



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

“PROPUESTA PARA LA REGULACIÓN JURÍDICA
DEL RÉGIMEN DE VISITA Y DE LA GUARDA Y CUSTODIA EN EL CÓDIGO
CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL”.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A

GABRIELA MENDOZA MÁRQUEZ

ASESOR.: LIC. MARÍA DEL CARMEN MONTOYA PÉREZ



CIUDAD UNIVERSITARIA MÉXICO, D.F.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO SEMCIV34/2011
ASUNTO: Aprobación de Tesis

**DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR DE LA U.N.A.M.,
P R E S E N T E .**

La alumna, **MENDOZA MÁRQUEZ GABRIELA**, con número de cuenta **30114773-2**, elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad de la **Mtra. María del Carmen Montoya Pérez**, la tesis denominada "**PROPUESTA PARA LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL RÉGIMEN DE VISITA Y DE LA GUARDA Y CUSTODIA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL**" y que consta de **123** fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

La interesada deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional. Dicha autorización no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen, haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Reciba un cordial saludo.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F. 21 de junio del 2011.



D. Castañeda R

DRA. MA. LEOBA CASTAÑEDA RIVAS
Directora del Seminario

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL

MLCR'aks.

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Nacional Autónoma de México

A la Facultad de Derecho

A mis maestros

A mi asesora Maestra María del Carmen Montoya Pérez

A mi papá,
Juan Mendoza Mendoza †.

A mi mamá,
Gabriela Carmen Márquez Pérez.

A mis hermanos
Alejandra, Julia y Juan.

Por su apoyo y cariño, los quiero mucho.

CAPITULADO
**“PROPUESTA PARA LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL RÉGIMEN DE VISITA Y
DE LA GUARDA Y CUSTODIA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO
FEDERAL”**

INTRODUCCIÓN	I
CAPITULO I MARCO HISTÓRICO DEL DIVORCIO	1
1.1 Orígenes	1
1.1.1 Roma	1
1.2 Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California del 13 de diciembre de 1870 y Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California (1884)	4
1.3 Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, en materia común y para toda la República en materia Federal (1928-1932)	11
1.4 Código Civil para el Distrito Federal de 1928	15
1.5 Reforma al Código Civil vigente para el Distrito Federal del mes de octubre de 2008	21
CAPITULO II MARCO CONCEPTUAL	33
2.1 Divorcio	34
2.1.1 Concepto etimológico	34
2.1.2 Concepto jurídico	34
2.1.3 Concepto sociológico	40
2.2 Guarda y custodia	42
2.2.1 Naturaleza jurídica de la guarda y custodia	55
2.2.2 Diferencia de la guarda y custodia y la patria potestad	56
2.3 Régimen de visitas	60

CAPITULO III ANALISIS JURÍDICO DE LA REGULACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA	66
3.1 Código Civil para el Distrito Federal	66
3.2 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal	86
CAPITULO IV PROPUESTA PARA LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y DE LA GUARDA Y CUSTODIA.	93
4.1 Concepto jurídico de la guarda y custodia	94
4.2 Requisitos para obtenerla	99
4.3 Formas de suspensión de la guarda y custodia	102
4.4. Formas de extinción de la guarda y custodia	107
4.5 Regulación procesal de la guarda y custodia	109
CONCLUSIONES	116
BIBLIOGRAFIA	119

Introducción

Las múltiples reformas al Código Civil para el Distrito Federal, persiguen siempre un fin específico, el cual es simple y en la mayor parte de los casos se cumple, el problema de nuestro Código Civil, desde mi punto de vista, es el manejo del régimen de visitas y de la guarda y custodia en general.

Los hijos menores sufren un golpe emocional en el momento en que sus padres deciden separarse, viven una situación de desconcierto que puede llevarlos a un sin fin de crisis nerviosas o depresivas, y estas pueden aumentar más en el momento en que los hijos van de un ambiente a otro con su madre y con su padre, o peor aún, cuando no pueden ver a alguno de ellos.

La figura de la guarda y custodia se resume en la convivencia que tendrá el menor con sus padres y esta puede establecerse por los padres de manera amigable, sin mayor problema ya que el Juez de la causa aprobara la propuesta planteada por los cónyuges, el problema deviene cuando no hay acuerdo entre las partes para establecer la convivencia del menor, y el Juez debe determinarlo de acuerdo a lo que las partes le plantean.

