pertenece a los países escandinavos, de igual forma para obtener el divorcio se debe pasar un periodo de reflexión de seis meses, la excepción de no cumplir con este plazo es cuando en la fecha de presentación de la demanda, los cónyuges ya no vivan juntos desde dos años atrás.

Al disolverse el matrimonio, la norma general es que la totalidad de los bienes de los cónyuges se reparte equitativamente entre ellos, pueden acordar el reparto de los bienes o el reparto puede ser efectuado por un administrador nombrado por el tribunal, existen excepciones a la norma general en caso, de contrato de matrimonio; el reparto también puede ser objeto de conciliación cuando exista el riesgo de llegar a un resultado final inadecuado, dicha repartición puede llevarse a cabo desde el periodo de reflexión.

En cuanto a la custodia y residencia de los hijos menores, pensión alimenticia y derecho de visita pueden resolverse en un expediente adjunto a la demanda de divorcio; pero el tribunal puede obligar a un cónyuge a pagar una pensión alimenticia al otro si considera que la medida es equitativa.

La demanda de divorcio se presenta ante el juzgado de primera instancia, la ley establece que todos los litigios familiares deben resolverse, en la medida de lo posible, por vía de negociación y conciliación, los cónyuges pueden solicitar la asistencia y el apoyo de los mediadores⁶⁴ de la comisión de asuntos sociales responsables de asuntos familiares de su municipio. El tribunal de primera instancia debe comunicar a los cónyuges que disponen de esta posibilidad de conciliación. El mediador procurará llegar a un acuerdo sobre la forma de resolver los conflictos familiares, respetando al máximo los intereses de todas las partes. El mediador presta su apoyo en el marco de la celebración de acuerdos y de la preparación de otras medidas para resolver los litigios. También debe velar por los intereses de los hijos menores, hay que puntualizar que la conciliación tiene siempre un carácter voluntario.

Es importante destacar que la consagración en los países escandinavos de un “derecho al divorcio”, no es para fomentar la ruptura familiar, sino para declarar la firme decisión de no tener que aparentar un matrimonio cuando no cumple con los fines que fue creado, y otorgar así un acceso igualitario a la mujer en el trámite de divorcio.

Este es uno de los propósitos de las leyes de divorcio de Suecia (1973), Dinamarca (1991), y Noruega (1991).

⁶⁴ La mediación es un proceso autocompositivo de resolución de conflictos, en el cual una tercera persona neutral llamado mediador, quien ayuda a resolver la discrepancia de posturas encontradas de una manera informal y privada en donde las partes intentan resolver por si mismos desde su propia visión del problema.

2.7 Medidas precautorias en el divorcio necesario con respecto a los menores.

En un divorcio voluntario existe de por medio un convenio que es presentado al Juez cuando se solicita el divorcio, en este convenio están determinados los días y horas que podrán convivir con su menor hijo, el cónyuge que no tiene la guarda y custodia de sus menores hijos.

Caso contrario, en el divorcio necesario, el código civil del Estado de México, no prevé la convivencia familiar, el legislador no la tomó en cuenta, dentro de las medidas cautelares, que contempla:

“El artículo 4.95.- Al admitirse la demanda de divorcio, o antes, si hubiere urgencia, podrán dictarse sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes.”

I.- Separar a los cónyuges, tomando siempre en cuenta las circunstancias personales de cada uno y el interés superior de los hijos menores y de los sujetos a tutela;

II.- Fijar y asegurar los alimentos que debe dar el cónyuge alimentario al acreedor y a los hijos;

III.- A falta de acuerdo entre los cónyuges, la guarda y custodia de los hijos se decretará por el Juez en función del mayor interés de los menores y de los sujetos a tutela;

IV.- Dictar las medidas convenientes respecto a la mujer que esté embarazada;

V.- Las necesarias para que los cónyuges no se causen daños en su persona, en sus bienes, en los de la sociedad conyugal o en los bienes de los hijos.”

Como se podemos observar se toman medidas con respecto a los alimentos, guarda, custodia y los bienes, pero en ningún momento, menciona “la convivencia familiar”, debiendo ser uno de los señalamientos importantes en este tipo de litigios, pues difícilmente los cónyuges acordarán días y horas donde puedan convivir con ellos, en muchos de los casos los padres los utilizan para chantajearse y de esta manera obtener una ventaja dentro del litigio.

En estos casos es muy importante la intervención del Juez, Rafael de Pina nos dice, “...el Juez deberá resolver lo relativo de los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación según sea el caso, y en forma especial la custodia y el 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 a las partes y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida. 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 menores 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.”

Como punto medular de este investigación es muy importante señalar que existen lagunas o vacíos en nuestra legislación; pero existe jurisprudencia, escritos doctrinarios y muchos autores señalan la importancia que tiene la convivencia familiar en los casos de divorcio, en esta situación

mi pregunta es ¿por qué el legislador no tomó en cuenta estos aspectos?, tanto en el código civil abrogado como el vigente, no es regulada la convivencia familiar en el divorcio necesario.

2.8 La pérdida de la patria potestad como sanción al cónyuge culpable en el divorcio necesario.

La patria potestad que ejercen los padres sobre sus hijos emana del hecho de la engendración y no del acto jurídico del matrimonio y, por regla general, debe ser ejercitada por todos ellos; sólo en casos excepcionales que la misma ley prevé puede el Juez condenarlos a su pérdida.⁶⁵

En nuestro sistema legal, la patria potestad es irrenunciable, pero en ocasiones por resolución judicial se puede perder, situación que exige pruebas fehacientes y plenas que no dejen lugar a dudas para que se decrete la pérdida de los deberes que emanan de ella.

Uno de los efectos en relación a los hijos dentro de la sentencia de divorcio que declare la disolución del vínculo matrimonial es la determinación de los derechos y obligaciones derivadas de la patria potestad, el Juez acordará de oficio cualquier providencia que considere benéfica para los menores, aún considerando la pérdida de la patria potestad para uno o ambos padres conforme así lo regula el: “Artículo 4.96.- En la sentencia que decrete el divorcio, se determinarán los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad, respecto a la persona y bienes de sus hijos, teniendo en cuenta el interés particular de los menores, su salud, costumbres, educación y conservación de su patrimonio. El juez acordará de oficio cualquier providencia que considere benéfica para los hijos o los sujetos a tutela.”

La pérdida de la patria potestad es un asunto de gravedad extrema, las causales deben quedar debidamente probadas. Esto también ha sido materia de sentencia de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice: “En virtud de que la sociedad está interesada en la conservación de las relaciones paterno – filiales y en que los padres e hijos mantengan los vínculos legales que generan derechos y obligaciones, el juzgador debe ser estricto a fin de que para determinar la pérdida de la patria potestad se presenten claramente la causal que en el código civil respectivo señale.”⁶⁶

Ignacio Galindo Garfías considera que “En cuanto a la situación de los hijos, el artículo 283 otorga al Juez “las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según sea el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello”

⁶⁵ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *Relaciones jurídicas conyugales*, op. cit. pág. 564.

⁶⁶ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *Relaciones jurídicas paterno filiales*, op. cit. pág. 344.

El contenido de este artículo es resultado de la reforma que sufrió el código civil que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1983. Esa reforma modificó radicalmente los efectos de la sentencia de divorcio sobre la situación de los hijos, concediendo al Juez de lo familiar un amplio arbitrio discrecional para determinar lo que prudentemente crea conveniente a favor de la vida, la salud espiritual y corporal y la seguridad de los hijos.⁶⁷

Es de suma importancia que en la sentencia el Juez considere en base a las medidas cautelares y a los hechos desarrollados durante el proceso, el ejercicio o la pérdida de la patria potestad, guarda y custodia, así como la convivencia familiar del cónyuge que no le asisten estos derechos, o en su caso la restricción por considerar de alto riesgo que se lleve a cabo la convivencia, con los hijos.

La pérdida de los deberes que emanan de la patria potestad, es una sanción al cónyuge culpable, aunque hay que hacer una distinción, pues si las causas no son graves, sólo se procederá a su limitación, en todo momento el Juez es quien determinará la situación jurídica de los menores respecto a la convivencia con el padre que únicamente tenga derecho de visita.

⁶⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio; op. cit. pág. 633.

Capítulo III

La patria potestad y custodia de los menores

3.1 Concepto y aspectos de la patria potestad.

Debido a que la Patria Potestad surge del derecho de familia, daré algunas definiciones para destacar los derechos y obligaciones que emanan de ésta; como se da protección a la familia tanto en lo particular como en lo general, hay que reconocer que el derecho familiar nace como una organización primaria, funciona como cimiento de la estructura social y estatal. Por lo tanto el Estado le otorga un trato de carácter tutelar y la califica de orden público e interés general, por esta razón la familia puede ser definida como una institución social, compuesta por un conjunto de personas unidas por un vínculo jurídico como es el matrimonio, concubinato, por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad, tomando en cuenta que la misma legislación se ha tenido que adaptar a la evolución social que ha sufrido la familia desde los tiempos antiguos.

El Dr. Galindo Garfías la define de la siguiente manera “En sentido amplio, la familia es un conjunto de personas (parientes) que proceden de un progenitor común; que establece vínculos entre sus componentes de diverso orden o identidad (sentimentales, morales, jurídicos, económicos, de auxilio y ayuda recíproca) a los que el derecho objetivo atribuye el carácter de deberes, obligaciones, facultades y derechos de naturaleza especial.”⁶⁸

Clemente Soto Álvarez lo define de la siguiente manera: “Es aquella parte del derecho civil que regula la constitución del organismo familiar y las relaciones entre miembros.”⁶⁹

Las relaciones jurídicas familiares son de carácter privado, en virtud que sólo participan como sujetos activos y pasivos los particulares de los mismos. Entrañan obligaciones y derechos a los integrantes del núcleo familiar. El incumplimiento de obligaciones trae aparejado sanciones como son: la inexistencia y nulidad el acto jurídico.

Partiendo de este criterio podemos considerar que el derecho de familia pertenece por entero al derecho privado, no obstante que tutele intereses generales o colectivos, siendo sus normas irrenunciables. Tampoco importa que el derecho de familia regule las relaciones de sujetos colocados en planos distintos, como son las que se derivan de la patria potestad, de la potestad marital (para los derechos que la aceptan) y tutela, pues lo fundamental descansa en que se trata de relaciones entre particulares. El Estado podrá tener cierta injerencia como después determinaremos en la organización jurídica de la familia, pero por ningún concepto puede pensarse que las normas relativas a la misma se refieren a la estructuración del estado, a la

⁶⁸ SOTO ALVAREZ, Clemente; *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil*, Tercera edición, Editorial Limusa, México, 1982 pág. 91

⁶⁹ Ídem.

determinación de sus órganos o funciones, o bien, a las relaciones de aquellos con los particulares.⁷⁰

De estos antecedentes podemos encontrar que la patria potestad emana del derecho familiar, y Rafael de Pina Vara la define como “Patria potestad: Conjunto de las facultades que supone también deberes conferidos a quienes las ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida de lo necesario.”⁷¹

Marcel Planiol la define como “el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales.”⁷² De esta definición podemos observar que únicamente señala al padre y a la madre, pero el código civil vigente en el Estado de México, en un alcance jurídico mayor también le reconoce este derecho a los abuelos maternos y paternos, en el supuesto de que los padres no puedan ejercerla.

La palabra potestad, proviene del latín *potestas* que significa, poder, dominio, facultad o jurisdicción que se tiene sobre algo o alguien. En el derecho romano la potestad comprendía el poder administrativo y la facultad de convocar al pueblo para hablarle o para que votara; en el derecho canónico se define como el conjunto de poderes, facultades y atribuciones que Cristo concedió a la iglesia a través de los apóstoles.

En el derecho Germánico “el padre tiene la “*munt*”⁷³ sobre el hijo que significa un derecho y un deber de protección, por inclusión de la administración y disfrute del patrimonio del hijo, la potestad del padre no es vitalicia, como en el derecho romano, sino que termina cuando el hijo ya crecido empieza una vida económica independiente.

En el derecho alemán, conoce también una potestad materna sobre el hijo que, mientras vive el padre, aparece oculta por el derecho de éste haciendo valer después de la muerte del mismo.

El derecho común no mantuvo la naturaleza del principio vitalicio de la patria potestad, sino que, bajo el nombre de *mancipatio juris germanici*, el hijo sale de la patria potestad cuando comienza una economía independiente (*separate oeconomia*), la hija también cuando se casa, aunque no se nombro la patria potestad en la mujer, la madre tenía derecho a ser nombrada tutora.

En España influye la legislación germánica respecto de la organización de la patria potestad, y en las Partidas, no obstante que deriva del derecho romano, ya la patria potestad se ejercía de forma menos estricta y en México en los códigos de 1870 y 1884 se ejercía en primer

⁷⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, Tomo segundo, Derecho de Familia, Décimo primera edición concordada con la legislación vigente por la Lic. Adriana Rojina García, Editorial Porrúa, México, 2009, pág.4 y 5.

⁷¹ PINA, Rafael de, y Rafael de Pina Vara; *Elementos del derecho civil*, op. cit. pág. 375.

⁷² SOTO ALVAREZ, Clemente; *Óp. Cit.*, pág. 120.

⁷³ El Munt germánico nos muestra una participación materna, no sólo por serle atribuida la potestad en defecto del padre, sino por reconocerle derechos y deberes durante el ejercicio de esta.

lugar por el padre y después por la madre, y sólo en los casos de muerte, interdicción, ausencia del llamado preferente, sería llamado al ejercicio de la patria potestad el que seguía en el orden que marcaban los artículos del código. Después de la muerte seguía el abuelo paterno, y en segundo lugar el materno, fue hasta la Ley sobre relaciones familiares de 1917 donde el artículo 241 estableció: la patria potestad se ejerce por el padre y la madre en primer término y después por los abuelos paternos y por último por ambos abuelos maternos, lo que se sigue aplicando hasta nuestro tiempos, en el código civil Vigente en el Estado de México, nos menciona en su artículo 4.204 el orden en que será ejercida la patria potestad:

I Por el padre y la madre;

II Por el abuelo y la abuela maternos;

III Por el abuelo y la abuela paternos.

El código civil del Estado de México, no contempla una definición de patria potestad, sin embargo señala sus aspectos, “artículo 4.203.- La patria potestad comprende la representación legal y la protección integral del menor en sus aspectos físico, moral y social, su guarda y custodia, la administración de sus bienes y el derecho de corrección.” La protección que señala no depende de la existencia de un vínculo matrimonial, sino del hecho de la procreación o de la adopción, por un hecho natural se le atribuye a los ascendientes un complejo de facultades y derechos con los que cumplirán la obligación ético y social de quienes tienen el ejercicio de ésta.

Clemente Soto señala “La protección, el deber de educarlos y corregirlos, deriva de la autoridad que se entrega a los ascendientes sobre la persona y bienes de quienes necesitan una protección no sólo material sino espiritual.”⁷⁴ Los investigadores del derecho reconocen en la patria potestad un contenido moral y un jurídico perfectamente entrelazado, sin que ninguno de ellos pueda separarse uno del otro, y sin atacar a la naturaleza esencial de esta institución.

Debido a la evolución que ha sufrido la familia, en nuestra sociedad, sobre todo en las zonas urbanas, han venido destacándose dos tipos de familias: la monoparental y la reconstituida. La primera es la compuesta únicamente por uno de los padres (padre o madre) y sus hijos, como es el caso de madres o padres solteros, de los divorciados o viudos cuando no contraen nuevas nupcias o se unen en concubinato. La segunda, o familia reconstituida, es el resultado de la unión (matrimonio o concubinato) de parejas en las que uno o ambos miembros, con anterioridad, ya habían formado otra familia,⁷⁵ los miembros son hijos de matrimonios anteriores, así como los hijos que procreen ambos en su nueva unión familiar.

También no hay que olvidar que otro de los fenómenos que viene a fracturar a la familia lo es la migración pues ha cobrado auge en esta última década, ya que implica dejar casa, lugares, afectos, tradiciones todo con el afán de encontrar mejores condiciones de vida, ha hecho que se constituyan nuevas familias, pues al emigrar los hombres en la mayoría de los casos se involucran con otras mujeres que se encuentran en una situación similar, de ausencia dentro de su familia de

⁷⁴ SOTO ALVAREZ, Clemente; Óp. Cit., pág. 120.

⁷⁵ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, BUENOSTRO BÁEZ, Rosalía, op. cit. pág. 4.

origen, y esto los lleva a conformar nuevos núcleos familiares en el país donde se encuentren, de igual forma las mujeres que quedan solas con hijos, se enfrentan al cuidado y educación sin el apoyo económico y moral de la pareja.

Este tipo de situaciones por lo regular nunca se da el divorcio, sino simplemente con el paso del tiempo, pretenden creer que el vínculo matrimonial se encuentra disuelto, aunque esto sólo es de hecho, ya que jurídicamente tiene que haber forzosamente una sentencia emitida por un Juez de lo familiar en donde se de por consumado el divorcio necesario, invocando la causal número XIX del código civil vigente en el Estado de México referente a la separación por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.

La migración transforma las relaciones entre los integrantes de la familia de maneras diversas y contradictorias de acuerdo con la relación de parentesco que se entable entre ellos. En cualquier caso, el impacto más fuerte de la migración recae sobre la familia.

Es un fenómeno de organización colectiva y por este motivo, involucra no sólo a las familias de los que emigran, sino al conjunto de los habitantes de la localidad de donde salen. En esas localidades se generan diferencias entre los que se quedan y los que se van. En lo que respecta a las familias las diferencias se manifiestan entre los que cuentan con emigrantes y las que no.⁷⁶

Desde el punto de vista jurídico, la simple pareja forma una familia, porque entre ambos miembros se establecen relaciones jurídicas familiares que los rigen, ya que constituyen un conjunto de deberes, derechos y obligaciones recíprocos que les son propios.⁷⁷

Analizando lo anterior es importante mencionar que el concepto familia y derecho integran la definición de derecho de familia, y como parte del derecho privado se vincula con el público para reglamentar las relaciones entre los miembros de la familia en cuanto a su constitución, organización y disolución. De ahí que la definición de derecho familiar responda a la regulación jurídica de los hechos derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio o el concubinato, de la filiación y el parentesco. En otras palabras, el derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas de orden público e interés social que regulan la constitución, organización y disolución de las relaciones entre los miembros de la familia con el objeto de proteger el desarrollo integral de ellos.