Así nacen diversas irregularidades en el Código Civil del Distrito Federal, por ejemplo en su artículo 282 apartado B fracción II establece que la preferencia para el desempeño del cuidado de los hijos será para la madre, punto que contraviene a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues esta señala puntualmente en su Artículo 4 que el hombre y la mujer son iguales ante la ley, por lo tanto hacer una norma de este tipo genera un grado de discriminación contrario a normas como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, y el mismo Código Civil.

En todo caso dicha redacción deberá estar al tanto de lo que las partes puedan probar, y por ende la decisión estimada por el Juez de lo Familiar será la persona (sin importar su sexo) más adecuada para ejercer el cuidado de los menores procreados.

El régimen de visita se establece para el progenitor que no tiene la custodia de su descendiente, pero debe regularse estrictamente, ya que es de gran importancia para el desarrollo del menor, a fin de no generar en él rencores, resentimientos, angustias, etc., que puedan ser dañinas, y debe atenderse a los deseos del menor.

La propuesta va encaminada para la protección de aquellos seres indefensos, que son los hijos menores de edad, quienes tienen constitucionalmente derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Así pues, el presente trabajo nace por la necesidad de establecer normatividad adecuada para garantizar el cuidado y protección de los hijos menores de edad que atraviesan por la ruptura de la convivencia de sus padres, ya sea a través de un divorcio o de una separación.

En este contexto, en el capítulo I analizaremos la regulación jurídica establecida a lo largo de la historia, que pretendía y pretende salvaguardar los derechos de los niños y de las niñas en pro de un desarrollo normal, además de los cambios que estas han experimentado derivado de la dinámica social.

El objetivo del análisis es dejar claro que las diversas reformas realizadas a nuestro Código Civil a lo largo de la historia, no han dejado más que inmensas lagunas en la legislación.

En el capítulo II del presente trabajo, se estudiarán los conceptos que constituyen la base para comprender los alcances y consecuencias jurídicas y sociales del tema, tales como el divorcio, la guarda y custodia, el régimen de visita y la patria potestad.

En cada caso, se desarrollarán y delimitarán sus características elementales, con el objeto de demostrar que son figuras importantes y trascendentales en el derecho familiar, cuya regulación jurídica en el Código Civil del Distrito Federal amerita un apartado específico para cada caso.

En el capítulo III se estudiará la regulación de la guarda y custodia y el régimen de visita, tanto en el Código Civil como en el Código de Procedimientos Civiles ambos del Distrito Federal, analizaremos las lagunas de la legislación en torno a la guarda y custodia y el régimen de visita, paralelamente analizaremos la legislación nacional e internacional aplicable al caso.

Con lo cual veremos que dentro del Código Civil del Distrito Federal y el Código Adjetivo de la materia, existe la necesidad de un capítulo especial relativo a la guarda y custodia y al régimen de visita, ya que las disposiciones que la conciben se encuentran dispersas e incompletas en la ley.

En este orden de ideas, el capítulo cuarto comprende la propuesta para regular la guarda y custodia y el régimen de visita. El fin del presente trabajo es implementar una regulación adecuada para estas figuras, fijando consecuencias jurídicas reales en caso de incumplimiento y adecuando la figura para asegurar el desarrollo normal de los menores de edad.

Por lo señalado con antelación vale la pena el análisis del tema, en pro de un derecho más eficaz para los menores, pues este repercutirá en el futuro de la sociedad.

CAPITULO I MARCO HISTORICO DEL DIVORCIO

1.1 Orígenes

1.1.1 Roma

Entenderemos a esta etapa como el derecho reconocido por las autoridades romanas hasta 476 después de J.C. y desde la división del imperio, el reconocido por las autoridades bizantinas, dentro de su territorio.

El derecho romano reguló el divorcio de diferentes formas, dependiendo de si el matrimonio se había celebrado *cum manum o sine manus*¹, y si se había celebrado con la formalidad de la confarreatio, entendiendo a ésta como la ceremonia religiosa, solemne, propia de los patricios, celebrada ante el Pontífice máximo, ante el sacerdote de Júpiter, de otros sacerdotes y de diez testigos, la cual consistía en un sacrificio en el cual se ofrecía a Júpiter una torta de harina al tiempo que los contrayentes pronunciaban ciertas palabras sagradas sentados sobre la piel de una res que acababa de ser sacrificada; por coemptio, la que consistía en que en presencia del Librepens (persona que portaba una balanza), y de cinco testigos, el marido golpea la balanza con una moneda de cobre o con un trozo de cobre, que entregaba luego al que simbólicamente aparece como vendedor de la mujer (paterfamilias o tutor); o por el simple usus, la cual constituía la forma menos solemne de contraer la *manus*, que vendría a ser una especie de Usucapión o prescripción adquisitiva, es decir, un modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas por haberse poseído dichas cosas durante un cierto lapso, condicionado a que concurren los demás requisitos legales.