En el derecho moderno la familia esta integrada exclusivamente por los parientes consanguíneos (excepcionalmente puede comprender al hijo adoptivo) pero aún dentro de los mismos existe una limitación. En su sentido amplio, la familia comprende en general a todos los que descienden de un antepasado común, para abarcar a los parientes en línea recta y en línea colateral, hasta determinado grado que el derecho en cada caso va precisando. Por ejemplo, en el

⁷⁶ www.ciesas.edu.mx

⁷⁷ BAQUERIO ROJAS, Edgard , BUENROSTRO BAEZ, Rosalía, op. cit. pág. 7

código civil de 1884, se reconocía el parentesco colateral hasta el octavo grado. En el código vigente sólo hasta el cuarto grado para los efectos hereditarios.⁷⁸

De acuerdo a todos los elementos que abarca la definición que nos da el Maestro Rojina Villegas, deducimos que en el derecho moderno esta determinada por virtud del matrimonio y del parentesco consanguíneo, comprendiéndose además, de manera excepcional del parentesco por adopción.

Es importante mencionar que en nuestra legislación el derecho familiar todavía no alcanza la autonomía requerida, en el año de 1971 se crearon los juzgados y las salas familiares, pero todavía cualquier conflicto familiar es regulado por el código civil, es de suma importancia mencionar que en el Estado de México que es la jurisdicción que abarca la presente tesis, de igual forma los juicios familiares en su normatividad, tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo, se llevan con lo estipulado en la rama civil.

Llegamos a la conclusión que la patria potestad se encuentra dentro de la relación paterno-filial, que implica, fundamentalmente deberes en relación a la persona de los hijos menores de edad no emancipado y obligaciones en relación a los bienes que estos tengan, surgiendo desde el momento mismo en que los hijos son concebidos, pues los padres tiene que dar protección, cuidado y guía a los hijos en todos los aspectos, surge de una forma natural y es confirmada y regulada por la ley.

La compilación civil del Distrito Federal, la describe de una forma más actualizada como una institución de derecho familiar, de importante función social, que se define como el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre los hijos menores no emancipados o incapacitados, con independencia de su filiación, así como sobre los hijos adoptivos. No constituye un derecho subjetivo, pues no pueden ejercitarlos libremente, sino un verdadero deber. Se caracteriza por las notas de intransmisibilidad, irrenunciabilidad e imprescriptibilidad.

En la actualidad la patria potestad debe ejercerse por igual y en forma compartida tanto por el padre como por la madre, convivan o no bajo el mismo techo o, en ocasiones, de manera exclusiva por alguno de los dos (limitación, suspensión o pérdida) para proteger a los menores. Además, hoy en día se ha erradicado la idea de poder absoluto para gobernar y administrar los bienes de éstos. Por otra parte, a falta de los padres, será el juez de lo familiar el que decidirá quien de los ascendientes en segundo grado (abuelos) la ejercerá. Tratándose de la patria potestad, nuestro código civil local pondera los principios de respeto y consideración mutuos, y establece que éstos deben imperar en las relaciones entre ascendientes y descendientes para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus deberes y obligaciones, sea que estén juntos o separados.⁷⁹

⁷⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, op. cit. pág. 24.

⁷⁹ BAQUIERO ROJAS, Edgard, BUENOSTRO BÁEZ, Rosalía, op. cit. pág. 267.

3.2 Características de la patria potestad.

Dentro de la patria potestad existen 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, para que sean representados por los progenitores, abarcando de igual forma el derecho y obligación de alimentos, convivencia y educación, así como la formación en todos los aspectos de la vida del menor, en consecuencia, no es renunciable ni transferible, ya que desde que el menor nace la patria potestad surge para los padres y no pueden cederla a nadie, tampoco es prescriptible, pues el no ejercicio o abandono se sanciona pero no libera de sus funciones a quien la tiene.

En la actualidad es ejercida de forma conjunta por los padres, y de forma exclusiva por alguno de ellos, sí por alguna sanción se llega a limitar, suspender o perder, estas situaciones se encuentran marcadas en el código civil para el Estado de México en su artículo 4.225 que nos habla exclusivamente en que casos es suspensibilidad:

I Por declaración de estado de interdicción de quien la ejerce;

II Por declaración de ausencia;

III Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión;

IV Por sustracción o retención indebida del menor por quien no tenga la custodia.

La patria potestad es irrenunciable pues por su naturaleza es de interés público, los deberes y derechos que la conforman son inalienables, es decir están fuera del comercio, los derechos conferidos al titular son personalísimos, sólo excepcionalmente se transmiten en el caso de la adopción, este cargo no es transmisible por propia voluntad de los particulares, sólo puede ser transferida en caso de adopción, y cuando la apruebe un Juez de lo familiar como medida de protección para el adoptado, y por último es imprescriptible, es decir, los derechos y obligaciones derivadas de la misma, no se extinguen por el transcurso del tiempo.

Daré una breve explicación de las características de la patria potestad para entender cada uno de los elementos que componen a esta figura jurídica:

- a) Irrenunciable: se da una forma natural, de igual forma surge la obligatoriedad pues los padres no pueden deslindarse de esta obligación ni renunciar bajo ninguna circunstancia, sólo pueden excusarse quien tenga sesenta años cumplidos, o cuando por su mal estado de salud no pueda atender debidamente su desempeño esto lo encontramos marcado en el artículo 4.226 del código civil vigente en el Estado de México.
- b) Representación total: comprende un conjunto de deberes y obligaciones orientados al menor en lo que abarca no sólo a los bienes de este sino a lo que corresponde a la

educación, atención, en su desenvolvimiento humano, psicológico y espiritual, todos estos aspectos se encuentran reglamentados en el derecho familiar.

- c) Temporal: debido a la evolución que ha tenido desde su origen en el derecho romano, en la actualidad es un derecho temporal, el código civil vigente en el Estado de México nos refiere los casos en que concluyen los deberes de la patria potestad, artículo 4.223:

- I Con la muerte del que la ejerce;
- II Con la emancipación derivada del matrimonio;
- III Por la mayoría de edad.
- IV Por la adopción simple.

- d) Intransmisible: los derechos, deberes y obligaciones que la integran están fuera del comercio, por lo que no pueden ser materia de transferencia o enajenación, sólo corresponde a los padres o a los abuelos, aunque se puede tomar como una excepción la adopción, pues transmite la patria potestad pero a quien se le transmite adquiere los derechos y obligaciones de progenitor.

Analizando estas características y al ver la evolución que ha tenido esta figura jurídica dentro del derecho, podemos observar que no significa un poder o potestad sobre el hijo, pues éste tiene dignidad y libertad, tampoco significa potestad sobre los bienes, pues la administración y el dominio de los bienes se encuentran limitadas por la ley, se trata de una relación jurídica entre personas, aún cuando una de ellas sea menor de edad y se encuentre en una relación de subordinación, ya que el padre que educa y administra necesariamente dará ordenes o reprimirá y el hijo tendrá la obligación de obedecer y aceptar, ya que esto entra dentro de la educación que el mismo Estado confiere y exige a los padres, para que se lleve dentro de la familia una regulación de sus miembros encaminados a ser personas de bien.

Al existir la relación jurídica paterno-filial, surgen automáticamente todos los deberes, derechos y obligaciones de la patria potestad, que ejercen los progenitores sobre los hijos menores.

Nuestra legislación no distingue entre hijos según su origen. La patria potestad como deber y derecho se ejerce siempre que exista la relación jurídica paterno-filial. Se ejerce por ambos progenitores en el matrimonio cuando los padres viven juntos. En caso de divorcio o separación, uno de ellos ejercerá la patria potestad y el otro puede conservarla o perderla según las circunstancias.⁸⁰

En México, el legislador en los últimos tiempos ha privilegiado este derecho para ascendientes y descendientes, sobre todo con la reforma a diversos preceptos sustantivos y adjetivos civiles y penales, pues ha considerado fundamental la convivencia de los menores con

⁸⁰ CHAVÉZ ASENCIO, Manuel F., *Relaciones jurídicas paterno filiales*, op. cit., pág. 103.

ambos progenitores y el derecho de éstos a ejercer y disfrutar de su paternidad/maternidad conviviendo con sus hijos.

3.3 Patria Potestad en adopción plena y adopción simple.

El acto jurídico que establece la adopción, es un acto de poder del Estado, debido a que el vínculo que nace entre el adoptado y adoptante nace de la autorización judicial, y es otorgada cumpliendo determinados requisitos regulados por la ley, ante un Juez de lo familiar, siendo indispensable la voluntad del adoptante y el consentimiento de los representantes del adoptado para la creación del parentesco civil, pues el nuevo miembro ingresa a la familia con los requisitos y solemnidades que establece la misma legislación. El autor Clemente Soto Álvarez señala lo siguiente “El acto jurídico de la adopción es un acto solemne plurilateral, constitutivo de la filiación y de la patria potestad; es una institución protectora de los menores e incapacitados.”⁸¹

La filiación adoptiva no ofrece un carácter biológico sino exclusivamente jurídico, pues consiste en la constitución de un vínculo paterno-filial o materno filial, entre dos personas, nace a petición de una y aceptación de otra.

La adopción fue creada con fines netamente religiosos, para perpetuar el culto doméstico y fortalecer a la familia, en aquellos tiempos era probable una extinción por falta de descendientes, sus antecedentes son muy antiguos, se conoce su origen remoto en la India, de donde había sido transmitida, con las creencias religiosas a otros pueblos cercanos, por lo que se piensa que la tomaron los hebreos, transmitiéndola a su vez a Egipto de donde paso a Grecia y luego a Roma.

En Roma se practicó la adopción de dos formas: la *adrogatio*⁸² y la *adoptio*⁸³. En el primer caso se trata de la adopción de una persona *sui juris* que no estaba sometida a ninguna potestad. La segunda, la adopción propiamente dicha, se refiere a una persona *alieni juris*, es decir, sometida a la potestad de otras personas.

⁸¹ SOTO ALVAREZ, Clemente; Óp. Cit., pág. 118.

⁸² *Adrogatio*: se realizaba mediante una ley propuesta (*rogatio*) por el pontífice máximo al *Comicio curiado*, ya que se trataba de un asunto de interés público (desaparición de un familia y, consiguientemente, de unos *sacra privata*) era una forma de adopción sujeta a numerosas formalidades tomando en cuenta que el acto era sumamente importante, ya que significaba colocar un ciudadano *sui juris*, emancipado de toda potestad y generalmente jefe de familia, bajo la potestad de otro jefe. Se suponía la extinción de la familia del abrogado, que pasaba con todos sus descendientes y bienes a la familia del abrogante; traía consigo la extinción de los cultos domésticos correspondientes a la familia que propiamente se funcionaba, y se incorporaban al arrogante también los bienes de la familia del arrogado.

⁸³ Ingresaba en calidad de hijo a la familia, “*agnaticia*” del *páter*. Originalmente, teniendo en cuenta las funciones que cumplía la adopción, sólo se admitía respecto a los ciudadanos varones y púberes. En cuanto a las mujeres, sujetas a la tutela perpetua, no podían ser adoptadas porque ellas eran *caput et finis* familias *suae*, situación que, no obstante, varió en tiempo de la república.

Desde tiempos primitivos los germanos practicaron la adopción, siendo guerrero por naturaleza el pueblo, esta institución debía tener lógicamente una finalidad guerrera de ayuda a las familias en las campañas bélicas. Por tal motivo, el adoptado debía previamente demostrar sus cualidades de valor y destreza.

En el código de Napoleón se contenían disposiciones sobre la adopción, la cual se formalizaba mediante contrato escrito confirmado por un tribunal, era un contrato solemne y enumeraba las siguientes condiciones:

- a) El adoptante debería tener cincuenta años cumplidos, no estar obligado al celibato y carecer de descendencia.
- b) La mujer para adoptar debería tener consentimiento del marido.
- c) El adoptado mayor de catorce años de edad debía dar su consentimiento y en todos los casos el padre o tutor.
- d) No hacía referencia a las diferencias de edades entre adoptado y adoptante, el primero debería ser menor.

En nuestro país esta institución estuvo reconocida en la Ley orgánica del registro del estado civil, del 27 de enero de 1857, en el artículo 12 se enumeran los actos del estado civil, y se expresa que son: “I. El nacimiento; II. El matrimonio; III. La adopción y arrogación; IV. El sacerdocio y la profesión de algún voto religioso, temporal o perpetuo; V. La muerte.” Posteriormente, la Ley orgánica del registro civil, del 28 de julio de 1859, en su artículo primero disponía el establecimiento en toda la República de funcionarios, llamados Jueces del estado civil, que tendrían 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.⁸⁴

Las clases de adopción que regula el Estado de México, podemos clasificarlas en adopción simple y adopción plena que comprende lo que se denomina legitimación adoptiva. En la primera, la relación jurídica es exclusivamente entre el adoptante y el adoptado; en algunas legislaciones el adoptante ejerce la patria potestad; se conservan los efectos del parentesco consanguíneo. En la adopción plena, el adoptado ingresa en la familia del adoptante desligándose de su familia consanguínea. Originalmente procedía sólo en relación a los menores abandonados, expósitos, en relación a los cuales no se sabía quienes eran los padres. Evoluciona, y sin dejar de comprender esas situaciones, pueden darse también casos en los que, conociéndose los progenitores, estos hubieren perdido la patria potestad, o bien que no tuvieran posibilidad de sostener y educar al menor.⁸⁵

Cabe señalar que tanto la adopción simple como la adopción plena, coloca en igualdad de derechos que a los hijos consanguíneos, con excepción a lo referente de la patria potestad, el código civil vigente en el Estado de México señala en el “Artículo 4.194.- Por la adopción plena el adoptado adquiere la calidad de hijo consanguíneo de los adoptantes.” De aquí se desprende que

⁸⁴ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *Relaciones jurídicas paterno filiales* op. cit. pág. 237.

⁸⁵ *Ibidem*.

estará sujeto bajo los mismos lineamientos que estipula la ley para los hijos consanguíneos, en cuanto a patria potestad se refiere, además de que es irrenunciable.

La adopción simple en el “Artículo 4.188.- Los derechos y obligaciones que nace de la adopción simple, así como el parentesco que de ella resulte, se limita al adoptante y al adoptado.” A diferencia de la adopción plena, se limita al parentesco entre adoptante y adoptado, esto quiere decir que no involucra a los familiares consanguíneos del adoptante, pues el adoptado no pierde sus derechos y obligaciones con sus padres naturales únicamente le están transfiriendo al padre adoptante la patria potestad, en caso de que el adoptante pierda la patria potestad, esta será ejercida por los padres o abuelos consanguíneos del adoptado, así lo establece el “Artículo 4.206.- En la adopción simple la patria potestad sólo la ejercen los adoptantes.”

Observando lo anterior el principal efecto que encontramos en la ley, es la transferencia de la patria potestad, y esta puede generar dificultades, porque el adoptado mantiene relaciones jurídicas con su familia consanguínea, la confusión surge de los derechos conferidos, se menciono en las características de la patria potestad engloba varios derechos y obligaciones; y al no enunciar cuales son los que se transfieren por la adopción simple, daría pie a diversos conflictos, con la familia consanguínea.

Esto lo encontramos enunciado en el artículo 4.189 en el código civil para el Estado de México en donde refiere: “Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción simple, excepto la patria potestad, que se transfiere al padre adoptivo. En este caso la ley debería ser más explícita describiendo cuales son los derechos y obligaciones que les quedan a los padres biológicos y cuales son los que transfieren por la patria potestad al llevarse a cabo la adopción simple.

Hay que tomar en cuenta que la incorporación a la familia de un menor, no puede pasar desapercibida, las relaciones jurídicas que nacen de dicho acto, deben de estar perfectamente reglamentadas tanto en el código civil como en el código procesal, para evitar problemas futuros, en lo referente a la adopción simple que todavía se encuentra legislada en el Estado de México, cabe mencionar que en el Distrito Federal sólo se regula la adopción plena y nos menciona lo siguiente en su artículo 410-A: El adoptado en adopción plena se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos del matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo.

La adopción plena extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con la familia de estos, salvo para los impedimentos del matrimonio. En el supuesto de que el adoptante esté casado o tenga una relación de concubinato con alguno de los progenitores del adoptado, no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resulten de la filiación consanguínea.

La adopción es irrevocable.

De todo lo marcado en el artículo anterior hare un cuadro comparativo de la adopción tanto en el Distrito Federal como en el Estado de México, para poder observar las diferencias y semejanzas que existen entre ambas legislaciones:

CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL	CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MÉXICO
<p>Requisitos para adoptar: Art. 390 El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores, o aún incapacitado, aún cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y que acredite además: I Que tiene los medios bastantes para proveer a la subsistencia, la educación y el cuidado de la persona que trate de adoptarse, como de hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar. II Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse, atendiendo el interés superior de la misma, y III Que el adoptante es persona apta y adecuada para adoptar. Cuando las circunstancias especiales lo aconsejen el Juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados o de menores e incapacitados simultáneamente.</p>	<p>Requisitos para adoptar: Art. 4.178 El mayor de veintiún años puede adoptar a uno más menores o incapacitados, cuando acredite: I Que tiene más de diez años que el adoptado II Tener medios para proveer los alimentos del adoptado, como hijo; III Que la adopción sea benéfica para la persona que se pretende adoptar; IV Que el adoptante sea persona idónea y adecuada para adoptar, para lo cual el Juez con el auxilio de peritos, deberá realizar los estudios de personalidad y físicos que permitan acreditar esa idoneidad.</p>
<p>Sección II De la Adopción Simple. Art. 402 Derogado. Art. 403 Derogado. Art. 404 Derogado. Art. 405 Derogado. Art. 406 Derogado. Art. 407 Derogado. Art. 408 Derogado. Art. 409 Derogado. Art. 410 Derogado.</p>	<p>Capítulo II De la Adopción Simple. Art. 4.188 Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción simple, así como el parentesco que de ella resulte, se limitan al adoptante y al adoptado. Art. 4.189 Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción simple, excepto la patria potestad, que se transfiere al padre adoptivo. Art. 4.190 La adopción puede revocarse: I Cuando las dos partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad. Si no lo fuere es necesario que consientan en la revocación las personas que presentaron su consentimiento. II Por ingratitud del adoptado.</p>
<p>Sección Tercera. De los efectos de la Adopción.</p>	<p>Capítulo III De la Adopción Plena.</p>

<p>Art. 410-A El adoptado en adopción plena se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos del matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos deberes y obligaciones del hijo consanguíneo. La adopción plena extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con la familia de estos, salvo para los impedimentos de matrimonio. En el supuesto de que el adoptante esté casado o tenga una relación de concubinato con alguno de los progenitores del adoptado, no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resulten de la filiación consanguínea. La adopción es irrevocable.</p>	<p>Art. 4.194 Por la adopción plena el adoptado adquiere la calidad de hijo consanguíneo de los adoptantes. Art. 4.195 Solo pueden adoptar plenamente, el hombre y la mujer unidos en matrimonio. Art. 4.196 Sólo pueden adoptarse plenamente los abandonados expósitos o entregados a instituciones públicas o de asistencia privada legalmente reconocidas. También podrán adoptarse plenamente, aquellos menores cuya tutela legal haya sido conferida a estas instituciones por virtud de resolución judicial. Art. 4.197 La adopción plena extingue la filiación existente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de estos, salvo para los impedimentos de matrimonio. Art. 4.198 La adopción plena es irrevocable.</p>
---	---

3.4 Pérdida de la patria potestad por sentencia.

Tal como ya quedó señalado con la adopción se transmite la patria potestad, de antemano existiendo la voluntad de las partes y teniendo conocimiento un Juez de lo familiar. Para el caso de la pérdida de la patria potestad por resolución judicial, el código civil del Estado de México establece en el “Artículo 4.224.- La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes casos:

- I. Cuando el que la ejerza es condenado por delito doloso grave;
- II. Cuando por las costumbres depravadas de los que ejercen la patria potestad, malos tratos o abandono de sus deberes alimentarios o de guarda y custodia por más de dos meses y por ello se comprometa la salud, la seguridad o la moralidad de los menores aún cuando esos hechos no constituyan delito;

De lo marcado en el artículo anterior se puede determinar que la pérdida de la patria potestad implica la sanción legal cuando la conducta ilícita de los padres, no cumplan con los deberes que surgen de esta, y como sanción a dicho incumplimiento se pierde el derecho de ejercerla. Esto también ha sido materia de sentencia de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice: “En virtud de que la sociedad esta interesada en la conservación de las relaciones paterno-filiales y en que los padres e hijos mantengan vínculos legales que generen

derechos y obligaciones, el juzgador debe ser estricto a fin de que para determinar la pérdida de la patria potestad se presente claramente las causas que el código civil respectivo señale.”⁸⁶

Hay que hacer notar que la ley es muy clara en el sentido que todas las causales deben de ser perfectamente probadas de tal modo que permita concluir que la salud, la seguridad y la moralidad de los menores pudiera corromperse por las costumbres depravadas de los padres, o por la exposición o el abandono de los hijos por el lapso que marca la ley, ya que al mencionar costumbre, debe incurrir en conductas reiteradamente viciosas que dura por largo lapso de tiempo o la repetición de actos de una misma especie; en cuanto al abandono del menor estamos ante una irresponsabilidad grave del cuidado y la protección que todo padre debe tener hacia sus hijos.

En el ámbito federal tenemos la “Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, la cual también nos señala el derecho de los menores de convivir y mantener relaciones personales con sus padres, a excepción de cuando esta sea contraria al interés superior del niño.

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

La Ley de los derechos de las niñas y niños en el Distrito Federal, publicada en la gaceta oficial del Distrito Federal , el 31 de enero del año 2000, en el artículo 8 nos menciona que: La madre y el padre son igualmente responsables del desarrollo sano e integral de sus hijos, debiendo garantizar lo necesario para su subsistencia, salud, educación y los elementos que favorezcan su incorporación al medio social.

También esta ley contempla en su artículo 14 que cuando una niña niño se vea privado de su familia, tendrá derecho a recibir apoyo de la Secretaría de Desarrollo Social y del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en el Distrito Federal quienes deberán brindarle asistencia social, atención integral y en su caso, procurarle un hogar provisional.

La sanción de la pérdida de la patria potestad para el padre incumplido, es muy grave, pero es igual de grave la situación en que se coloca al hijo, cuando es desatendido en su subsistencia, en su educación, cuidado y en su sano desarrollo.

Se debe aclarar que la ley es muy acertada al pronunciar, que en los casos que no se tenga el derecho de ejercer la patria potestad por haber una sentencia emitida por el Juez de lo familiar, las obligaciones de los progenitores no cesan ni se pierden, ya que el menor viviendo con ellos o no, deben solventar sus necesidades más indispensables, por ejemplo una de las obligaciones de

⁸⁶ CHAVÉZ ASENCIO, Manuel F, *Relaciones jurídicas paterno filiales*, op. cit., pág. 326.

orden público son los alimentos, esto deriva de la solidaridad humana y familiar y si alguno de los padres no demuestra interés alguno para proveer la subsistencia, cuidado y educación de su hijo, aún teniendo los medios para hacerlo, debe perder la patria potestad, y más en los casos en que los hijos son menores de edad y por esta razón no pueden valerse por si mismos, aún y cuando sólo uno de los padres se haga cargo del cuidado y crianza de los hijos, con esta situación el progenitor que incumple no queda liberado de dicha obligación, pues como ya se menciona se tenga bajo el cuidado a los menores o no las obligaciones inherentes a la patria potestad no son renunciables.

Lo anterior se regula claramente en el código civil del Estado de México en su artículo 4.227. “Los ascendientes aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tengan para con sus descendientes.”

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reiterado que para decretar la pérdida de la patria potestad se requiere una prueba plena que no deje lugar a dudas respecto a la necesidad de tal privación, pues la patria potestad es un derecho fundado en la naturaleza de la relación paterno-filial, reconocida por la ley y su privación genera graves consecuencias tanto para el menor, como para aquél de los padres que es condenado a la pérdida de la misma, para sustentar esta situación cito la siguiente jurisprudencia:

Novena época

Instancia: Primera sala

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

Tomo: X, noviembre de 1999

Tesis: 1a./J. 54/99

Página: 280

PATRIA POTESTAD, SITUACIÓN DE LOS MENORES HIJOS. DEBE ESTUDIARSE DE OFICIO EN TODA SENTENCIA QUE DECRETE EL DIVORCIO (LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS DE COLIMA Y MICHOACÁN). Los artículos 254 y 327 de los códigos de procedimientos civiles de los estados de Colima y Michoacán, respectivamente, en los cuales se ordena que en el escrito inicial de demanda se especifique el objeto reclamado con todos sus accesorios, no pueden aplicarse a cuestiones como la pérdida de la patria potestad, sino que debe estarse a lo que disponen los artículos 283 y 242 de los códigos civiles de Colima y Michoacán, respectivamente, que imponen a los jueces la obligación de fijar en toda sentencia de divorcio, la situación de los hijos y resolver todo lo relativo a la patria potestad.

Contradicción de tesis 68/98. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito. 29 de septiembre de 1999. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Ramiro Rodríguez Pérez.

La patria potestad puede suspenderse temporalmente o puede acabarse en forma definitiva por razones naturales o por sentencia que declare la pérdida de la patria potestad, en

este último caso, se extingue totalmente para aquel que ejerce, pero sí existen otras personas de las mencionadas por la ley (padres o abuelos) que pueden ejercerla, entonces el menor seguirá sujeto a esta institución, pero a cargo de otra persona.⁸⁷

3.5 Orden de las personas que ejercen la patria potestad.

Debido a que la finalidad de la patria potestad consiste, en el logro de una culminación plena del desarrollo biológico, psíquico y social del hijo, además de satisfacer necesidades de los hijos de índole afectiva, económica, social y cultural, dicha facultad sólo la pueden ejercer los progenitores, pues estas conductas deben surgir de una forma natural que se encuentran reguladas en la ley civil, y de igual forma nos marca el orden en que se ejercerá.

El artículo 4.204 del Código Civil para el Estado de México establece un orden para quienes tienen que ejercer la patria potestad de los hijos:

“Artículo 4.204.- La patria potestad se ejerce en el siguiente orden:

- I. Por el padre y la madre;
- II. Por el abuelo y la abuela maternos;
- III. Por el abuelo y la abuela paternos.

Tratándose de controversia entre los abuelos, el Juez decidirá, tomando en cuenta los intereses del menor.”

Esta responsabilidad solidaria del padre y la madre y de los abuelos maternos y paternos, surge en la Ley sobre relaciones familiares de 1917 (Art. 241), antes en el código de 1884, se establecía que la patria potestad se llevaba a cabo en el orden del artículo 366 que refería lo siguiente, en primer lugar, el padre, después la madre y a continuación el abuelo paterno y después el materno, si no hubiere los abuelos, seguiría la abuela paterna y después la materna⁸⁸; con este antecedente nos damos cuenta que antes de la Ley sobre relaciones familiares la patria potestad era ejercida por una persona, y solamente si ésta no pudiera o hubiera perdido su derecho o se hubiera excusado en los términos legales, entraba en funciones otra persona. Gracias a la evolución que ha tenido el derecho en la actualidad ya se ejerce de una forma equitativa, para un mejor desenvolvimiento de los hijos en la sociedad.

De lo marcado en el código civil vigente en el Estado de México podemos darnos cuenta que se establece claramente que ambos progenitores tienen como primera instancia el derecho de ejercer la patria potestad porque así los faculta la ley, y ésta la pueden perder por mandato judicial, para el caso de la presente tesis, cuando los cónyuges entran en conflicto en un divorcio necesario, entre muchas otras cosas pueden perder la patria potestad ya sea, uno de ellos, o en

⁸⁷ MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de familia*, Quinta edición, Editorial Porrúa, México 1984, pág. 352.

⁸⁸ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *Relaciones jurídicas paterno filiales*, Op. Cit., pág. 310.

última instancia ambos padres, señalándose primeramente a los abuelos maternos y en último orden a los paternos, no obstante el Juez decidirá quien tomará esa responsabilidad siempre buscando la protección del menor.

3.6 Guarda y custodia en la patria potestad.

La guarda y el cuidado de un hijo es el primer deber de los padres, en relación con los menores no emancipados, la patria potestad como ya quedo explicado comprende una serie de derechos y obligaciones para quien la desempeña, los cuales están marcados en la ley, en nuestra legislación la custodia se da con atención, amor y respeto, esto es algo que esta íntimamente ligado con los fines que persigue la patria potestad, en cuanto a lo que corresponde la guarda es el derecho de los menores en habitar en la casa de los padres en un lugar seguro, limpio y digno, esto influirá en su desarrollo y adaptación de su vida en sociedad.

El término jurídico que define con cual de los padres van a vivir los hijos cuando se produce un divorcio o separación se denomina “guarda y custodia”.

Cuando los progenitores se ponen de acuerdo en este aspecto, el Juez de lo familiar suele aprobar dicho acuerdo entre los cónyuges, salvo que considere que los menores pueden correr algún riesgo, cuando no hay acuerdo de los padres, el Juez es quien decide tomando en cuenta varias circunstancias:

- a) No separar a los hermanos.
- b) Las necesidades que puedan tener de afecto y de atención.
- c) La convivencia que puedan tener con otros miembros de la familia (abuelos, tías, tíos, primos)
- d) El tiempo que los padres puedan darles en su cuidado y atención a todas las actividades importantes para su crecimiento.
- e) Y si alguno de los cónyuges tiene algún tipo de adicción, enfermedad o mal hábito que pueda poner en peligro la integridad y el sano desarrollo de los hijos.

Podemos establecer que cuando los cónyuges están involucrados en un divorcio necesario, es de entenderse que ambos están inmersos en un gran conflicto como pareja, aún después de haberse dictado las medidas precautorias, ambos conservan la patria potestad, pero como no es posible que sigan conviviendo como matrimonio, el Juez toma la decisión de separarlos como medida precautoria, por consiguiente también se tomará la decisión de decretar la guarda y custodia del menor, en primera instancia los cónyuges pueden determinar quien de ellos habrá de tomar esta responsabilidad, sino existe acuerdo el juez en la resolución provisional deberá señalar a la persona, bajo y cuyo cuidado quedarán los hijos de ambos, en primera instancia deberá ser alguno de los progenitores, y que de acuerdo al artículo 4.204 antes señalado no precisamente deberá ser alguno de los padres, que en caso contrario podrán ser los abuelos maternos o paternos.

En el artículo donde se enmarca de que forma se designara la guarda y custodia en caso de divorcio necesario lo es el “Artículo 4.228.- Cuando sólo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, se aplicarán las siguientes disposiciones:

- I. Los que ejerzan la patria potestad convendrán quién de ellos se hará cargo de la guarda y custodia del menor;
- II. Si no llegan a ningún acuerdo:
 - a) Los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor;
 - b) El Juez, después de oír a los interesados, decidirá quién se hará cargo de los mayores de diez años, pero menores de catorce;
 - c) Los mayores de catorce años elegirán cual de sus padres deberá hacerse cargo de ellos, si éstos no eligen el Juez decidirá.”

No siempre se determina la guarda y custodia de los menores conforme al anterior precepto para el caso de los menores de diez años señala que quedarán al cuidado de la madre, este ordenamiento no se lleva a cabo cuando es perjudicial para los menores, el sustento lo podemos encontrar en la siguiente tesis:

Registro No. 179572
Localización
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXI, Enero de 2005
Página: 1777
Tesis: II.2º.C.489 C
Tesis Aislada
Materia(s): Civil

GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES. LOS JUZGADOS ESTÁN OBLIGADOS A CONSTATAR QUE NO EXISTA OBSTACULO QUE IMPIDA OBJETIVA Y LEGALMENTE OTORGARLA A ALGUNO DE SUS PROGENITORES (LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO).

Ciertamente el artículo 4.228, fracción II, inciso a), del actual Código Civil para el Estado de México estatuye en forma evidente que los menores de diez años deben quedar al cuidado de la madre; no obstante, la referida disposición establece como salvedad que ello fuere perjudicial para el menor. Por consiguiente, y de conformidad con el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México el veintiuno de septiembre del precitado año, y publicada en

el Diario Oficial de la Federación el veinticinco de enero de 1991, en todas las medidas concernientes a los niños y niñas que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, considerarán primordialmente que se atienda al interés superior del niño. Así, las autoridades de instancia están obligadas a observar que se acate esa normatividad, para lo cual deben ordenar la práctica, repetición o ampliación de cualquier diligencia probatoria, según lo autoriza el artículo 1.261 de la actual legislación procesal civil de esta entidad federativa, con el propósito de determinar que no exista obstáculo que impida otorgar a alguno de los progenitores dicha guarda, esto es, que de acuerdo con el conjunto de probanzas que sean recabadas se tenga plena convicción para determinar quién, ya sea el padre o la madre, es el idóneo al respecto, razonándose con objetividad y de manera justa el por qué la conducta de la persona a quien se entregue el cuidado del infante no le resultará nociva, no contraria a su formación, educación e integración socio-afectiva.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 726/2004. 3 de noviembre del 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Sonia Gómez Díaz González.

La importancia y responsabilidad, de los progenitores está reconocida en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en la 44ª. Sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, a la que México se adhirió y se aprobó por el Senado el 19 de junio de 1990.⁸⁹

Podemos observar que dentro del ejercicio de la patria potestad la guarda y custodia es el primer deber de los padres en relación con los hijos menores no emancipados, significa, tenerlos en compañía para su vigilancia y cuidado así como también la facultad para educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos; la importancia y responsabilidad de los progenitores está reconocida en todos los ámbitos que manejan la protección y el cuidado de los menores.

Como derecho correlativo al deber de los padres del cuidado y custodia, los hijos tienen la posibilidad de exigir la custodia por parte de los que ejercen la patria potestad, pero no cualquier tipo de custodia, pues ésta debe ser con el cuidado y esmero que requiere esta relación íntima paterno-filial.

⁸⁹ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *Relaciones jurídicas paterno filiales*. Op. Cit., pág. 318.

En la custodia están comprendidos otros deberes y derechos correlativos de ésta relación paterno-filial, como son la convivencia, protección a la persona, vigilancia de sus actos y la educación completa, que comprende la moral y la religiosa.⁹⁰

3.7 La patria potestad en caso de separación de la pareja que la ejerce.

Es reiterativo el código civil del Estado de México, en la facultad que tiene el Juez para determinar la custodia de los menores como lo confirma el “Artículo 4.205.- En caso de separación de quienes ejerzan la patria potestad y no exista acuerdo sobre la custodia, el Juez resolverá teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.

Quien no tenga la custodia le asiste el “derecho de visita.”

De este artículo podemos señalar algo importante, y hacernos la siguiente pregunta, ¿se podría resolver el problema que se plantea con respecto a la custodia y convivencia familiar con el derecho natural? Esto sería lo ideal, y además la ley les está dando la oportunidad de convenir en cuanto a la custodia, y creo que en el caso de divorcio voluntario si se resuelve, pues ambos están obligados a suscribir un convenio; pero en el caso de divorcio necesario, es más complicado por encontrarse en una contienda, desde la misma demanda de divorcio están queriendo establecer sus propios intereses, y con creencia que ganara el más fuerte, aún pasando sobre sus principios morales; Rafael de Pina Vara hace referencia al respecto “La obligación natural, como obligación de conciencia, tiene un radio de acción más amplio que el de la obligación civil, si bien su efectividad depende principalmente, en términos generales, de la voluntad del llamado a cumplirla, pues son ilimitadas, ciertamente las circunstancias de tipo moral, religioso, social, etc., de que puede derivarse.”⁹¹ Así pues debemos entender el planteamiento de los problemas de la obligación natural son morales y no jurídicos.

De acuerdo al precepto que señala, cuando no lleguen a un acuerdo el Juez decidirá sobre la custodia, José Manuel de la Padra nos indica al respecto lo siguiente “Será el Juez el que, en definitiva, decida sobre la persona más adecuada a la que atribuirá la custodia de los hijos. Dadas las características especiales de la misma y las responsabilidades que pueden derivar de ella, lo normal es que se confíen a uno u otro de los cónyuges, aunque lo ideal sería que la guarda fuera ejercida por ambos alternativamente.”⁹²

Para el caso resultaría esclarecedor que se mencionen algunas de las circunstancias que podrían tomarse en cuenta al designar a la persona adecuada para cumplir con las responsabilidades derivadas de la guarda de los hijos, como son las cualidades o condiciones que los jueces seguramente valoraran para designar la custodia de los menores, por ejemplo, la

⁹⁰ CHAVÉZ ASENCIO, Manuel, *Relaciones jurídicas paterno filiales* Óp., Cit., pág. 321.

⁹¹ PINA, Rafael de; *Elementos de Derecho Civil Mexicano, (Obligaciones civiles – Contratos en General)*, Editorial Porrúa, Volumen III, Decimo cuarta edición, México, 2008, pág. 48.

⁹² PRADA, José Manuel de la; *Nulidad Separación y Divorcio*, Plaza & Janes Editores, España, 1988, pág. 154.

moralidad de las personas, clase de trabajo que ejerce, su conducta privada y pública, su posibilidad de dedicación a los menores, posición social, similitud de creencias religiosas con los menores, estado de salud entre otros aspectos, pero el elemento más revelador sería el comportamiento de ambos cónyuges durante el proceso y desde la misma demanda y contestación del divorcio, así como del resultado obtenido de la custodia de los hijos durante el periodo señalado por la aplicación de las medidas provisionales o como consecuencia de una separación de hecho, además de considerar todos estos elementos para la custodia, en la misma valoración se deberá de tomara la decisión para decretar la convivencia familiar en la sentencia de divorcio.

Además en este precepto podemos encontrar algo diferente aparte de la custodia, se señala lo siguiente "...Quien no tenga la custodia le asiste el derecho de visita." Esta frase es muy importante pues en todo momento hemos estado señalando quién se hará cargo de la guarda y custodia del menor, y nos estamos olvidando del progenitor que no la tiene, en este precepto ya se señala un derecho de visita para quien no cuente con la custodia de sus hijos.