¹ *Matrimonio cum manum* se entendió como el constituido por la unión permanente de un hombre y una mujer *filiorum procreandorum causa* en virtud de la cual salía la mujer de la propia familia y entraba en la del marido, constituyéndose bajo su *potestas* o la del *pater familias* del mismo. *Matrimonio sine manum* lo constituyo, aquella misma unión permanente *filiorum quaerendorum causa* sin la instituida permanencia de la mujer a la familia del marido, o sea, sin relación alguna familiar jurídica entre ellos. (Robleda S.J., Olis, *El matrimonio en el Derecho Romano*, Roma, Universita Gregoriana Edtrice, 1970, p. 1 y 2).

Con relación a lo antes expuesto, debe señalarse que originalmente el derecho romano consideraba impensable al divorcio, sin embargo, posteriormente se conoció el divorcio por mutuo consentimiento llamado *bona gratia*, así como el repudio unilateral tanto del hombre como de la mujer *repudium sine nulla cauda*, sin intervención de una autoridad y con repercusiones económicas de quien repudiaba².

Cabe señalar, que el derecho romano en sus orígenes nos muestra la suprema autoridad del varón sobre la mujer, y por ende el matrimonio se entendía como una unión indisoluble, por lo que el repudio del hombre a su pareja, se autoriza por la suposición de parto, la preparación de un veneno, el adulterio o la embriaguez.³ Así como por causas simples como para casarse con una mujer casada y en cinta, y en grados extremos, por contraer nupcias el mismo día en que se diera el divorcio. Así mismo, los romanos consideraban que el matrimonio no debía subsistir si una de las partes se daba cuenta que la *affectio maritalis* desaparecía.

Más tarde Augusto con su política de fomentar las uniones fértiles, no tomo medidas en contra del *repudium*, opinando que así sería más fácil que una unión estéril desapareciera y permitiera que una unión fértil diera hijos a la patria.

Posteriormente los emperadores cristianos inician la lucha contra la facilidad del divorcio, atacándolo solo cuando era por *repudium*, y no por mutuo consentimiento, fijando las causas por las cuales un cónyuge podía obtener la disolución del vínculo matrimonial, aunque la otra parte no consintiera en ello; sin embargo se prohíbe el divorcio efectuado contra la voluntad de uno de los cónyuges, si no se comprueba la existencia de una de las causas de divorcio establecidas en la ley.

² *Diccionario Jurídico Mexicano*, 4ª. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, t. II, p.1185.

³ Galindo Garfias, Ignacio, *Un siglo de derecho civil mexicano*, México, UNAM, 1985, p. 578.

Al llegar Justiniano al trono existían cuatro clases de divorcio para los cuales no se necesitaba sentencia judicial, estas eran:

1. Por mutuo consentimiento.
2. Por culpa del cónyuge demandado en casos tipificados en la ley.
3. Sin mutuo consentimiento y sin causa legal, en cuyo caso el divorcio era válido, pero daba lugar a un castigo para el cónyuge que hubiera insistido en el divorcio.
4. *Bona Gratia*, es decir, no basado en la culpa de uno de los cónyuges, pero si fundado en circunstancias que harían inútil la continuación del matrimonio (impotencia, cautividad prolongada) o inmoral (voto de castidad).⁴

En la Edad Media, el derecho canónico continúa con éxito la lucha contra el divorcio, declarando que el matrimonio es indisoluble por naturaleza, pero permitiendo el *divortium quoad torum et mensam, non quoad vinculum* (divorcio en cuanto a cama y mesa, pero no en cuanto al vínculo).

Finalmente, debe señalarse que el divorcio en la época romana no fue un acto continuo, dado que las repercusiones sociales traían consigo el desprecio.