Más adelante profundizaremos en los temas, es importante que entendamos la diferencia de custodia, derecho de visita y convivencia familiar. La custodia es una prerrogativa de la patria potestad, y ésta se da con la posesión material del menor. El derecho de visita lo tiene el cónyuge que no tiene la custodia del menor, o sea le asiste el derecho de ir a visitar al menor, aunque las leyes dan por entendido que se lleva con esta visita, una relación paterno-filial o materno-filial, según sea el caso. La convivencia familiar, se desarrolla en la relación familiar normal entre padres e hijos, pero sufre un cambio cuando hay crisis conyugal o divorcio, partiendo de la ruptura que se da en la convivencia familiar por causa del divorcio entre los cónyuges, los hijos quedan separados de uno de los progenitores, por lo tanto la convivencia presenta cambios significativos de como se venía desarrollando, y como consecuencia se debe convenir la forma en que se llevará a cabo, no únicamente visitándolo, sino tratando de tener su convivencia paterno-filial, materno-filial como antes de su separación.

3.8 Concepto de custodia.

Al encontrarnos en algo tan importante como lo es el cuidado de los hijos y que es la parte medular de la presente tesis, mencionare su definición: "Custodia, cuidado y guarda de los menores o incapacitados de valerse por sí mismos."⁹³ El código civil del Estado de México, no da una definición como tal, Manuel F. Chávez Asencio señala al respecto lo siguiente, "La custodia y cuidado es el primer deber de los padres en relación a los hijos no emancipados."⁹⁴ "Significa,

⁹³ BAQUEIRO ROJAS, Edgard; *Diccionarios Jurídicos Temáticos, Derecho Civil*, Volumen I, Oxford, México, 2001, pág.29.

⁹⁴ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F.; *La familia en el derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, pág. 319.

tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado. Nuestros tribunales hablan de guarda y custodia que entiendo es el mismo deber.”⁹⁵

Cabe aclarar que la ley se ha ido modificando en este aspecto, pues con anterioridad se daba siempre la guarda y custodia a la madre porque se decía que era la más capacitada para poder cuidar a los hijos, debido a los cambios en los roles sociales, también el varón es apto para tener la custodia de sus menores hijos, aunque se debe cuidar en todo momento el bienestar de los menores, desde mi punto de vista creo que lo ideal es una custodia compartida, ya que de esta manera ambos padres comparten de igual forma tanto decisiones como obligaciones, además de que para los hijos es menos dolorosa la separación al saber que sus padres se preocupan de igual manera que cuando vivían todos juntos.

Si la custodia de los hijos se determina de una forma amistosa entre los progenitores, existe una situación de igualdad dentro de los derechos y deberes que tienen con sus menores hijos, pues ambos cónyuges tendrán que determinar en primer lugar quien se quedara al cuidado de los hijos de una forma voluntaria, y sino llegan a un acuerdo esta facultad pasa al Juez de lo familiar.

Cuando la custodia es exclusiva para alguno de los progenitores, al padre que no se le asigna, se le permite el derecho de hacer visitas, por lo general estas visitas son los fines de semana, alternando los días feriados y las vacaciones de verano. Algunos derechos de visita adicionales, pueden ser concedidos por el otro cónyuge siempre y cuando no intervenga con las actividades escolares. El régimen de visita tiene sus propios retos y dificultades para ambos padres, especialmente para crear un régimen de visitas amistoso y funcional.

3.9 Características de la custodia.

La patria potestad, como ya lo mencione desde el inicio del presente capítulo, engloba una serie de derechos y obligaciones correlativas para quienes la ejercitan, tales como la guarda y custodia de los menores que tienen a su cargo, la facultad de educarlos, corregirlos, representarlos en actos jurídicos que señala la ley, administración de sus bienes, proporcionarle alimentos, entre otros.

Es de señalarse que nuestra legislación emplea los términos cuidado y custodia, quiere decir que la custodia debe ser con cuidado, lo que significa el esmero e interés con que la custodia se debe dar en una relación entre el progenitor y los menores.

Una de las prerrogativas de la patria potestad es la guarda y custodia de los menores, dicha guarda no se puede entender o dar si no se cuenta con la posesión material de los hijos, porque tal posesión es un medio para protegerlos, cultivarlos físicamente, espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades.

⁹⁵ Ídem.

Así podemos encontrar que el Juez al decretar el divorcio necesario, debe pronunciarse a lo que refiere la patria potestad y los derechos inherentes a ésta, y dentro de estos derechos se encuentra la custodia, así nos lo refiere la siguiente tesis:

Registro No. 180143

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta

XX, Noviembre de 2004

Página: 1962

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

GUARDA Y CUSTODIA SU RESOLUCIÓN EN UN JUICIO DE DIVORCIO NO PUEDE QUEDAR A LAS RESULTAS DE UN DIVERSO PROCEDIMIENTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MEXICO).

De acuerdo con lo que dispone el artículo 4.96 del Código Civil para el Estado de México, la autoridad judicial al decretar el divorcio debe pronunciarse respecto a la situación en que quedarán los hijos menores habidos en el matrimonio y, en su caso, determinará los derechos derivados de la patria potestad, incluso, verá la conveniencia de establecer un régimen de visitas. Por tanto, al ser de orden público el aspecto referido, su decisión debe emitirse en el propio juicio y no dejarse a las resultas de lo que decida otro Juez en un procedimiento aún inconcluso, pues al no estar éste bajo el control de la sentenciadora, podría quedar irresuelto el aspecto de la guarda y custodia por dichas autoridades, con franca transgresión a las normas relativas que imponen que tales cuestiones se decidan en el procedimiento.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 379/2004. 24 de agosto de 2004. Unanimidad de votos.

Ponente: Noé Adoná Martínez Berman. Secretario: Arturo Galdámez Blanco.

Es por ello que la custodia no sólo es tener a cargo a los hijos y solventar sus gastos sino llevar a cabo todas y cada una de las acciones como padres a un cuidado amoroso y esmerado para que los menores tengan un sano desarrollo y un buen ejemplo.

La custodia se da con solicitud, atención, amor y respeto a la persona del menor.⁹⁶

⁹⁶ Ídem.

3.9.1 Protección y cuidado.

El cuidar y proteger a un menor requiere que se le ampare, defienda y atienda, ya que el mismo por su incapacidad se encuentra desprovisto de elementos para valerse por sí mismo; en éste caso, son los que lo tienen bajo custodia, los encargados de conservar su integridad física, intelectual y moral, a través de los instrumentos jurídicos y sociales que se les deben proporcionar para llevar a cabo esta misión.

Proteger a un menor es una de las tareas más difíciles a las que se enfrenta cotidianamente quien lo tiene bajo su custodia. Se requiere de una gran conciencia y responsabilidad, de entender lo que ello significa; porque está de por medio el futuro del niño; en la atención que reciba en esta etapa de su vida; es en ésta en donde radica el porvenir que tendrá y la función que asumirá dentro de la sociedad.

La “Ley para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el Estado de México”, indica lo siguiente en el “artículo 19.- La madre y el padre son igualmente responsables del desarrollo sano e integral de sus hijos, debiendo garantizar lo necesario para su subsistencia, salud, educación y los elementos que favorezcan su incorporación al medio social.”

Este factor determinante, en la forma como se lleve a cabo por parte de quienes tienen la responsabilidad de proteger a un menor, porque de ello depende el desenvolvimiento que tendrá como persona.

En base a lo anterior, la siguiente tesis nos da una definición más amplia en cuanto a estos conceptos, pues aún siendo el código civil del Estado de México, relativamente nuevo ya existe pronunciamiento al respecto de que se lleve a cabo la convivencia familiar, derivada de la patria potestad y custodia de los menores, con la finalidad de dar un sano desarrollo y no se perjudique física o emocionalmente a los hijos con la separación de sus padres, pues a falta de convivencia con el padre o la madre pudiera comprometer la salud, seguridad o moralidad del niño.

Registro No. 183315

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XVIII, Septiembre de 2003

Página: 1360

Tesis: II. 2º. C.424.C

Tesis Aislada

Materia (s): Civil

CONVIVENCIA FAMILIAR DE MENORES. DEBE GUARDAR UN JUSTO EQUILIBRIO CON LOS PROGENITORES QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD,

PARA LOGRAR EL DEBIDO Y SANO DESARROLLO DE LOS HIJOS QUE PERMANEZCAN JUNTO A LA MADRE (LEGISLACION DEL ESTADO DE MÉXICO).

De una sistemática y objetiva intelección del texto de los artículos 4.202, 4.203, 4.204 y 4.205 del actual Código Civil para el Estado de México, se sigue que los padres al ejercer la patria potestad tienen pleno derecho a convivir con los hijos; de ahí que cuando éstos permanezcan al lado de su madre se actualiza su derecho natural de convivir con el progenitor que no tenga a cargo la custodia, ello cuando exista algún elemento que patentiza que el hecho de que el hijo sea separado temporalmente de su madre, para convivir con su padre, le perjudicase física o emocionalmente, y tampoco conste que la convivencia paterno filial pudiera comprometer la salud, seguridad o moralidad del niño. Consiguientemente, es concluyente que tanto los menores hijos como su padre tienen pleno derecho a la convivencia, por contar con la capacidad derivada de la paternidad para orientar y atender las necesidades más elementales de esos menores, como cuidarlos y aconsejarlos adecuadamente, en tanto es inadmisibles que solamente la madre y dichos hijos guarden una dependencia mutua, y aún así, ello no es un hecho que impidiera la convivencia periódica, constante y amplia con el progenitor, con el fin de perseverar en un sano desarrollo de los infantes.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 433/2003. 1º. De Julio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Aimeé Michelle Delgado Martínez.

3.9.2 Crianza.

Crianza deriva del latín *créame*, instruir, educar, enseñar, dirigir. Acción y efecto de criar. Época de lactancia y desarrollo de las aptitudes físicas y biológicas.

Esta característica de la custodia, lo mismo que las anteriores, está íntimamente relacionada con la educación.

Debemos entender que criar a un menor significa ayudarlo en su crecimiento, alimentándolo, educándolo, y formándole una mentalidad saludable para que posteriormente él cuente con los elementos que le permitirán desarrollar ampliamente sus facultades.

La crianza, así como la educación y el cuidado, son las bases que en la familia se le deben brindar al menor, para que pueda en futuro próximo, adecuar su conducta y adaptarse a las normas sociales donde se desenvolverá como persona.

Cada vez se escucha más sobre niños maltratados y padres agresivos o frustrados porque sus hijos no responden a sus expectativas, se ha perdido en muchos casos el sentido de la familia como unidad, y de sus miembros con responsabilidades y derechos, así como la preocupación por conservar la comunicación y el ambiente familiar agradable.

La familia como grupo, aún en algunas comunidades se fortalece con la participación de todos sus miembros en actividades económicas o culturales, actividades, que requieren de comunicación, responsabilidad y trabajo; con la modificación de los estilos de vida estas actividades se han perdido, al igual que los valores de unidad y pertenencia, y con ello los miembros de las familias se han alejado, y han desintegrado el seno familiar.

Esas modificaciones han hecho variar los patrones de crianza de los hijos, la disciplina se ha vuelto dura, ha llegado a la agresión y a la violencia, pero se ha buscado una solución al problema de la violencia intrafamiliar y la violencia contra los niños y niñas está en la propia naturaleza del hombre, en su capacidad racional y su capacidad de tener y demostrar sentimientos.

Esto significa preservar el bienestar de cada miembro de la familia a través de las relaciones adecuadas y así volver a la idea de unidad y comprensión, no hay que olvidar que el padre era la figura de autoridad y proveedor de ingresos mientras la madre se ocupaba de las labores del hogar, y disponía de más tiempo para la crianza de los hijos. Gracias a factores relacionados con el trabajo familiar este modelo de familia ha sobrevivido y prevalece en muchas poblaciones de nuestro país, aunque no quiere decir que no corra peligro de desintegración o rompimiento.

Por otro lado, el aumento de los niveles de pobreza ha obligado a la mujer a dejar por un lado las actividades del hogar, para incorporarse al mercado laboral, asumiendo incluso sola la responsabilidad económica, ante el abandono de la obligación paterna del sostenimiento familiar. En los casos más agudos, esta obligación ha sido transferida a los hijos como un mecanismo nuevo de sobrevivencia.

Se ha obligado a los niños a respetar una autoridad representada por la fuerza, a acatar órdenes frecuentemente acompañadas de gritos o golpes.

Esta forma de crianza produce altos índices de maltrato y abandono de los niños que hacen evidente el desconocimiento de formas de crianza que no lleven a la agresión. Por eso, existe la necesidad de analizar y definir los patrones tradicionales de crianza de los hijos y ofrecer alternativas no agresivas que reduzcan los niveles de violencia que acompañan, en la mayoría de los casos, a la enseñanza y corrección.

Debemos comprender que el daño emocional en los niños agredidos es muchas veces irreparable y que, actuando violentamente, sólo formamos una nueva generación de agresores.

Es necesario impulsar el conocimiento de nuevas formas de crianza que sustituyan al golpe, al grito y la agresión por los valores del diálogo, el respeto y una demostración de afecto plena.

Por su parte, el representante de UNICEF explicó que la Convención sobre los derechos del niño consigna explícitamente como una responsabilidad primordial de padres y madres la crianza de los hijos. “Es muy importante que el padre participe activamente en este proceso. Para los niños y niñas es fundamental tener un padre presente, que participe en su cuidado, en su educación y en su formación. La presencia de un padre cariñoso y accesible favorece el que los niños se sientan protegidos, seguros y queridos, lo que fortalece su autoestima”.

El código civil del Distrito Federal nos menciona las obligaciones de crianza en el 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 considera 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. 2-02-07 GODF.

3.9.3 Educación.

El conjunto de conocimientos y formas de comportarse que el individuo selecciona y aprende a través de sus experiencias. La selección ética, intelectual, estética, técnica, etc., se efectúa por el propio individuo por medio del intelecto, ayudado, orientado o dirigido por la sociedad; a través de su institución básica, la familia, o por la acción de otros organismos sociales

como las instituciones de enseñanza, las sociedades recreativas y culturales, las organizaciones políticas y laborales, etc.

Etimológicamente se podría decir que es la: Acción y efecto de educar, enseñanza y doctrina que se da a los niños y a los jóvenes. La educación es un proceso selectivo que parte de las experiencias adquiridas por el individuo a lo largo de la vida y de las acumuladas a través de la historia de la humanidad.

La familia primero, y la escuela después, orientan los primeros pasos del hombre en el proceso educativo. Mientras que la familia dirige la educación del individuo, especialmente en el plano ético; la escuela se encarga de darle una preparación intelectual, que lo capacita para seguir otros estudios superiores; que al menor le permitirá situarse adecuadamente en sociedad.

En términos amplios, la educación consiste en lograr desenvolver en el educando, que habitualmente es un niño o un joven, en forma armónica e integral sus aptitudes físicas, intelectuales y morales.

En el código civil para el Estado de México encontramos el antecedente de la educación de los hijos en su artículo 4.19: Los cónyuges de común acuerdo decidirán lo relativo a la educación y formación de los hijos y a la administración de los bienes que sean comunes a los cónyuges o que pertenezcan a los hijos sujetos a la patria potestad.

En caso de desacuerdo el Juez de primera instancia resolverá lo conducente, sin necesidad de juicio.

La educación abarca tres aspectos importantes dentro del sano desarrollo de cualquier individuo como son las siguientes:

- a) La Moral comprende la orientación a su conducta, que es señalar el camino para lograr una conducta intachable, ya que se transmiten los valores, la cultura y las buenas costumbres que rigen a la familia.
- b) La educación religiosa es parte importante dentro de la formación de los seres humanos pues enmarca lo espiritual, y aunque en nuestro país existan tantas religiones, son los padres los que guiaran a los hijos con total libertad de culto, para que también sea parte de su educación dentro de la sociedad.
- c) La educación escolar, se encuentre contemplada en el artículo 3º. Constitucional nos describe detalladamente en que consiste la educación que ofrece el Estado a todo mexicano:

Artículo 3º. Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado federación, Estados, Distrito Federal y Municipios, impartirán educación preescolar, primaria y secundaria. La educación preescolar, primaria y la secundaria conforman la educación básica obligatoria.

La educación que impartirá el Estado tendera a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentara en él, a la vez, el amor a la patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia de la justicia.....

Con esto podemos observar que en el ámbito federal esta contemplada la educación como parte fundamental para el desarrollo de todo individuo.

“El deber de la educación de los hijos implica el deber y el derecho de ocuparse de la formación física, espiritual y moral del menor así como atender a la preparación para una profesión o actividad determinada, que representen utilidad al menor y a la sociedad. Esta tarea paterna incluye la formación del carácter, del espíritu y de los sentimientos que tanto van a incidir sobre sus inclinaciones de vida.”⁹⁷

3.9.4 Vigilancia.

Es de suma importancia velar por un menor, porque de las medidas que se adopten para ello, depende en gran parte su formación; es la infancia donde se adquiere las bases para desarrollarse, y cuando los adultos que tienen la obligación de asumir la vigilancia de un menor no lo hacen adecuadamente va de por medio el comportamiento y la conducta que más adelante tendrá el mismo.

¿A quién corresponde vigilar a un menor y observar su desarrollo? Si el menor forma parte de una familia; son los padres quienes deben asumir esta tarea, porque son ellos con los que el hijo tiene un trato amplio y directo, por lo mismo, tienen la posibilidad de percatarse en que forma se está desarrollando. ¿Cómo podría hacerlo? Atendiendo exacta y cuidadosamente a la persona de los mismos, tratando a las amistades que frecuentan, enterándose de la clase de instrucción que está recibiendo, y en general todos aquellos actos que en el curso de su crecimiento realizan.

Si el menor, por diversas circunstancias no forma parte de una familia, entonces es la institución o la persona que lo tenga a cargo, las que llevan a cabo esta función.

Dentro del deber de guarda va ínsito el deber de vigilancia, por lo cual los padres responderán de las consecuencias dañosas en que hayan incurrido sus hijos en cuanto ellas se deban a la falta de vigilancia.

Este deber de vigilancia es para la formación de los hijos. Se les vigila en la familia y fuera de ella, no sólo para evitar daños sino en plan de promoción humana.

Al hijo le corresponde la obediencia y respeto como deberes para evitar la responsabilidad de los daños con cargo a quienes ejercen la patria potestad. En cuanto a las facultades,

⁹⁷ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *Relaciones jurídicas paterno filiales*, Op. Cit. pág. 325.

corresponde a los padres el derecho a la corrección y amonestación, y a los hijos el derecho de ser protegidos.⁹⁸

Pero dicha vigilancia siempre debe ir encaminada al perfecto desenvolvimiento de los hijos en la sociedad, que sean encaminados a convertirse en personas productivas, felices y plenas, para que ellos a su vez de igual forma vigilen y orienten a sus hijos.

3.10 Efectos que se suscitan en cuanto a la custodia de los hijos en el caso de:

3.10.1 Divorcio necesario.

El Juez puede decidir que la custodia la tenga alguno de los cónyuges en conflicto o la tengan los abuelos maternos o paternos del menor sujeto a ella, Manuel F. Chávez Asencio señala al respecto “... En el caso de divorcio, la ejercerá el cónyuge que decida el Juez en la sentencia, que normalmente será el que la obtenga favorable y como sanción al otro se le condena a la pérdida o suspensión de la misma, o bien, conservando la patria potestad se le priva de la custodia.

De lo expuesto se deriva que la relación jurídica será siempre entre los padres y el hijo, o entre los abuelos y el nieto. Pero según las situaciones de hecho en que se encuentren se efectuará la relación jurídica, que traerá como consecuencia, en algunos casos, que uno ejerza la patria potestad, sin perderla el otro progenitor, quien conservará la obligación alimenticia y el derecho de visitar a su hijo, y en otros casos uno la perderá pero conservará su obligación de proporcionar alimentos. Esto nos indica que nunca se rompe del todo esta relación jurídica, ni aún en el caso de la pérdida de la patria potestad.

Como podremos observar la sentencia de divorcio no exime a los padres de los derechos y obligaciones que tienen por la relación jurídica de ambos, aún con la pérdida de la patria potestad y la custodia existe ese lazo jurídico que los mantienen unidos con diferentes obligaciones y derechos, tanto naturales como jurídicos, con esto podemos destacar que el código civil para el Estado de México refiere claramente en que casos aún y cuando cualquiera de los padres pierda la patria potestad, siempre tendrán la obligación de satisfacer las necesidades de los hijos menores, tomando en cuenta todas y cada una de ellas.

Es muy importante que el Juez realmente emita su decisión en cuanto a la sentencia de quien debe quedarse con la custodia de los menores, es de nuestro conocimiento que en muchos casos sin valorar realmente a fondo, emita su opinión y muchas de las veces aún en contra del beneficio de los menores como lo señala la siguiente tesis:

Registro No. 203406
Localización:
Novena Época

⁹⁸ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *Relaciones jurídicas paterno filiales*, Op. Cit., pág. 322.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
III, Enero de 1996
Página: 293
Tesis: II. 2º.C.T.15 C
Tesis Aislada
Materia (s): Civil

GUARDA Y CUSTODIA.

Si bien es cierto que de conformidad con el artículo 267 del Código Civil del Estado de México, tratándose de divorcio, corresponde al cónyuge inocente la guarda y custodia de los hijos habidos en el matrimonio; también lo es que no significa que tal disposición se aplique indiscriminadamente a todos los casos, porque el mismo precepto legal establece una excepción cuando dispone que el juez puede discrecionalmente, acordar de oficio cualquier providencia que considere benéfica para los hijos, lo que implica que el juzgador debe cuidar que la resolución que emita en este sentido, sea acorde a los intereses de los menores.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 884/95 Rafael Martínez Procel. 13 de Septiembre de 1995.
Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: E. Laura Rojas Vargas.

En la mayoría de los casos de divorcio necesario los menores son utilizados como armas para causarse daño los cónyuges, la intervención del Juez de lo familiar es primordial para determinar la custodia de los menores tomando en consideración todos los elementos que sean importantes y determinantes, pues se decidirá con quien de los cónyuges vivirán los hijos y ante todo se deberá velar por el bienestar absoluto de estos.

Cabe mencionar que de acuerdo a todas las reformas en materia familiar que se han hecho en beneficio de los menores que están dentro de un juicio de divorcio necesario, el Juez tiene la facultad para limitar el ejercicio de la patria potestad al que la ejerce, o modifica su ejercicio, si trata los con excesiva severidad, no los educa, o les impone malos ejemplos o inmoralidad.

Es posible, también, modificar la convivencia o los tratos que el padre que no tenga la custodia tiene el derecho de hacer. Durante el procedimiento, uno de los progenitores tiene la custodia de los hijos, y el otro tiene el derecho de convivencia para poder llevarlos con él y salir de vacaciones, etc. Estos derechos se pueden suspender y las visitas impedirse si se causa perjuicio a los hijos. Se trata de una medida que debe aplicarse restrictivamente porque significa privar al padre o a la madre de participar en la formación y educación de sus hijos. Esta limitación o suspensión deberá ordenarse cuando en lugar de beneficiar al menor, le perjudica, como por ejemplo: malos consejos, actitud inmoral, incumplimiento a la pensión alimenticia, o se dañe la

salud psíquica o física de los menores. Estas modificaciones pueden intentarse mediante un incidente en el juicio de divorcio.⁹⁹

3.10.2 Nulidad de matrimonio.

La nulidad del matrimonio, como forma de terminación del estado matrimonial en vida de los cónyuges, en nuestro derecho, se originó en causas anteriores a la celebración del matrimonio o en la falta de formalidades durante ella. La nulidad debe analizarse en relación con la presencia de un vicio en el acto jurídico matrimonial.¹⁰⁰

En el código civil del Estado de México en su artículo 4.61 nos especifica las causas de nulidad de un matrimonio:

I El error acerca de la persona con quien se contrae;

II Que el matrimonio se haya celebrado con alguno de los impedimentos señalados en este código.

III Que se haya celebrado sin las formalidades que la ley señala.

Si una persona contrae matrimonio pero ya está casada, no procede el divorcio, sino la declaración de nulidad del segundo matrimonio. Uno de los esposos puede reclamar dicha declaración, en algunos casos el derecho de exigir la nulidad se extiende a quien ejerce la patria potestad (ya sean los padres o los tutores), a los hijos, al marido ofendido, o al ministerio público. Asimismo como existen tiempos específicos para demandarla, el juicio resultará improcedente si se excede el término legal.

La ley busca anular los matrimonios por razones de parentesco entre los contrayentes, por minoría de edad, por enfermedades y como una sanción a conductas graves, también es causa de nulidad el matrimonio contraído con una persona distinta de aquellas con quien debería de contraer matrimonio.

Cuando se trata de menores de edad, sin que se haya otorgado dispensa como señala el código.

Rafael de Pina Vara señala “El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce efectos civiles a favor de los cónyuges mientras dure; y en todo tiempo a favor de los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante él y trescientos días después de la declaración de nulidad, si no se hubieren separado los consortes, o desde su separación en caso contrario. En caso de buena fe de uno solo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles

⁹⁹ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *Relaciones jurídicas conyugales*, op. cit., pág. 572.

¹⁰⁰ BAQUIERO ROJAS, Edgard, BUENROSTRO BAÉZ Rosalía., op. cit. pág. 156.

únicamente respecto de él y el de los hijos. Si ha habido mala fe de parte de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles solamente respecto de los hijos.”¹⁰¹

La sentencia ejecutoriada que sea decretada en un juicio de nulidad de matrimonio, produce la separación de los cónyuges y la disolución del vínculo conyugal, por tanto deben convenir en cuanto a la custodia de los menores, caso contrario el Juez decidirá, así lo establece el código civil en su “Artículo 4.83.- Cuando la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, los padres propondrán la forma y términos del cuidado y custodia de los hijos, el Juez resolverá, atendiendo siempre al interés preponderante de éstos.”

Podemos ver como la ley siempre piensa en el bienestar de los hijos y en su cuidado, aunque el matrimonio haya sido declarado nulo, los derechos que tiene los cónyuges respecto de los hijos no pueden ser declarados también nulos, sino que estos tendrán que convenir respecto a su cuidado y custodia en un momento dado para que los hijos sigan teniendo la protección de ambos.

La ley se ha ido adaptando a los cambios sociales pues en las legislaciones anteriores al año 1974, seccionaban a la familia, al señalar que los hijos varones mayores de cinco años quedarían al cuidado del padre y las hijas al cuidado de la madre, si en ambos hubo buena fe al celebrar el matrimonio que posteriormente fue declarado nulo.

En el código civil vigente en el Estado de México en su artículo 4.78 refiere lo siguiente: “El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce sus efectos civiles a favor de los cónyuges mientras dure; y en todo tiempo a favor de los hijos de ambos nacidos antes y durante el matrimonio y trescientos días después de la celebración de nulidad o desde la separación de los cónyuges, en su caso.

Chávez Asencio hace una referencia muy importante en el custodia de los hijos en la nulidad de matrimonio que a la letra dice: la redacción anterior del artículo 259 C.C., prevenía que los hijos mayores de cinco años quedarían al cuidado del padre y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiere habido buen fe; a menos que sólo uno de ellos haya procedido de buena fe, en cuyo caso quedarán todos los hijos bajo su cuidado; “pero siempre, y aún tratándose de divorcio las hijas y los hijos menores de cinco años se mantendrán al cuidado de la madre hasta que cumplan esta edad, a menos que la madre se dedicase a prostitución o al lenocinio, hubiere contraído el hábito de embriagarse o hubiere una enfermedad contagiosa o por su conducto ofreciere peligro grave para la salud o la moralidad de los hijos”.¹⁰²

¹⁰¹ PINA VARA, Rafael de; *Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción – Personas- Familia*, Editorial Porrúa, vigésima tercera edición, México, 2004, pág. 347 y 348.

¹⁰² CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *Relaciones jurídicas conyugales*, Op. Cit. 422.

3.10.3 De los adoptados.

La palabra adopción viene del latín *adoptio*, y adoptar, de *adoptare*, de *ad a* y *optare*, de desear (acción de adoptar o prohiar). Es recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente. “Se puede definir la adopción, diciendo que es aquella institución por virtud de la cual se establecen entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima”.¹⁰³

Son los que reciben la filiación mediante el vínculo legal establecido por la adopción. Encontramos que el código civil del Estado de México establece dos tipos de adopción, la simple y la plena.

La continuidad del parentesco natural con los progenitores por adopción simple, no se pierden, únicamente estos transfieren la patria potestad, así lo señala el “Artículo 4.189.- Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción simple, excepto la patria potestad, que se transfiere al padre adoptivo.” Además en momento dado de una revocación de la adopción los padres consanguíneos recuperaran todos sus derechos sobre el menor y dentro de estos se encuentran los más importantes que son la guarda y custodia.

En el caso de la adopción plena, es irrevocable, además extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores, también el parentesco con las familias de éstos, el código civil establece que el adoptado bajo la forma de adopción plena se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, el adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos legales, el adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo, así se establece en el “Artículo 4.194.- Por la adopción plena el adoptado adquiere la calidad de hijo consanguíneo de los adoptantes.”

Debido a que en la adopción simple que se encuentra regulada en el Código Civil del Estado de México manifiesta que con la adopción sólo se transmite la patria potestad a los adoptantes, y los derechos de la guarda y custodia son ejercidos por quienes tienen este pleno derecho, entendemos que dicha potestad corresponde a los adoptantes, mientras esta no sea revocada.

En este orden de ideas se entiende que al haber una separación o divorcio por parte de los cónyuges los derechos contraídos seguirán vigentes para los hijos como lo refiere el artículo 4.184 del código civil para el Estado de México que nos dice: “Entre el adoptante y el adoptado habrá los mismos derechos y obligaciones que entre padres e hijo”.

Un antecedente importante nos lo menciona Chávez Asencio al referir los efectos, en relación al adoptante, el que adquiriría sobre el adoptado la autoridad y el poder paterno. Sin embargo, se estableció que el padre adoptivo no tenía derechos sobre bienes del adoptado. En cuanto al adoptado, dejaba de ser agnado respecto a la familia original para pasar a serlo en la

¹⁰³ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *Relaciones jurídicas paterno filiales*, Op. Cit. pág. 217.

familia adoptiva. De la comparación de las dos formas encontramos que la adrogatio era propiamente la adopción plena y la adoptio la adopción menos plena. Pero ambas buscaban el interés de la familia del adoptante, el interés del Estado y la finalidad religiosa.¹⁰⁴

3.10.4 De los hijos nacidos fuera del matrimonio.

Son los engendrados por personas no ligadas por vínculo matrimonial. La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad. La madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo y está obligada a que su nombre figure en el acta de nacimiento. El nombre del padre no se hará constar en el acta de nacimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio, si aquel no lo pide, la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, queda establecida por el consentimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad. Para ejemplificar esta situación citare la siguiente tesis:

Registro No. 203756

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta

II, Noviembre de 1995

Página: 518

Tesis: I. 8º. C.23 C

Tesis Aislada

Materia (s): Civil

CUSTODIA DE LOS MENORES NACIDOS FUERA DEL MATRIMONIO. DEBEN APLICARSE A ELLOS LAS MISMAS NORMAS LEGALES ESTABLECIDAS PARA LOS HIJOS NACIDOS DENTRO DEL MATRIMONIO.

El examen de los preceptos 282 y 381 del código civil para el Distrito Federal, permite establecer que lo dispuesto en el último párrafo del artículo 282 del código civil para el Distrito Federal, de que los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre, salvo que exista peligro para el normal desarrollo de los hijos, constituye una regla general que debe observarse para decidir lo relativo a la custodia de los menores de siete años, tanto en el caso de los hijos procreados en el matrimonio como fuera de él, pues es indiscutible que en ambos casos los menores de edad requieren en la misma medida de la madre, ya que por razones naturales, culturales o sociales la mujer es quien se encuentra más capacitada para atenderlos con mayor eficacia, esmero y cuidado necesarios, sin que haya motivo alguno para decidir que la custodia de los hijos

¹⁰⁴ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *Relaciones jurídicas paterno filiales*, op. cit., pág. 222.

menores de siete años nacidos fuera del matrimonio debe regirse de un modo distinto al que corresponde legalmente para los menores de esa edad habidos en matrimonio, en tanto que donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición. Además de lo anterior, es necesario conservar la custodia del hijo menor de los siete años nacido fuera del matrimonio, debe prevalecer el interés superior de la sociedad y del Estado en velar por los intereses del menor, orientado en el sentido de conseguir de manera más eficaz el normal y adecuado desarrollo del menor, objetivo que es posible lograr, cuando se cumple con el mandato legal de que el menor de siete años debe quedar bajo la custodia de la madre, pues ésta fue la edad límite que el legislador ordinario estimó necesaria para procurar la relación, protección y vigilancia directa de la madre hacia el menor que se encuentre en ese supuesto, salvo que, como también lo previó el legislador en el artículo 282, parte final, del código sustantivo de la materia, de estar el menor al cuidado de la madre exista peligro grave para su normal desarrollo.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 280/95. Armando Flores Jiménez. 25 de mayo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez. Secretario: Alejandro Sánchez López.

El trato a los hijos fuera del matrimonio ha cambiado con el tiempo, en nuestra legislación se han superado discriminaciones, que se daban a proteger y reconocer derechos a sólo hijos nacidos en matrimonio, como referencia citare el artículo el artículo 4.173 que dice: “Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos lo tendrá bajo su custodia; en caso que no lo hicieren, el Juez competente resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor”.

3.11 Intervención del Estado en la custodia del menor.

Podemos encontrar la intervención del Estado, en los ordenamientos del artículo 4º. de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, este ordenamiento señala como garantía individual para los menores el derecho a la protección, a un medio ambiente adecuado para su desarrollo, a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral; también determina deberes a los ascendientes, tutores y custodios para preservar estos derechos, además de que determina que el Estado otorgara facilidades para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Los derechos en especial de los menores quienes tienen el derecho a la seguridad, a la formación humana integral y protección completa en un ambiente familiar, el derecho lo deberán satisfacer a través de la adopción y la tutela. De aquí que el Estado está obligado a promover y

fomentar un ambiente familiar idóneo en la adopción y la tutela, en beneficio de los huérfanos y marginados.¹⁰⁵

Así nos queda claro que existe la protección del Estado por medio de su instrumento jurídico, obligando a los custodios a cumplir con los deberes que tienen con los menores, aparte de otras obligaciones y derechos como lo indica el “Artículo 4º Constitucional: El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

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

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

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

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

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

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

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

La “Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, en los artículos 1, 2, 3, 5, 6, y 7, nos reafirman esta disposición constitucional.

“Artículo 1. La presente ley se fundamenta en el párrafo sexto del artículo 4º. De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sus disposiciones, son de orden público, interés social y de observancia general en toda la República Mexicana y tiene por objeto garantizar a niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

La Federación, el Distrito Federal, los Estados y los municipios en el ámbito de su competencia, podrán expedir las normas legales y tomarán las medidas administrativas necesarias a efecto de dar cumplimiento a esta ley.

¹⁰⁵ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *La familia en el derecho, derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, Quinta edición actualizada, Editorial Porrúa, México 1999, pág. 425.

Artículo 2. Para los efectos de esta ley, son niñas y niños las personas de hasta 12 años incompletos, y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años cumplidos.

Artículo 3. La protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, tiene como objetivo asegurarles un desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad.

Son principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes:

- A. El interés superior de la infancia.
- B. El de la no-discriminación por ninguna razón, ni circunstancia.
- C. El de igualdad sin distinción de raza, edad, sexo, religión, idioma o lengua, opinión política o de cualquier otra índole, origen étnico, nacionalidad o social, posición económica, discapacidad, circunstancias de nacimiento o cualquiera otra condición suya o de sus ascendentes, tutores o representantes legales.
- D. El de vivir en familia, como espacio primordial de desarrollo.
- E. El de tener una vida libre de violencia.
- F. El de corresponsabilidad de los miembros de la familia, Estado y sociedad.
- G. El de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales.

Artículo 4. De conformidad con el principio del interés superior de la infancia, las normas aplicables a niñas, niños y adolescentes, se entenderán dirigidas a procurarles, primordialmente, los cuidados y la asistencia que requiere para lograr un crecimiento y un desarrollo pleno dentro de un ambiente de bienestar familiar y social.

Atendiendo a este principio, el ejercicio de los derechos de los adultos no podrá, en ningún momento, ni en ninguna circunstancia, condicionar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

La aplicación de esta ley atenderá al respeto de este principio, así como al de las garantías y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 5. La Federación, el Distrito Federal, los Estados y los municipios, procurarán implementar los mecanismos necesarios para impulsar una cultura de protección de los derechos de la infancia, basada en el contenido de la Convención sobre los derechos del niño y tratados que sobre el tema apruebe el Senado de la República.

Artículo 6. A falta de disposición expresa en la Constitución, en esta ley o en los tratados internacionales en lo términos del artículo 133 de la Constitución, se estará a los principios generales que deriven de dichos ordenamientos y a falta de éstos, a los principios generales del derecho.