Ahora bien, con respecto a los hijos, el derecho romano nos indica que es el *paterfamilias* quien ejerce la patria potestad. Este poder que duraba hasta la muerte del *paterfamilias* tenía los siguientes aspectos:

- El padre o el abuelo tenían un poder disciplinario, casi ilimitado sobre el hijo.
- Por ser el "*paterfamilias*" la única "persona" verdadera dentro de la familia, el hijo no podía ser titular de derechos propios.
- La patria potestad que en un principio era un poder establecido en beneficio del padre, se convirtió durante la fase imperial, en una figura jurídica

⁴ Margadant S., Guillermo Floris, *Derecho Romano*, 26ª. ed., México, Editorial Esfinge, 2002, p. 212.

en la que hay derechos y obligaciones mutuos. En tiempos de Marco Aurelio se reconoce la existencia, en la relación padre-hijo, de un reciproco derecho a alimentos.

1.2 Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California del 13 de diciembre de 1870 y Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California (1884)

El 22 de Febrero de 1822, la Soberana Junta Gubernativa expidió un decreto mediante el cual designó diversas Comisiones encargadas de la redacción de numerosos Códigos para el país, entre los que se encontró la redacción del Código Civil.

Aún cuando las Leyes de Reforma promulgadas por Juárez contenían disposiciones sobre cuestiones propias de derecho civil y se modificaba la estructura política del país, se comenzaron a dar otras orientaciones a las actividades legislativas y se encargó al Doctor Justo Sierra la redacción de un Código Civil.

El proyecto del Doctor Justo Sierra, se inspiró en su mayor parte en el Código Civil francés de 1804, en el Código Albertino de Cerdeña, en los Códigos Civiles de Portugal, Austria y Holanda, así como en las concordancias del Código civil español de 1851, redactadas por Florencio García Goyena; el proyecto Sierra fue revisado por ordenes del gobierno de Maximiliano y se le conoce como Código del Imperio, sin embargo este nunca entró en vigor. El Proyecto de Sierra señalaba, al igual que el Código Civil Español, que el divorcio no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida común de los casados.

El Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California del 13 de diciembre de 1870 fue uno de los más avanzados Códigos de su tiempo, consta de 4126 artículos, y fue revisado por la comisión integrada por Mariano

Yáñez, José María Lafragua, Isidro Montiel y Duarte y Rafael Donde, hacia el año de 1862⁵.

El Código que nos ocupa señala en su artículo 239: "Artículo 239.- El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio: suspende solo algunas de las obligaciones civiles, que se expresaran en los artículos relativos de este Código".

Este ordenamiento legal impide la disolución del vínculo matrimonial y únicamente hace posible la autorización para que los cónyuges se separen del domicilio conyugal y se suprima la obligación de cohabitar, por lo que este Código contempla simplemente la separación de cuerpos, sin permitir extinguir el matrimonio, es decir, suspende sólo algunas de las obligaciones civiles nacidas del matrimonio. Así mismo, se prohibía el divorcio por separación de cuerpos cuando el matrimonio llevaba veinte años o más de constituido. Por otro lado, establecía como condición para gestionar el divorcio por separación de cuerpos, el que hubieran transcurrido por lo menos dos años desde el matrimonio, antes de los cuales la separación era improcedente.⁶

Las normas relativas al divorcio se encuentran en este ordenamiento legal, en el Título Quinto dentro de los artículos 240 a 264. Regula seis causas para solicitar el divorcio, no en cuanto al vínculo del matrimonio, que es indisoluble, sino como separación de cuerpos; de estas seis causas, cuatro son delitos: el adulterio, la propuesta del marido para prostituir a la mujer, el conato de alguno de ellos para corromper a los hijos, y la calumnia. Las dos restantes, son la sevicia y el abandono del domicilio conyugal, cabe señalar que la sevicia casi

⁵ Iglesias, Román, "La influencia del derecho romano en el Derecho Civil Mexicano: los códigos civiles de 1870, 1884 y 1928", *Revista de Derecho Privado*, México, Año 3, Número 7, enero-abril de 1992, p. 53.

⁶ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, 40ª. ed., México, Ed. Porrúa, 2007, p. 409.

siempre será delito, pero aunque no llegue a ese extremo, en los términos en los que se estableció, es justa causa de divorcio.⁷

Por lo que hace a los hijos menores de edad dentro del divorcio, se establecía en los títulos noveno y décimo lo relativo a la tutela y curatela, basándose en los principios del derecho romano.

Poco después de una década de su promulgación, se pensó modificar el Código de 1870, por lo que el Presidente Manuel González promulgo el 14 de diciembre de 1883 un nuevo Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, en sustitución del de 1870, el cual empezaría a regir a partir del primero de Junio de 1884, código que se ha considerado una copia de su antecesor, mismo que en total contaba con 3823 artículos.