Artículo 7. Corresponde a las autoridades o instancias federales, del Distrito Federal, estatales y municipales en el ámbito de sus atribuciones, la de asegurar a niñas, niños y

adolescentes la protección y el ejercicio de sus derechos y la toma de medidas necesarias para su bienestar tomando en cuenta los derechos y deberes de sus madres, padres, y demás ascendientes, tutores y custodios, u otras personas que sean responsables de los mismos. De igual manera y sin perjuicio de lo anterior, es deber y obligación de la comunidad a la que pertenecen y, en general de todos los integrantes de la sociedad, el respeto y el auxilio en el ejercicio de sus derechos.

El Gobierno Federal promoverá la adopción de un Programa nacional para la atención de los derechos de la infancia y adolescencia, en el que se involucre la participación de las entidades federativas y municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, así como del sector privado y social, para la instrumentación de políticas y estrategias que contribuyan al cumplimiento de la presente ley y garantice el mejoramiento de la condición social de niñas, niños y adolescentes.”

Las normas que integran el Derecho de familia son, como todas en general, reguladoras. El derecho hace posible la vida social a través de las normas que regulan las relaciones entre las personas, entre éstos y el Estado y entre las naciones. Pero, en el Derecho de familia encontramos, además normas protectoras y promotoras, lo que está elevado a rango constitucional, al prevenirse que la ley “protegerá la organización y el desarrollo de la familia” (Art. 4 Const.), Es decir, no sólo protege la organización, sino que también para el desarrollo de la familia requiere de normas promotoras.¹⁰⁶

Así queda determinado que el Estado a través de su órgano jurisdiccional debe hacer cumplir y buscar los beneficios de los menores, aún en contra de la voluntad de los progenitores, así como nos hace referencia la siguiente tesis:

Registro No. 199293

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta

V, Febrero de 1997

Página: 724

Tesis: II. 1º. C.T.121 C

Tesis Aislada

Materia (s): Civil

CUSTODIA, DEBE DECRETARSE DE OFICIO, AL DISOLVERSE EL MATRIMONIO (LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO).

Cuando se declara la disolución del matrimonio, la autoridad, de oficio, debe decretar la custodia por tratarse de una cuestión familiar, y en términos de los artículos 245, 246 y 267 del Código Civil del Estado de México, deben

¹⁰⁶ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *Relaciones jurídicas familiares*, op. cit., pág. 156.

determinarse las circunstancias bajo las cuales la contraparte deberá convivir con los menores.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNO CIRCUITO.

Amparo directo 1152/96. Roberto Camacho Crescencio. 5 de Noviembre de 1996. Mayoría de votos. Ponente: Salvador Bravo Gómez. Disidente: Enrique Pérez González. Secretaria: Elizabeth Serrato Guisa.

Voto particular:

1.- Registro No.692

Asunto: AMPARO DIRECTO 1152/96.

Promovente: ROBERTO CAMACHO CRESCENCIO.

Localización: 9ª. Época; T.C.C.;S.J.F. y su Gaceta; V, Febrero de 1997; Pág.724;

Hay una intervención constante del Estado en las relaciones familiares, lo que no significa que sea parte en ellas. Hay un interés en regular las relaciones familiares: interés de la sociedad e interés del Estado por la importancia del matrimonio y la familia.¹⁰⁷

¹⁰⁷ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *Relaciones jurídicas familiares*, op. cit. pág. 156.

Capítulo IV

La Convivencia

4.1 Concepto de convivencia, diversas acepciones:

Manuel F. Chávez Asencio señala “El deber de convivencia es la natural consecuencia de la patria potestad. Es una consecuencia del deber de cuidado y custodia. Esta convivencia tiene el objetivo de lograr la estabilidad personal y emocional del menor. Es darle afecto, calor humano, presencia personal y respaldo espiritual.”¹⁰⁸

4.1.1 Etimológica.

Desde el punto de vista etimológico convivencia viene el latín convivere que significa vivir en compañía de otros, cohabitar; Igualmente se entiende el estado de dos o más personas que viven juntas.

4.1.2 Gramatical.

Convivencia en sentido gramatical, se entiende como la acción de vivir juntas varias personas, de vivir en compañía de otros, cohabitar o habitar bajo un mismo techo, casa y en ocasiones hasta el lecho.

4.1.3 Jurídica.

La convivencia humana para que sea posible y pueda desarrollarse en orden, para evitar el caos en la sociedad, requiere una regulación que encause y dirija esa vida en común, que norme las relaciones sociales humanas; es menester que exista un derecho, concebido formalmente como un conjunto dispositivo jurídico, pues el derecho es inseparable de la convivencia humana, que sin él sería imposible. En toda sociedad humana debe haber un conjunto de normas que regulen dichas relaciones que hagan posible la vida en común y la comunidad pacífica de todos sus miembros, cuya voluntad esté por encima de la individual en beneficio de la colectividad. Además, que el derecho vale y se presenta como un instrumento de organización social, puesto al servicio de los hombres para un mejor desenvolvimiento de las relaciones sociales, mismo que asegura a todos los individuos su más pleno desenvolvimiento.

¹⁰⁸ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F, *Convenios conyugales y familiares*, cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 106.

De lo anterior es conveniente destacar lo siguiente:

El derecho tiene por objeto esencial imponer en la sociedad un régimen determinado de ordenación; el derecho es en si mismo un conjunto de normas que tiende a dar reglas que obligan a un orden dado de la sociedad y de sus miembros.

El conjunto sistemático de reglas jurídicas obligatorias que el derecho aporta a la sociedad constituye sólo el medio para que se enlace un determinado orden social.

“En síntesis el contenido de la norma jurídica debe radicar precisamente en la regulación de las relaciones entre los hombres, esto es, debe encauzar aquel aspecto de su actividad que implique relaciones y juegos de intereses recíprocos, bien de particulares entre si, o entre estos y los sociales o viceversa, para establecer el orden de correspondiente, respetando siempre un mínimo de libertad humana...”¹⁰⁹

Por lo tanto es necesario la existencia del derecho en toda sociedad a efecto de que exista una convivencia pacífica entre toda la colectividad, ya que corresponde al Estado a través de instituciones públicas, la promoción de la familia por medio de los valores humanos y religiosos.

En el universo hay un orden, hay armonía y leyes que regulan la relación de manera ineludible o determinista porque son materia, como son las leyes de la física y la química. La relación entre los animales se obtiene por el instinto y forman manadas o grupos según su especie. “Por ser el hombre racional y libre, añade en el orden de relaciones del universo un tipo de relaciones peculiares: las humanas”¹¹⁰

El derecho es por esencia un fenómeno que se da en sociedad, no puede haber derecho que no sea forzosamente social debido a que tiene un carácter protector de las personas, grupos y sectores para que lleven a cabo una convivencia justa y pacífica, es por esta razón que el derecho ha tenido que evolucionar de acuerdo a las necesidades de la misma sociedad.

En una forma amplia y descriptiva se puede decir que existen instituciones jurídicas relativas a la constitución de la familia y por ende a la convivencia de los miembros que la constituyen como son el matrimonio, el concubinato, la filiación y el parentesco.

La convivencia se establece desde el momento mismo en que todo ser humano nace, sirve para un sano desarrollo en las relaciones tanto dentro de un matrimonio solido, así como cuando se presenta un divorcio, pues es considerada un factor trascendente para el bienestar emocional y para la salud de los individuos, de estos elementos se desprende su importancia.

Cuando se habla de convivencia, se hace referencia a la vida que comparten individuos, familias y grupos en cuanto a intereses, inquietudes, problemas, soluciones a dichos problemas, expectativas, usos del espacio, servicios y todo aquello que forma parte de la existencia en sociedad. La convivencia implica, por lo tanto, estar al mismo tiempo y en el mismo lugar que

¹⁰⁹ BURGOA ORIHUELA. Ignacio, *Las Garantías Individuales*, trigésima tercera edición, Editorial Porrúa, México, 2001. Pág. 21

¹¹⁰ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F, *Convenios conyugales y familiares*, op. cit. pág. 1.

otros, con los que se interactúa activa y creadoramente, con quienes se comparten aspectos comunes, y entre quienes se da un entendimiento, una empatía. Sin embargo, convivir, no significa estar de acuerdo en todo, sino la posibilidad de disentir, debatir y regular ese conflicto sin que ello suponga una ruptura, una desintegración o la pérdida de cohesión social.

1.2 Clases de convivencia:

4.2.1 Convivencia moral.

La relación humana adquiere dimensión moral cuando es percibida como una necesidad y obligación para lograr el desarrollo del ser humano, según lo señala el doctor Miguel Villoro Toranzo, quien agrega. “En efecto, la moral es aquella disciplina que estudia, a la luz de la razón, la rectitud de los actos humanos en relación al fin último del hombre o a las normas que se derivan de nuestro último fin”.

Desde el momento en que dos o más seres humanos conviven, surge la necesidad de coordinar o ajustar sus relaciones de acuerdo con un criterio racional y de justicia, estas normas las establece el Estado conforme a la justicia, por la autoridad, que hace posible la convivencia entre personas y es el derecho por el cual van a establecerse estos vínculos, entre las personas que vivan en sociedad para regular esos vínculos, que son manifestados como deberes, obligaciones y derechos que constituyen el objeto de la relación que crean para su convivencia.

La moral, como forma de comportamiento humano, tiene también un carácter social, ya que es propio de un ser que, incluso, al comportarse individualmente lo hace como un ser social.

Cada individuo al comportarse moralmente se sujeta a determinados principios, valores o normas morales de una colectividad, cuyas acciones tienen un carácter colectivo pero concertado, libre y consiente.

La función social de la moral estriba en regular las relaciones de los hombres, para contribuir así a mantener y asegurar determinado orden social.

“Comprende la orientación en relación a su conducta, que significa señalar el camino para lograr una conducta moral. Transmitir los valores éticos de la familia y de la comunidad según la cultura de cada país. Corresponde al deber del hijo de atender y escuchar las orientaciones de los padres¹¹¹. A su vez existen los derechos recíprocos, de la corrección y amonestación por parte del padre, y el derecho del hijo de que se respete su vocación.”

El individuo, en cuanto a ser social, forma parte de diversos grupos sociales. El primero al que pertenece y cuya influencia se siente es su familia. Pero, desde el momento que se integra a la estructura económica de la sociedad es miembro de un grupo social más amplio, la clase social, y dentro de ella, por su ocupación específica a una comunidad de trabajo. El individuo es así mismo parte integrante de un estado u organización política y jurídica a la que se halla sujeto.

¹¹¹ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F, Óp. Cit. pág. 107.

La primera comunidad en la que convive el ser humano es la familia, la cual es considerada la célula social. En ella se realiza el principio de la propagación de la especie y se efectúa en gran parte, el proceso de educación del individuo en sus primeros años, así como contribuye a la formación de su personalidad, por todo esto reviste gran importancia desde el punto de vista moral.

Tanto por lo que refiere a los miembros que la integran como por lo que toca a la moralización de la sociedad, constituye una comunidad basada, no en la autoridad de la sangre o del dinero, sino en el amor y la fidelidad de los cónyuges y en la solidaridad, confianza, ayuda y respeto mutuo de padres e hijos, como verdadera célula social.

4.2.2 Convivencia social.

El hombre nunca busca aislamiento sino que se asocia con sus semejantes para logra un objetivo común en beneficio de todos. Desde los tiempos más remotos los hombres se agrupan en clanes, tribus, gens, familias; dentro de la colectividad se crearon, castas, órdenes, colegios y otras agrupaciones sociales que adoptaron formas religiosas, semireligiosas, políticas, sociales, culturales, etc., buscando todas un fin común.

“Desde lo más hondo de su ser, se inicia en la persona humana, la ascensión hacia lo social. Por el lenguaje y el amor, por los sentimientos de solidaridad y de simpatía, se relaciona con las demás personas en los diversos sectores de la sociedad.... Y de aquí nacen los grupos sociales más variados, desde el más natural y espontáneo, que es la familia, hasta el más complejo y poderoso, que es el Estado.¹¹²

Cuando Aristóteles sentó la premisa especulativa de que el hombre es un ser sociable por naturaleza, introdujo en el ámbito de las ciencias humanas la idea de relación como necesaria vinculación, ya intelectual, ya emocional o legal entre las personas.

Analizando lo anterior concluimos que la convivencia social, abarca la conexión, correspondencia, trato, comunicación de una persona con otras, se dan relaciones de amistad, amorosas, familiares, económicas, políticas y jurídicas, esto es por la única razón de que el hombre por naturaleza es un ser sociable y la convivencia un hecho necesario, y todas estas relaciones son necesarias para su sano desarrollo.

Un claro ejemplo de la convivencia social se da en las relaciones políticas que surgen de la sociabilidad como tendencia humana, pues el ser humano debe primero sobrevivir y luego desarrollarse, dentro del grupo debe haber unidad y para ellos se requiere de líderes, donde forzosamente se da la subordinación, donde unos deben ser súbditos y otros gobernantes y por medio de esta relación se vinculan los individuos y los grupos en una unidad social.

¹¹² CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *Relaciones jurídicas familiares*, Op. Cit., pág. 15

La persona es un todo, pero no un todo cerrado, antes bien un todo abierto. Por naturaleza la persona tiende a la vida social y a la comunicación. Por lo que la propia naturaleza humana, le exige al individuo entrar en relación con otras personas humanas. En términos absolutos, podemos decir que la persona humana individual no puede estar sola. Así pues, la sociedad se forma como algo exigido por la naturaleza humana.

En la convivencia social el objetivo que vincula a los miembros de la sociedad lo es la realización de cada uno de los individuos en el ámbito de la libertad y la responsabilidad, se funda en los intereses de las personas y este se obtiene cuando cada uno cumple su responsabilidad, para lo cual se requiere de la libertad debidamente ordenada, que regule y concilie las conductas en el fin que pretende.

La sociedad en general esta configurada por familias que dentro de su núcleo tienen cierta autonomía en cuanto a la toma de algunas decisiones, pero de una o de otra forma se encuentran reguladas por la vida en sociedad que se rige por normas jurídicas de aplicación general.

4.2.3 Convivencia Familiar.

El ser humano en donde convive inicialmente es con su familia, misma que surge de dos datos biológicos de la realidad humana: La unión sexual y la procreación. Dentro de la procreación es de suma importancia mencionar la fecundación asistida, por el hecho que dentro de la misma se dan situaciones que no se encuentran legisladas, dentro del código civil, como por ejemplo cuando hay espermia donado por el hermano del esposo o cuando la hermana de la esposa presta su vientre para que se gesté el bebe, o cuando se fecundan varios óvulos y sólo eligen los más aptos, congelan los que quedan de reserva, si estos por alguna circunstancia no son ocupados que pasa?, todas estas situaciones confrontan el buen juicio del Juez de lo Familiar al no contar con un marco jurídico donde se encuadren dichos conflictos, creando inconformidad en las partes en conflicto al sentirse agredidos en sus derechos.

Los autores plantean si se trata de una fecundación artificial o de una inseminación artificial. Ambos términos son usados; también aparecen en la literatura jurídica y ambas situaciones pueden presentarse. Se habla de la fecundación artificial, aún cuando no se descarta que también puede usarse como terminología adecuada la de inseminación, toda vez que el primer concepto hace referencia a la concepción como resultado y en cambio, en el segundo concepto, se está expresando la introducción de espermia en la mujer por medios artificiales, sin asegurar la concepción como resultado. Sin embargo, casi la totalidad de los autores consideran que la práctica en cuestión no es la fecundación, pues la verdadera fecundación se da después de la intervención médica. Se dice que la fecundación no es artificial, lo artificial es la inseminación. Pero los avances científicos hacen posible también la fecundación artificial, cuando se logra esta

estación en tubo de ensayo, llamada *in vitro*. En estos casos se trata de una verdadera fecundación artificial extrauterina.¹¹³

Por lo tanto, la convivencia familiar se crea por múltiples uniones de personas que crean esos vínculos por lazos de matrimonio, concubinatos, madres solteras o personas viudas, etc. La función más importante, universalmente y por su trascendencia social, es el papel socializador y educativo que cumple la familia con respecto a los miembros que surgen y crecen dentro de ella, ya que los niños y adolescentes moldean su carácter dentro del seno familiar.

Y es en la vida cotidiana, tanto en su connotación biológica más estricta como en lo concerniente a las relaciones primarias del sujeto desde antes de su concepción, donde surgen los vínculos filiales, pues la familia es el primer grupo del hombre, social por naturaleza y donde se encuentre inmerso durante toda su vida, pues aún después de la muerte deja subsistentes derechos y obligaciones para los miembros que eran parte de su familia.

“El ser humano necesita del afecto: La liga afectiva con otras personas es imprescindible para el equilibrio emocional y mental y hasta para la salud física de todos los seres. La familia es la que en forma personal provee ese aspecto espiritual. Los que contraen matrimonio a los que se unen sexualmente y fundan una familia, lo hacen llevados no solamente por impulso erótico, sino unido por el mismo fin que es la atracción afectiva.”¹¹⁴

El hogar familiar es sinónimo de calor humano, lugar donde se encuentra y se da comprensión, apoyo, solidaridad y se comparten alegrías, decepciones, dolores y satisfacciones, por lo que es algo insustituible.

Desde el punto de vista sociológico se señala que la familia es la célula social, y se entiende por tal a la pareja y a los hijos procreados que viven juntos aunque de igual forma a los abuelos tíos y primos entra dentro de este concepto.

La convivencia familiar, está regulada por los artículos 4.17, 4.19, y 4.201 del código civil del Estado de México y que textualmente dice:

“Artículo 4.17.- Los cónyuges vivirán en el domicilio conyugal. Se considerará domicilio conyugal el lugar establecido de común acuerdo por los consortes, en el cual ambos disfrutan de la misma autoridad y de consideraciones iguales, con independencia de terceros, que vivan en el mismo domicilio.”

“Artículo 4.19.- Los cónyuges de común acuerdo decidirán lo relativo a la educación y formación de los hijos y a la administración de los bienes que sean comunes a los cónyuges o que pertenezcan a los hijos sujetos a su patria potestad.”

“Artículo 4.201.- Los hijos y sus ascendientes se deben respeto y consideración recíprocamente.”

¹¹³ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *Relaciones jurídicas paterno filiales*, Op. Cit., pág. 24.

¹¹⁴ MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, quinta edición, Editorial Porrúa, México, 1992. Pág. 12.

La finalidad que se persigue es que los cónyuges vivan en el domicilio conyugal que hubiesen designado, junto con sus hijos, a efecto de tener una convivencia afectiva, moral y espiritual todos sus miembros, así como lograr una estabilidad mental y emocional y, sobre todo, que exista solidaridad, ayuda mutua, amor y comprensión entre todos los integrantes del hogar familiar.

La “Ley para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, señala en el artículo 19, que son parte de sus derechos en vivir con sus padres en condiciones de bienestar y un sano desarrollo psicofísico.

“Artículo 19. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en condiciones que permitan su crecimiento sano y armonioso, tanto físico como mental, material, espiritual, moral y social.”

La convivencia familiar que se da entre padres e hijos, y que se lleva cotidianamente, sufre un cambio cuando se separan los padres o cuando se divorcian.

“Esta convivencia entre padres e hijos se desarrolla en la relación familiar normal, pero sufre un cambio cuando hay crisis conyugal, y el divorcio, como consecuencia, la separación de los progenitores. Surge, en estos supuestos el derecho de “convivencia”.¹¹⁵

Partiendo de la ruptura que se da en la convivencia familiar por causa del divorcio entre los cónyuges, los hijos quedan separados de uno de los progenitores, por lo tanto ya no se lleva a cabo la convivencia como se venía desarrollando, y como consecuencia se debe convenir o determinar la forma de cómo se dará esta, todas las medidas concernientes a los niños y niñas que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, considerarán primordialmente que se atienda al interés superior del niño. Consiguientemente, cuando se resuelva decretar un régimen de visitas entre un menor y alguno de su progenitores no procede condicionarse la convivencia paterno-filial por parte del otro progenitor, el mencionado infante podría verse influenciado por factores externos a su real manera de pensar y sentir, es decir, se propiciaría que mediante la influencia de alguno de los progenitores se evitara la convivencia determinada.

La “Ley para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el Estado de México” nos señala en el inciso d) de la fracción II, del artículo 9, que unos de los derechos de los menores de manera enunciativa más no limitativa es el de:

“d) A vivir y crecer en el seno de una familia, conocer a sus progenitores y mantener relaciones personales y contacto directo con ellos, aún en el caso de estar separados, salvo si ello, es contrario a los intereses superior de la niña, niño o adolescente;”

También es muy importante establecer dicha convivencia en el caso de que ambos progenitores se quedaran con hijos, ya sea la madre con una hija y el padre con un hijo, se tiene

¹¹⁵ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. Óp. Cit. pág. 107.

que determinar la forma de cómo se deberá llevar a cabo la convivencia. Para estos casos específicos menciono las siguientes tesis:

Registro No. 179211

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXI, Febrero de 2005.

Página: 1765

Tesis: II. 2º. C. 487 C

Tesis Aislada

Materia (s): Civil

REGIMEN DE CONVIVENCIA FAMILIAR Y VISITA A LOS HIJOS. NO DEBE CONDICIONARSE AL CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES.

De conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, aprobada por el Senado de la República el diecinueve de junio de mil novecientos noventa, ratificada por México el veintiuno de septiembre del precitado año, y publicada en el Diario Oficial de la Federación el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno, en todas las medidas concernientes a los niños y niñas que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, considerarán primordialmente que se atiende al interés superior del niño, de acuerdo con el artículo 3 de dicha convención. Consiguientemente, cuando se resuelva decretar un régimen de visitas entre un menor y alguno de los progenitores no procede condicionarse la convivencia paterno filial al previo consentimiento de dicho menor, pues dada su incapacidad para decidir lo que más le convenga, no puede quedar a su voluntad la verificación de la convivencia ya resuelta, amén de que lejos de beneficiarle ello le perjudica, puesto que el mencionado infante podría verse influenciado por factores externos a su real manera de pensar y sentir, es decir, se propiciaría que mediante la influencia de alguno de los progenitores se evitara la convivencia determinada, sin que derivase ello de la decisión personal de dicho menor.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 515/2004. 13 de octubre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Javier Cardoso Chávez. Secretario: Vicente Salazar López.

Registro No. 180144

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta
XX, Noviembre de 2004.
Página: 1962
Tesis: II.2º.C.475 C
Tesis Aislada
Materia(s): Civil

GUARDA Y CUSTODIA NECESARIO RESULTA DECIDIR SOBRE EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA ENTRE LOS HERMANOS MENORES DE EDAD, CUANDO ESTÉN SEPARADOS.

Si en un juicio natural se decreta el divorcio de los padres y cada uno tiene bajo su guarda y custodia a un menor (el progenitor al hijo y la madre a la hija), es necesario incuestionable que de acuerdo con la litís, las particularidades del caso, las características de los progenitores y las situaciones de hecho prevalecientes, la Sala Familiar debe decidir conforme a sus facultades jurisdiccionales y su prudente arbitrio sobre la conveniencia de establecer un régimen de convivencia de los menores hermanos entre si, y dirimir si ha lugar a ello, o sea, determinar dicha convivencia y, en su caso, fijar el lugar y la forma en que deberá desarrollarse, decretando las medidas pertinentes para asegurar que cada uno de los menores puedan continuar bajo la custodia de sus respectivos progenitores.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 433/2004. 3 de agosto de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Aimeé Michelle Delgado Martínez.

Los seres humanos en formación, en su primera edad requieren de la vigilancia y del cuidado de alguien que los ame, que por lógica tienen que ser sus padres, las tareas deben de compartirse y dar a los hijos durante el tiempo que se les tiene bajo cuidado, mayor calidad en la relación afectiva. Un buen entendimiento entre los padres y en su relación con los hijos, traerá seguridad y equilibrio en ellos, aunque sea menor el tiempo afectivo que se les dedique.

Aunque algunos lazos que surgieron por la voluntad de los individuos pueden romperse por diversas circunstancias como lo es el caso del divorcio debemos tomar en cuenta que esto sólo es por la relación entre los cónyuges y no así para los hijos, estos deben de contar con el amor incondicional y perpetuo por parte de sus progenitores, y aunque se encuentren inmersos en un juicio de esta naturaleza, tiene que cumplir con sus derechos y obligaciones que adquirieron al convertirse en padres.

4.3 El derecho de visita a los menores por parte del progenitor que no tiene la custodia.

El código civil del Estado de México en su Artículo 4.205 párrafo segundo señala para “...Quien no tenga la custodia le asiste el derecho de visita.”

“Desde el punto de vista del hijo, el establecimiento de un régimen de visita constituye una evidencia tangible de que su familia perdurará, pese a los muchos cambios ocasionados por el divorcio. A menudo refleja una colaboración convenida entre progenitores que no quieren abdicar a su responsabilidad hacia el cuidado compartido de los hijos. Las visitas periódicas y previsibles introducen estabilidad en la relación entre el hijo y el progenitor no encargado de la custodia.”¹¹⁶

La expresión derecho de visita, no es del todo adecuada por insuficiente, pero ha tomado carta de naturalización y es como en la actualidad se conoce a esa serie de relaciones jurídicas que la jurisprudencia extranjera ha ido extendiendo cada vez a una hipótesis más diversas, pero relacionadas siempre con el deseo de un progenitor de relacionarse con su hijo, con el cual no convive.

Tomando en cuenta algunas otras acepciones que se manejan en las diferentes legislaciones haremos una diferencia marcada entre estas dos definiciones en cuanto a su aplicación por lo que la visita sólo la deberíamos de tomar en cuenta para los familiares como los abuelos, tíos y primos de los menores mientras que la convivencia es la que se da con los padres de esté.

Estimo pertinente hacer un cambio de frase “derecho de visita” por “convivencia familiar”. Puesto que la palabra visita no es clara y su significado, de acuerdo al Gran diccionario patria de la Lengua Española, “Visita.- Acción de visitar”. Y el significado de; “Visitar.- Ir a ver a uno en su casa por cortesía, atención, amistad o cualquier otro motivo.” Creo que la convivencia familiar es más que una simple visita. Cuando es autorizada la convivencia familiar, engloba el derecho que tiene el padre de visitar, convivir, salir a pasear o en momento dado llevarlo a un lugar donde ambos tengan una convivencia paterno-filial. Así nos lo mencionan las siguientes tesis:

Registro No. 202039
Localización:
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta
III, Junio de 1996
Página: 806
Tesis: XI. 1o. 4 C
Tesis Aislada
Materia (s): Civil

¹¹⁶ GURROLA PEÑA, Gloria Margarita, (Compiladora), Infancia y Crisis, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 1998, pág. 21, 22.

CONVIVENCIA FAMILIAR. LA RESOLUCION JUDICIAL QUE LA OTORGA, DEBE SER CONGRUENTE CON LA DEMANDA RESPECTIVA.

La autoridad responsable transgrede en perjuicio de la quejosa los artículos 600, 601 y 602 del Código de Procedimientos Civiles del Estado, al resolver, de manera imprecisa, que la autorización que concede al padre para convivir con su menor hijo, debe usarse de manera prudente, con el consentimiento y previo aviso a la madre, y que esta última queda obligada a respetar los derechos que tiene el actor para visitar, convivir y sacar a pasear a su hijo, debiendo actuar con prudencia y madurez respecto a tales visitas y convivencia; por cuanto que de la lectura minuciosa del escrito de demanda se advierte que el padre solicito autorización judicial para convivir con su menor hijo, en su domicilio, los sábados y domingos de cada semana, durante el día y regresarlo con su madre a una hora conveniente, lo cual implica que el Juez del conocimiento tenía que decidir si la autorización que concedía se limitaba o no a los días que menciona el actor y la hora o las horas en que podía sacar al niño de la casa materna, en vista de su corta edad y de los cuidados que necesita, así como de la circunstancia de que la madre labora de lunes a viernes y que los días que puede convivir con su hijo, son también los sábados y domingos.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 815/95. Verónica Olivares. 13 de marzo de 1996. Unanimidad de votos Ponente: Joel González Jiménez. Secretario: Ricardo Díaz Chávez.

Registro No. 194508

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta
IX, Marzo de 1999

Página: 1384

Tesis: II. 2o. C. 154. C

Tesis Aislada

Materia (s): Civil

CONVIVENCIA FAMILIAR, DERECHO DE, NO PUEDE RESTRINGIRSE, AUQUE EL DEMANDADO TENGA UNA INCAPACIDAD FISICA PARCIAL.

Cuando en un juicio de divorcio se declara la disolución del vínculo matrimonial, y por haber hijo menor de edad queda a cargo de la madre su custodia, estableciéndose las visitas de convivencia familiar del padre con su hijo por ser benéficas para el menor, tal aspecto no puede restringirse con el argumento de que el demandado tiene una incapacidad física que no le permitiría cuidar

adecuadamente de dicho menor; ciertamente debe de notarse que la prohibición de la convivencia familiar puede acarrear serias consecuencias, incluso de índole sociológico y psicológico, en ocasiones irreparables por repercutir en la vida de un hijo, y de ahí que la incapacidad física parcial del padre no puede considerarse como una causa que impida la convivencia familiar autorizada, máxime si no se aporta ningún medio de convicción para que se prive justificadamente al padre el derecho de convivencia paterno – filial; por lo tanto, es de concluir que no probada una causa para la restricción de la convivencia ordenada, la sentencia respectiva no puede ser conculcatoria de garantías.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 960/98. Erika González González. 26 de enero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio a. Solorio Campos. Secretaria: Sonia Gómez Díaz González.

La crisis de la familia es hondamente preocupante. A la búsqueda de soluciones al conflicto familiar se avocan pensadores de diversas disciplinas. Las alternativas son numerosas y alentadoras: educación moral y sexual desde temprana edad; revaloración de los papeles a cumplir por todos los integrantes de la familia, dentro y fuera del hogar, con un espíritu de igualdad y de justicia.¹¹⁷

Considero que el fin de la familia cuando un hombre y una mujer decidan casarse o que se unan por amor, debe de continuar por el resto de su vida respetándose y brindándose la ayuda mutua, para compartir los derechos y obligaciones que surgen de la crianza de los hijos y así lograr hijos más seguros y sanos para que vivan su vida de una manera digna y satisfactoria.

4.4 Facultad del Juez para determinar la custodia y obligación para determinar el régimen de convivencia familiar.

El código civil del Estado de México, señala la facultad que tiene el Juez para determinar la custodia de los menores en los artículos 4.95 y 4.205; “Artículo 4.95... III. A falta de acuerdo entre los cónyuges, la guarda y custodia de los hijos se decretará por el Juez en función del mayor interés de los menores y de los sujetos a tutela;”

El “Artículo 4.205.- En caso de separación de quienes ejerzan la patria potestad y no exista acuerdo sobre la custodia, el Juez resolverá, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.”

Podemos encontrar que no señala, que también debe intervenir con respecto a la convivencia familiar, cuando se da la separación, es decir, que no viven en el mismo domicilio conyugal, aunque las partes no controviertan en lo relativo al régimen de convivencia familiar, es

¹¹⁷ MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, pág. 17

menester del juzgador resolver lo correspondiente a esa cuestión, y no limitarse a señalar que el tema no formó parte de las prestaciones demandadas en el juicio, y la sentencia debe ocuparse exclusivamente de las acciones y excepciones ventiladas, el juzgador no debe dejar fuera algo tan importante como lo es la convivencia de los hijos con el progenitor que no le asiste la guarda y custodia de los hijos.

Teniendo en cuenta que los que se divorcian son los cónyuges y no los padres con sus hijos se debe fomentar la no ruptura del lazo afectivo entre éstos, estableciendo un régimen de convivencia acorde a las necesidades de los hijos y a los deberes de los padres.

En base a lo antes expuesto tenemos la “Ley para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes del Estado de México” que en los artículos 1, 2 y 3, nos indica la disposición, objeto y aplicación de esta ley para la protección y defensa de los derechos que tienen los menores en esta entidad.

ARTÍCULO 1.- Las disposiciones de esta ley son de orden público, interés social y observancia general y tienen por objeto garantizar las bases y procedimientos sobre los derechos, prevención y atención de las niñas, niños y adolescentes en el Estado de México, lo que será considerado por todas las instituciones públicas o privadas.

ARTÍCULO 2.- La presente ley tiene por objeto:

- I. Garantizar y promover el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.
- II. Establecer los principios que orienten las políticas públicas a favor de las niñas, niños y adolescentes;
- III. Fijar los lineamientos y establecer las bases para la instrumentación y evaluación de las políticas públicas y de las acciones de defensa y representación jurídica, asistencia, provisión, prevención, protección y participación para la promoción y vigencia de los derechos de las niñas, niños y adolescentes a fin de:
 - a). Impulsar y consolidar la atención integral y la generación de oportunidades de manera igualitaria para las niñas, niños y adolescentes;
 - b). Establecer mecanismos que faciliten el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes;
- C. Promover la cultura de respeto hacia las niñas, niños y adolescentes en el ámbito familiar, comunitario y social, así como en el público y privado.
- d) Establecer las facultades y obligaciones de la Administración Pública para el cumplimiento de la presente ley.

ARTÍCULO 3.- La aplicación de esta ley estará a cargo del Ejecutivo Estatal a través de sus dependencias, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia de la Entidad; las autoridades

judiciales; los Municipios a través de sus dependencias y los Sistemas Municipales para el Desarrollo Integral de la Familia en sus respectivos ámbitos de competencia y jurisdicción.

Así lo confirma la siguiente tesis:

Registro No. 178644

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXI, Abril de 2005

Página: 1469

Tesis: II. 3º. C.62. C

Tesis Aislada

Materia (s): Civil

REGIMEN DE VISITA Y CONVIVENCIA CON LOS PADRES. EL JUEZ DEBE RESOLVER ESE TEMA AUNQUE LAS PARTES NO LO HAYAN PLANTEADO, ATENDIENDO AL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.

Tratándose de controversia del orden familiar, el principio fundamental que debe tener en cuenta el juzgador es el interés superior del niño, de manera que si en un juicio de divorcio quedó acreditado que los padres viven separados, es decir, no viven en el mismo domicilio conyugal, aunque las partes no controviertan lo relativo al régimen de visitas y convivencia, es menester que el juzgador resuelva lo correspondiente a esa cuestión, y no constreñirse a señalar que el tema no formó parte de las prestaciones de la demanda en el juicio natural, pues no obstante que conforme al artículo 211 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México (anterior a la reforma del mes de julio del dos mil dos), la sentencia debe ocuparse exclusivamente de las acciones y excepciones que hayan sido materia del juicio, sin embargo, no debe soslayarse lo dispuesto por los artículos 9, 10 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prevén el derecho que tiene el niño a la convivencia y contacto directo con ambos padres y que éstos tiene obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. En razón de la responsabilidad de los padres en el cumplimiento de sus deberes para con sus hijos, que comprende no solo la formación corporal, sino espiritual, emocional y social que propicie el acrecentamiento de la capacidad del menor, de ahí que la sociedad está interesada en que los menores puedan convivir con ambos padres cuando ello sea benéfico para estos. Lo anterior es así, porque esas disposiciones deben ser interpretadas acorde con la obligación que contrajo el Estado mexicano como parte integrante de la convención aludida en el sentido de que los tribunales judiciales al resolver controversias que puedan afectar los derechos de los niños, están obligados a resolver sobre el régimen de visita y convivencia con sus padres, para tutelar ese interés superior, pues la convivencia es una

relación básica para el desenvolvimiento del ser humano, que tiende a facilitar la participación activa del niño en la comunidad, tutelando un sano desarrollo físico y mental de los niños, niñas y adolescentes.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 790/2002. 21 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe Alfredo Fuentes Barrera. Secretaria: Virginia Gutiérrez Cisneros.

Amparo directo 695/2002. 18 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe Alfredo Fuentes Barrera. Secretaria: Belinda Cordero Román.

Debido a que no siempre es posible obtener un acuerdo de los cónyuges por encontrarse en un conflicto lleno de intereses personales, el Juez previo procedimiento que fija el código de procedimientos civiles en el Estado de México, resolverá sobre lo más conveniente para los hijos, dentro de las medidas provisionales dictadas desde el auto que tenga por admitida la demanda de divorcio, aunque como ya lo vimos el artículo 4.95 en su fracción III sólo se limita a lo que es la guarda y custodia y no así a la convivencia familiar que es un asunto de suma importancia para el desarrollo de los menores que se encuentran inmersos en el conflicto de sus padres, y que en la mayoría de los casos no son tomados en cuenta.

De igual forma el Juez tiene la facultad de dar intervención al menor, cuando alguno de los argumentos de los padres le generen duda sobre lo que realmente es benéfico para el menor o si realmente se están respetando los derechos del niño.

La convivencia con los hijos por parte del padre que en sentencia de divorcio no se haya quedado con la guarda y custodia, le confiere de forma implícita derechos y obligaciones que deben ser cumplidas para con el menor, de otra forma no tendría ningún sentido el llevar a cabo dicha convivencia por el sólo hecho de ver a los hijos un tiempo, pues quien tiene derecho de visita, es porque de igual forma cuenta con el derecho que le asiste la patria potestad hacia sus hijos y con ellos lo faculta para poder tomar decisiones que fomenten el sano desenvolvimiento de sus hijos en la sociedad después de haberse encontrado en medio de la ruptura afectiva de sus padres.

4.5 La determinación del régimen de convivencia familiar por vía incidental.

La regulación de las visitas entre padre e hijo, madre e hijo ha de tener por objeto una doble finalidad; dar satisfacción al mutuo afecto que el progenitor separado y el menor se pudieran tener, y evitar en lo posible, que las circunstancias o causas que motivaron la separación de los padres, graviten sobre los hijos.