Este Código expresa las ideas del individualismo en materia económica, la autoridad absoluta del marido sobre la mujer y los hijos, así mismo, consagra la desigualdad de los hijos naturales e indico la indisolubilidad del matrimonio, entre otras cosas.

El Código Civil de 1884 no reconocía el divorcio vincular, mantiene los lineamientos establecidos en el Código Civil de 1870 sin cambios trascendentales, nos brinda exactamente el mismo concepto de divorcio, reconoce la simple separación de los cuerpos de los cónyuges en los casos muy limitados en que era permitida la separación; así es que la separación de cuerpos permitida en este ordenamiento legal daba la posibilidad de que el vinculo matrimonial subsistiera al igual que ciertas obligaciones de carácter civil, como el deber de fidelidad y de proporcionar alimentos, absolviendo a los cónyuges de su obligación de cohabitar en el lecho conyugal. Se estableció expresamente que el divorcio no disolvía el matrimonio, pues solo se

⁷Aguilar Ortiz, J.M., *Exposición de motivos del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California*, (en línea), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1873, (citado 05-10-2010), p. 17 y 18. Formato html, Disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2254>

suspendían algunas de las obligaciones civiles, como por ejemplo la cohabitación.

El Código Civil en comento señala como causales de divorcio las siguientes: el adulterio; el adulterio de la mujer siempre es causa del divorcio, pero el del hombre originaba el divorcio sólo cuando se reunían ciertas circunstancias. El alumbramiento de un hijo concebido antes de la celebración del matrimonio y que judicialmente haya sido declarado como ilegítimo; la propuesta del cónyuge de prostituir a su mujer o permitirlo de algún modo; la violencia cometida en agravio de un cónyuge para que éste cometa algún delito; el abandono del domicilio conyugal sin causa justificada; la sevicia; la acusación calumniosa de un cónyuge contra el otro; la negativa de proporcionar alimentos; la enfermedad crónica e incurable que fuera contagiosa o hereditaria anterior a la celebración del matrimonio; los vicios incorregibles del juego o embriaguez; la violación de las capitulaciones matrimoniales y el mutuo consentimiento.⁸

Esta legislación junto con el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870, tienen en común el haber establecido un solo tipo de divorcio: el divorcio por separación de cuerpos, que no extingue el vínculo matrimonial sino solamente el deber de cohabitar.

Por cuanto hace a los hijos en este Código, la patria potestad era ejercida en un orden estricto, es decir, era ejercida por el padre, y sólo a falta de él, la ejercía la madre.

En este ordenamiento las normas relativas al divorcio se encontraban en el Título Quinto, Capítulo V, en los artículos 233 y 234.

Durante la vigencia del Código civil de 1884, Venustiano Carranza, primer jefe del Ejército Constitucional, en pleno periodo revolucionario promulgó en Veracruz, la Ley del Divorcio de 29 de diciembre de 1914.

⁸ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota. 6, p. 411.

En la Ley del divorcio Carranza consideró que el matrimonio tiene como objeto la perpetuación de la especie, la educación de los hijos y la mutua ayuda de los contrayentes para soportar las cargas de la vida, sin embargo considera que la ley debe atender a remediar los problemas que se susciten entre los cónyuges, y en caso de no poderlos remediar releva a los cónyuges de la obligación de permanecer unidos durante toda su existencia, en un estado irregular contrario a la naturaleza y a las necesidades humanas⁹.

Aunado a lo anterior, señala que el divorcio que se regulaba antes era la simple separación de los consortes sin disolver el vínculo, lo cual no satisfacía las necesidades sociales y seguía permitiendo las uniones infelices, por lo cual se decreto lo siguiente:

“Artículo 1o. Se reforma la fracción IX del artículo 23 de la Ley de 14 de diciembre de 1874 reglamentaria de las Adiciones y Reformas de la Constitución Federal decretadas el 25 de diciembre de 1873, en los términos siguientes:

Fracción IX. El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por el mutuo y libre consentimiento de los cónyuges cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado, o en cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges, que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima”.¹⁰

En conclusión esta Ley abolió la figura de la separación de cuerpos, estableció el divorcio como la disolución del vínculo dejando a los consortes en aptitud de contraer una nueva unión legítima. Además instituye el divorcio por mutuo consentimiento y por necesidad, por no cumplirse con los fines del matrimonio o por cometer faltas graves.

Las disposiciones de la Ley del Divorcio de 29 de diciembre de 1914, se incorporaron mas tarde a la Ley sobre Relaciones Familiares de 09 de Abril de

⁹ Batiza, Rodolfo, *Las fuentes del Código Civil de 1928*, México, Ed. Porrúa, 1979, p. 314.

¹⁰ Villegas Moreno, Gloria, *De la crisis del modelo borbónico al establecimiento de la República Federal*. México, Instituto de Investigaciones Legislativas de la Cámara de Diputados, LVI Legislatura, 1997, t. III, p. 302.

1917; esta última ley instituyó el divorcio como medio jurídico para disolver el vínculo matrimonial durante la vida de los consortes.

La Ley sobre Relaciones Familiares conservó el divorcio como disolución del vínculo matrimonial. Esta ley en su Capítulo VI regula al divorcio a través de los artículos 75 a 106, señalando que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, así mismo enumera 12 causas de divorcio en su artículo 76, el cual señala textualmente:

“Artículo 76. Son causas de divorcio

I. El adulterio de uno de los cónyuges;

II. El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;

III. La perversión moral de alguno de los cónyuges, demostrada por actos del marido para prostituir a la mujer, no solo cuando lo haya hecho directamente, sino también cuando haya recibido cualquiera remuneración con el objeto expreso de que otro tenga relaciones ilícitas con ella; por la incitación o la violencia de uno de los cónyuges al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; por el conato de cualquiera de ellos para corromper a los hijos o la simple tolerancia en su corrupción, o por algún otro hecho inmoral tan grave como los anteriores;

IV. Ser cualquiera de los cónyuges incapaz para llenar los fines del matrimonio, o sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable, o cualquiera otra enfermedad crónica incurable, que sea, además contagiosa o hereditaria;

V. El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, durante seis meses consecutivos;

VI. La ausencia del marido por más de un año, con abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio;

VII. La sevicia, las amenazas o injurias graves o los malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquéllas sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida común;

VIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;

IX. Haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión o destierro mayor de dos años;

X. El vicio incorregible de la embriaguez;

XI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible en cualquiera otra circunstancia o tratándose de persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que no baje de un año de prisión;

XII. El mutuo consentimiento¹¹.

Por cuanto hace a los menores hijos, la Ley señala que los cónyuges que pidan de común acuerdo el divorcio deberán acompañar a su demanda un convenio que regule la situación de los hijos y la manera de liquidar sus relaciones en cuanto a los bienes (Artículo 81).

Los artículos relativos al cuidado de los hijos corren a partir del artículo 93 a 98 de la Ley, señalando lo siguiente:

“Artículo 93. Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se adoptarán provisionalmente, y sólo mientras duren los procedimientos judiciales, las disposiciones siguientes:

III.- Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos, observándose lo dispuesto en los artículos 94, 95 y 96;...”

Artículo 94. Ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos o se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo fueren y no hubiere ascendientes en quienes recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor conforme a la ley.

Artículo 95. Sin embargo de lo dispuesto en los artículos anteriores, antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, podrán acordar los tribunales, a pedimento de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquiera providencia que se considere benéfica a los menores.

Artículo 96. El padre y madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

Artículo 97. El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo su poder y derechos sobre la persona de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente; pero los recobrará muerto éste, si el divorcio se ha declarado por las causas VI, VII, VIII y IX del artículo 76. La madre que conserve la patria potestad de sus hijos, la perderá si vive en mancebía o tiene un hijo ilegítimo.

Artículo 98. En los demás casos, y no habiendo ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá de tutor a los hijos, a la muerte del cónyuge inocente”.

La patria potestad se concedió tanto al padre como a la madre a fin de que la ejerzan juntos.

La Ley en comento establece a grandes rasgos que el matrimonio se podía celebrar por apoderado legal, además estableció que la edad mínima para contraer matrimonio era de 14 años para la mujer y 16 para el hombre. Se establece la igualdad de la mujer con relación al hogar, a los bienes comunes y

¹¹ Batiza, Rodolfo, *op. cit.*, nota 9, p. 315.

a los hijos. Sigue considerando el divorcio como la separación definitiva de los cónyuges.

1.3 Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, en materia común y para toda la República en materia Federal (1928-1932)

El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, en materia común y para toda la República en materia Federal, fue promulgado en 1928, sin embargo entró en vigor hasta cuatro años más tarde, el 01 de octubre de 1932.