Antes definiremos lo que es un "Incidente, del latín; *incidere* que significa: sobrevivir, interrumpir, producirse.¹¹⁸ Procesalmente, los incidentes son procedimientos que tienden a resolver controversias de carácter objetivo relacionadas inmediatamente con el asunto principal.

En el diccionario de la lengua española dice que es lo que sobreviene o tiene incidencia. Cuestión distinta de la que se ventila como principal, pero relacionada con ella y que se decide por separado. Este concepto es claro, pero cabe hacer la aclaración de que no todos los incidentes se resuelven por separado, en algunos casos el tribunal, válidamente, los reservan para resolver en la sentencia definitiva.

Son muchas las cuestiones que se tratan por la vía incidental, entre las causales podemos citar, como ejemplo, el incidente de incompetencia, acumulación, nulidad de actuaciones, incremento de pensión alimenticia, impugnación de documentos falsos, convivencia, etc. Y en general, se puede plantear por medio de un incidente todo aquello que incida en el juicio accesoriamente al aspecto principal. En cuanto a los efectos de su planteamiento tenemos por un lado, los incidentes que suspenden el procedimiento principal, hasta en tanto sean resueltos, por otro lado los que permiten continuarlo.

En la forma en que se resuelven los incidentes son de dos tipos, los que se deciden por sentencia interlocutoria, y aquellos que se reservan una vez que sea dictada la sentencia definitiva. Como ejemplo de los primeros podemos citar el incidente de incompetencia, entre los segundos el incidente de guarda y custodia, incidente de tacha de testigos.

En cuanto al momento procesal de plantear los incidentes tenemos los que suelen plantearse antes de la sentencia definitiva y, por otra parte, los que se plantean con posterioridad a dicha sentencia definitiva. Como ejemplo de los primeros tenemos el incidente de incompetencia, el incidente de falta de personalidad; entre los que plantean una vez dictada la sentencia definitiva, tenemos el incidente de convivencia, liquidación de la sociedad conyugal, gastos y costas, intereses moratorios, etc.

En cuanto al momento de plantear el incidente antes de la sentencia definitiva, por economía procesal no es conveniente, pues estamos ante un procedimiento bastante largo. En la práctica no se hace solicitud, porque es difícil que las partes se pongan de acuerdo, pero no obstante es una facultada que tiene el Juez para lograr un acuerdo entre los cónyuges, por otra parte la sentencia interlocutoria, únicamente aplica para el tiempo que dure el juicio, y el Juez, únicamente consideraría esta sentencia como instrumental de actuaciones para la sentencia definitiva del juicio de divorcio necesario, y en esta sentencia se debe determinar la custodia y convivencia familiar definitiva.

Así tenemos que para determinar la regulación de la convivencia familiar, si las partes no realizaron el planteamiento tanto en la demanda como en la reconvenición, como consecuencia, tendrán que esperar hasta el fallo definitivo o promover otro juicio, en este caso los afectados

¹¹⁸ BECERRA BAUTISTA, José; *El Proceso Civil en México*, decimo quinta edición, Editorial Porrúa, México, 1996, pág. 277.

principales serían los hijos, ya que estos no tiene el carácter de actores ni demandados en el juicio de divorcio.

Al respecto el Dr. Lázaro Tenorio Godínez define lo siguiente “El Juez esta facultado para pronunciarse respecto a dicha situación, así como para suplir las deficiencias, independientemente de que no hubiera solicitado vía excepción al contestar la demanda o en la reconvencción, pues se trata de una cuestión de orden público, donde ambos cónyuges deben continuar con el cumplimiento de sus deberes y conservar sus derechos de vigilancia y convivencia.” Por lo tanto “...en caso de plantearse solicitud sobre convivencia de los padres con sus menores hijos en cualquier etapa del juicio, debe ser atendida ipso facto, en pro de los infantes, efectuando el tramite respectivo, ya que en los asuntos del ámbito familiar, el Juez está facultado para pronunciarse de oficio y proveer en la secuela del procedimiento y al dictar la sentencia de divorcio, entre otras cuestiones, lo concerniente a la situación de los menores y suplir en su favor la deficiencia de los planteamientos, porque es imprescindible y de suma preferencia que en dicha resolución se resuelva tanto la custodia como el derecho de convivencia con el otro progenitor, y no es óbice a lo anterior, la circunstancia de que no se hubiese solicitado en vía de excepción al contestar la demanda o reconvenir tal cuestión, toda vez que dicha figura es de orden público y debe prevalecer a fin de proteger los derechos de los menores...”¹¹⁹

Con respecto a lo anterior, cuando se presento el Dr. Lázaro Tenorio Godínez a exponer su conferencia titulada La suplencia en el derecho procesal familiar, Fuero común – Fuero federal, en el Palacio de justicia de Texcoco Estado de México, en fecha 11 de julio de 2006, el Dr. Lázaro Tenorio Godínez reitero que de ninguna manera es conveniente resolver lo concerniente a la convivencia familiar planteada por alguno de los progenitores, dentro de un incidente, pues es un procedimiento muy largo y desgastante donde los únicos afectados directamente son los menores; reiterando que lo más recomendable para determinar lo referente a la custodia y convivencia familiar, seria por medio de la exhortación por parte del Juez de lo familiar con los cónyuges para que estos llegaran a un acuerdo dentro de los autos del procedimientos, y así evitar que algo tan importante se resolviera hasta la conclusión del juicio de divorcio necesario, evitando que los hijos salieran todavía más afectados con el divorcio de sus padres.

De igual forma lo planteo en su obra literaria “Cuando se solicita un régimen de convivencia, muchas veces es conveniente, antes de citar para una audiencia, dar vista a la parte contraria para conocer sus argumentos ya sea a favor o en contra de la petición, e incluso dar oportunidad de proponer días y horas para tal efecto. Lo importante en estos asuntos, en esencia, es respetar la garantía de audiencia de los contendientes, evitando el desgaste emocional de obligarlos a presentarse en el local del juzgado, máxime que en los juicios ordinarios se celebra también la audiencia previa, de conciliación y excepciones procesales, donde se pueden ofrecer o presentar determinadas alternativas de solución. Muchos asuntos se resuelven bajo esta dinámica

¹¹⁹ TENORIO GODINEZ, Lázaro, *La suplencia en el Derecho Procesal Familiar Fuero Común – Fuero Federal*, Editorial Porrúa, México, 2004, págs. 173, 174.

procesal, excluyendo al mismo tiempo, el riesgo de congestionar, aún más, la maquinaria jurisdiccional.”¹²⁰

En cuanto a la sentencia interlocutoria que autoriza el modo, tiempo y lugar en la que se va a llevar a cabo la relación afectiva del padre e hijo, puede modificarse o suspenderse, cuando por ejemplo pueda ser para los hijos causa de graves perjuicios, como sería el caso de que se alterara su conducta, y se demostrara que el ascendiente visitante calumniara o desprestigiara, ante el menor, al cónyuge a quién el Juez concedió la guarda y custodia del menor.

La siguiente tesis nos da bases jurídicas a lo antes expuesto:

Registro No. 192210

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XI, Marzo de 2000

Página: 976

Tesis: I 4o. C. 36 C

Tesis Aislada

Materia (s): Civil

CONVIVENCIA FAMILIAR, PUEDE PROMOVERSE EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA O EN UN JUICIO AUTÓNOMO.

Aun cuando en la sentencia de divorcio no se haya hecho pronunciamiento respecto a la convivencia familiar, de conformidad con el artículo 283 del Código Civil, los Jueces gozan de las más amplias facultades para resolver, en la sentencia de divorcio, todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según sea el caso, y en especial a la custodia y cuidado de los hijos; por lo que si en la sentencia de divorcio se resolvió que ambos cónyuges conservarían la patria potestad de los menores hijos, y que la guarda y custodia quedaría a cargo de uno de ellos, la fijación de reglas de convivencia familiar, como un derecho de los padres, inherente a la patria potestad, bien puede pedirse en juicio autónomo o mediante incidente después de concluido el juicio de divorcio.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 4940/99. Lucía López Calzada y Adolfo Ramos Lemus. 28 de enero de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Rafaela Reyna Franco Flores, secretaria de tribunal autorizada por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrada. Secretaria: Leticia Araceli López Espindola.

¹²⁰ TENORIO GODINEZ, Lázaro, Óp. Cit. pág. 177, 178.

Independientemente que en algunas ocasiones el divorcio necesario ha provocado peores males que remedios, en el entendido que la violencia que genera entre ambos cónyuges que muchas veces se encuentran llenos de resentimientos, pues cuando se llega al juicio de divorcio es porque la pareja y los hijos han sufrido severos conflictos, y con el juicio pretenden dar solución a todos sus problemas, tanto emocionales como económicos, esta es la razón porque los Jueces deben de estar auxiliados de personal capacitado para poder dictar las medidas precautorias necesarias, y evitar en lo posible un proceso largo y desgastante para todos los miembros de la familia.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El divorcio ha existido desde épocas muy antiguas, varios autores refieren que es tan antiguo como el matrimonio mismo, pues nació de la necesidad de dar solución a los problemas de pareja.

SEGUNDA: En México desde la época prehispánica, se manejaba lo que se conocía como repudio, y era sólo una facultad que le asistía al varón.

TERCERA: En la época colonial, se aplicaba el código canónico en caso de divorcio; una vez decretada la separación, los hijos quedaban con el cónyuge inocente, siempre y cuando fuera católico; al cónyuge culpable se le privaba del derecho de ejercer la patria potestad y, como consecuencia, no podía verlos, ni convivir con ellos.

CUARTA: En los códigos civiles de 1870, 1884, existió el divorcio no vincular y tanto en esos códigos como en la Ley del divorcio de 1914 y en la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, se rige la pérdida de la patria potestad que era considerada como una sanción al cónyuge culpable del divorcio, quién no podía ejercerla, y por lo tanto no podía visitar a sus hijos, vigilarlos, ni mucho menos tener injerencia en su educación.

QUINTA: Los hijos, en caso de divorcio necesario, se quedaban al lado del cónyuge inocente y era con quien exclusivamente convivían, excepcionalmente, y sólo con la muerte del cónyuge inocente, el padre o la madre que hubiera perdido la patria potestad la podían recuperar.

SEXTA: En cuanto al divorcio voluntario, los divorciantes de común acuerdo dentro del convenio que les exige la ley para llevar a cabo este tipo de juicio, tendrán que manifestar quien de los progenitores tendrá, la guarda y custodia de los hijos; así como acordar los días y horas para que se desarrolle la convivencia, a efecto de que no se rompa el trato afectivo y moral entre ellos, tal como lo regula el código civil vigente del Estado de México.

SEPTIMA: Actualmente en caso de divorcio necesario, la legislación civil del Estado de México, faculta al Juez de lo Familiar, a dictar de manera provisional las medidas precautorias, tendientes a proteger los intereses de los menores, y por regla general cuando los hijos tienen menos de diez años se quedarán bajo el cuidado de la madre, en caso de controversia, el Juez después de oír a las partes, decidirá quien se hará cargo de los mayores de diez años pero menores de catorce, asimismo en la sentencia de divorcio necesario de una manera definitiva determinará quien de los divorciantes tendrá la guarda y custodia, y resolverá lo referente a la pérdida, suspensión y limitación de la patria potestad, sólo si se diera el caso para determinar sobre esta situación.

OCTAVA: Al progenitor que no se le concede la guarda y custodia de sus menores hijos, podrá visitarlos, y en caso de que le sea negado ese derecho por parte del progenitor que tenga

bajo su cuidado a los hijos, podrá acudir ante el Juez de lo Familiar a fin de darle una solución por la vía judicial.

NOVENA: El visitar a los hijos y convivir con ellos es un derecho del niño, la convivencia entre padres e hijos, normalmente se da en la relación familiar, pero la misma sufre un cambio cuando hay crisis en el hogar, como en el caso de la separación conyugal mediante una sentencia de divorcio.

DECIMA: Los hijos tienen derecho de comunicarse y convivir con sus padres aún y cuando se suscite un juicio de divorcio; siempre y cuando la comunicación y convivencia sean benéficas para su desarrollo personal y emocional. Si un padre es irresponsable o tiene conducta perjudicial para los hijos, se le debe negar la convivencia.

DECIMA PRIMERA: El hecho de que alguno de los cónyuges incurra en un error matrimonial o no sea buen esposo, no quiere decir que sea también un mal padre, sobre todo si demuestra con sus actos que le interesa por sobre todas las cosas el bienestar y desarrollo psíquico, físico y moral de sus hijos. La conducta de los padres influye definitivamente en la formación material y espiritual de los hijos. El desacierto en la formación y educación por parte de los progenitores, puede traer consigo muy malas consecuencias en el desarrollo de los menores.

En razón de lo anterior se propone:

Escuchar a los menores, para poder así brindarles mayor seguridad, independientemente de que ellos deben ser cuidados y protegidos, también deben tener una opinión para saber con quien desean vivir, y ejercitar así su derecho a manifestar sus sentimientos y no solo imponerles una decisión de los adultos, evitando cargarle una responsabilidad al aceptar o al elegir a alguno de sus progenitores.

Se propone también que el régimen de la convivencia familiar se determine desde la misma demanda y contestación en el juicio de divorcio necesario, que regula el código civil del Estado de México y cuando los cónyuges no lleguen a un acuerdo, el Juez de lo Familiar, la decreta junto con las medidas provisionales, tratando de evitar a lo máximo que sea determinada hasta la sentencia definitiva.

Es decir con esa reforma se busca establecer una convivencia armoniosa entre los hijos y el progenitor que no tenga la guarda y custodia, logrando con esto que los padres sigan siendo la parte primordial de protección y cuidado hacia sus hijos.

El artículo 4.95 en sus fracciones I y III, no es claro en lo referente a la convivencia familiar, puesto que en ningún momento hace mención a ella, según se observa del texto de dicha hipótesis normativa la cual establece lo siguiente:

Artículo 4.95.- “Al admitirse la demanda de divorcio, o antes, si hubiere urgencia, podrán dictarse sólo durante el juicio, las disposiciones siguientes:”

- I. “Separar a los cónyuges, tomando siempre en cuenta las circunstancias personales de cada uno y el interés superior de los hijos menores y de los sujetos a tutela;”
- II. “Fijar y asegurar los alimentos que debe dar el cónyuge alimentario al acreedor y a los hijos.”
- III. “A falta de acuerdo entre los cónyuges, la guarda y custodia de los hijos se decretará por el Juez en función del mayor interés de los menores y de los sujetos a tutela.”

Por lo tanto se propone la modificación de la fracción III del artículo 4.95 para agregar la “convivencia familiar”, evitando así que se determine hasta el final del juicio dentro de la sentencia definitiva.

Quedando la fracción III, de la siguiente manera:

- III. A falta de acuerdo entre los cónyuges, **la convivencia familiar**, guarda y custodia de los hijos se decretará por el Juez en función del mayor interés de los menores y de los sujetos a tutela, si al llegar a la sentencia no existiera consenso o convenio, el Juez resolverá atendiendo a las pruebas debidamente ofrecidas y desahogadas dentro del juicio y velará en todo momento por el interés superior del menor.

BIBLIOGRAFIA

BAQUEIRO ROJAS, Edgard, Buenrostro Báez, Rosalía, Derecho de familia, Segunda Edición, OXFORD University Press, México 2009.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las garantías individuales, trigésima tercera edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

CHÁVEZ ASENCIO Manuel F., La familia en el derecho, relaciones jurídicas paternas filiales, tercera edición, Editorial Porrúa, México 1997.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., Convenios conyugales y familiares, segunda edición, Editorial Porrúa, México 1993.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales, quinta edición, Editorial Porrúa, México 2000.

DE IBARROLA, Antonio, Derecho de familia, Segunda edición, Editorial Porrúa, México 1982.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil primer curso parte general. Personas familia, Editorial Porrúa, cuarta edición, México 1980.

GURROLA PEÑA, Gloria Margarita, (compiladora), Infancia, crisis, Universidad Nacional Autónoma del Estado de México, México 1998.

IGLESIAS, Juan, Derecho Romano, Barcelona, Editorial Ariel, 1972.

JAQUES LE, Goff, La familia europea, ensayo histórico antropológico, la constitución de Europa, Traducción castellana por Antonio Desmots, 2001.

LEMUS GARCÍA, Raúl, Derecho Romano, (Compendio), México, Editorial Nacional, 1993.

MANSUR TAWILL, Elías, El divorcio sin causa en México, Génesis para el siglo XXI, Editorial Porrúa 2006.

MONTERO DUHALT, Sara; Derecho de familia, primera edición, Editorial Porrúa, México, 1992

MORALES José Ignacio, Derecho Romano, 3ª. Edición 4ª. Reimpresión, Editorial Trillas, México, 1998

OVALLE FAVELA, José; Teoría General del Proceso, cuarta edición, Editorial Oxford, México, 2001

PALLARES, Eduardo, El divorcio en México, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, 1991

PINA VARA, Rafael de, Elementos de derecho civil mexicano, (obligaciones civiles- contratos en general) Editorial Porrúa, volumen III, Decimo cuarta edición, México 2008.

PINA VARA, Rafael de; Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción – Personas – Familia, Editorial Porrúa, Vigésima tercera edición, México, 2004

PRADA, José Manuel de la, Nulidad separación y divorcio, Plaza & Janes editores, España 1988.

RICO ALVAREZ, Fausto, Garza Bandola, Patricio, Hernández de Rubín, Claudio, De la persona y de la familia en el Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 2006.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho civil mexicano, Tomo II, Derecho de familia, decimo primera edición, concordada con la legislación vigente por la Licenciada Adriana Rojina García, Editorial Porrúa, México 2009.

ROJINA VILLEGAS, Rafael; Compendio de Derecho Civil, vol. I, Vigésima segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1999.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los contratos civiles, segunda edición, Editorial Porrúa, México.

SOTO ALVAREZ, Clemente, Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones del derecho civil, Editorial Limusa, México 1996.

TENORIO GODINEZ, Lázaro, La suplencia en el derecho procesal familiar. Fuero común- fuero federal, Editorial Porrúa, México 2004.

Legislación consultada

Código Civil del Estado de México, México, 2009.

Código Civil para el Distrito Federal, México 2009.

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, México 2009.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, México 2009.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México 2009.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, México 2009.

Convención sobre los Derechos del Niño, ONU, del 20 de noviembre de 1989.

Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, México 2006.

Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en el Estado de México, México 2006.

Diccionarios jurídicos

BAQUEIRO, Rojas Edgar; DICCIONARIOS JURIDICOS TEMATICOS, DERECHO CIVIL, Volumen I, Oxford, México 2001.

Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, Madrid, 1970.

PINA, Rafael de, y Rafael de Pina Vara; Diccionario de Derecho, Porrúa, México 2000.