La comisión encargada de la redacción del Código Civil estuvo integrada por Fernando Moreno, Francisco H. Ruiz, Rafael García Peña e Ignacio García Téllez. Este Código Civil fue elaborado aproximadamente en dos años de estudios, siguiendo como método de trabajo la revisión del Código Civil de 1884, y el estudio comparativo de la legislación común latina hispanoamericana, europea, americana e inglesa; todo fue analizado con un criterio progresista, y teniendo en cuenta las condiciones peculiares de nuestro país.¹² El Código Civil se publicó por secciones, en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

El Código Civil comenzó a regir el 1o. de octubre de 1932, según decreto de Pascual Ortiz Rubio (presidente del 5 de febrero de 1930 a 3 de septiembre de 1932), fechado el 29 de agosto de 1932, y publicado en el *DOF* de 1o. de septiembre de 1932, se integró con un total de 3044 artículos.

El libro Primero relativo a las personas y al derecho familiar está compuesto por doce títulos, que regulan todo lo relativo al matrimonio, patria potestad, tutela y el patrimonio de la familia. Este libro en su mayor parte sigue los lineamientos del Código Civil de 1884 pero incorporando la Ley sobre Relaciones Familiares, con cambios significativos por lo que respecta al divorcio. Tiene características sociales, establece la igualdad de hombres y mujeres, así como la solidaridad y la libertad de los miembros de la pareja. Además, este código confirma la

¹² García Téllez, Ignacio, *Motivos, colaboración y concordancias del nuevo Código Civil mexicano*, 2a. ed., México, Ed. Porrúa, 1965, pp. 13 y 14.

postura de que el matrimonio es una unión disoluble a través de la figura del divorcio.

Este código incorpora la figura del divorcio voluntario por vía administrativa, el cual se tramita ante la autoridad del Juez del Registro Civil, teniendo como requisitos que los cónyuges sean mayores de edad, que el matrimonio haya durado cuando menos un año, que no existan hijos o que de existirlos estos sean mayores de edad y no necesiten alimentos, y por último que la sociedad conyugal se haya liquidado.

Los legisladores del Código que nos ocupa señalaron en la Exposición de motivos lo siguiente:

"Se equipararon en cuanto fue posible las causales de divorcio en lo que se refiere al hombre y a la mujer, procurándose que quedaran debidamente garantizados los intereses de los hijos, que casi siempre resultan víctimas de la disolución de la familia.

Se estableció una forma expedita para obtener el divorcio por mutuo consentimiento, cuando los cónyuges son mayores de edad, no tiene hijos y de común acuerdo liquidan la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron. En tales condiciones los cónyuges no necesitan recurrir a la autoridad judicial, para que decreta el divorcio, sino que personalmente se presentaran ante el oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio y, previa identificación de los consortes y comprobación de las circunstancias que se han mencionado, el mismo registrador los declarara divorciados, levantándose el acta correspondiente.

El divorcio en este caso solo perjudica directamente a los cónyuges, que obran con pleno conocimiento de lo que hacen, y no es necesario para decretarlo que se llenen todas las formalidades de un juicio. Es cierto que hay interés social de que los matrimonios no se disuelvan fácilmente; pero también está interesada la sociedad en que los hogares no sean focos constantes de disgustos y en que, cuando no estén en juego los sagrados intereses de los hijos, o de terceros no se dificulte innecesariamente la disolución de los matrimonios, cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos".

En este Código Civil encontramos el divorcio solicitado por mutuo consentimiento o invocado de manera unilateral fundado en una causa, en cuyo caso se llevará por vía judicial, es decir un divorcio necesario; mientras que el divorcio por mutuo consentimiento podrá pedirse vía administrativa o judicial, dependiendo de las características que reúna el matrimonio a disolver; aunado a esto hallamos el divorcio por separación de cuerpos.

Se menciona este último ya que está incluido dentro del capítulo relativo al divorcio, aun cuando la separación de cuerpos únicamente implica la no cohabitación de los cónyuges, y deja subsistentes obligaciones derivadas del matrimonio.

El divorcio es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclamaba ante la autoridad judicial, fundándolo en una o más causales a las que se refería el artículo 267 del Código Civil, siendo las causales para el divorcio las siguientes:

“Artículo 267.- Son causales de divorcio:

- I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- II.- El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;
- IV.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;
- V.- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;
- VI.- Padecer sífilis, tuberculosis, o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;
- VII.- Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente;
- VIII.- La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;
- IX.- 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;
- X.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que preceda la declaración de ausencia;
- XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;
- XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el Artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendentes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del Artículo 168;
- XIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;
- XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;
- XV.- Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;
- XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;
- XVII.- El mutuo consentimiento;

XVIII.- La separación de los cónyuges por más de 2 años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.

XIX.- Las conductas de violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos. Para los efectos de este artículo se entiende por violencia familiar lo dispuesto por el artículo 323 ter de este Código.

XX.- El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar hacia el otro cónyuge o los hijos, por el cónyuge obligado a ello”.¹³

Por lo que hace al divorcio administrativo se otorga cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos o teniéndolos estos sean mayores de edad, y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, además haya transcurrido un año o más desde la celebración del matrimonio.

En el caso de que los cónyuges no reunieran los requisitos para solicitar el divorcio administrativo, si estaban de acuerdo con la disolución del vínculo matrimonial, podían solicitar, el divorcio voluntario por vía judicial para el cual era necesario el mutuo consentimiento de los cónyuges y que estos lo solicitaran al Juez de lo Familiar, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre que hubiera transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañaran un convenio con los requisitos que la ley enmarcaba.

Con relación a los hijos este ordenamiento originalmente señaló en su texto lo siguiente:

“Artículo 282.- Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiera urgencia, se dictaran provisionalmente y solo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

VI.- Poner a los hijos bajo el cuidado de la persona que de común acuerdo hubieran designado los cónyuges, pudiendo ser uno de estos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá una persona en cuyo poder quedarán provisionalmente los hijos. El Juez previo el procedimiento que fije el código respectivo, resolverá lo conveniente.

Artículo 283.- La sentencia de divorcio fijara la situación de los hijos, conforme a las siguientes reglas:

Primera.- Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida, en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV, del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria

¹³ Batiza, Rodolfo, *op. cit.*, nota 9, p. 316 y 318.

potestad del cónyuge no culpable. Si los dos fueran culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere se nombrará tutor.

Segunda.- Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida, en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI, del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente; pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si los dos cónyuges fueran culpables, se les suspenderá el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer esta. Entre tanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza, se les nombrará tutor.

Tercera.- En caso de las fracciones VI y VII, del artículo 267, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano; pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos”.

Con relación a los hijos menores este ordenamiento en su texto original nos señala en su artículo 260 que las hijas e hijos menores de cinco años (en cualquier caso, aun en divorcio), se mantendrán al cuidado de la madre hasta que cumplan esta edad, a menos que la madre se dedicare a la prostitución, al lenocinio, hubiera contraído el hábito de embriagarse, tuviera alguna enfermedad contagiosa, o por su conducta ofreciere peligro grave para la salud o la moralidad de sus hijos.¹⁴

1.4 Código Civil para el Distrito Federal

Tal y como se señaló en párrafos anteriores, el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, en materia común y para toda la República en materia Federal fue creado en el año de 1928, sin embargo, entró en vigor cuatro años después, es decir, en el año de 1932. Lo anterior, en virtud de la espera de la conclusión del Código Procesal correspondiente, así como de la existencia de una oposición conservadora¹⁵.

Ahora bien, el Código en comento sufrió su primera reforma en el año de 1938, al derogarse el artículo 390, tan solo cuatro años después de su entrada en vigor.

¹⁴ *Ibidem*. p. 310.

¹⁵ Jimenez García, Joel, “Código Civil para el Distrito Federal de 1928”, *Revista de Derecho Privado*. México, Nueva Serie, año II, número 5, mayo - agosto de 2003, p. 29, Formato html, disponible en internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=derpriv&n=5>

Posteriormente, por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 23 de diciembre de 1974, cambió su denominación por la de Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Finalmente, mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación de fecha 29 de mayo de 2000, se modifica la denominación de Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal¹⁶ y se nombra Código Civil para el Distrito Federal.

Hasta enero del año 2003, el número de reformas ocurridas al Código que nos ocupa, se elevaba a 49.

Siendo de interés del presente trabajo, las siguientes reformas:

- DOF 27-XII-1983. Se reformaron los artículos 163, 172, 188, 194, 216, 232, 233, 267, 268, 273, 279, 281, 282, 283, 288, 302, 311, 317, 734, 1602 y 1635, y se derogó el artículo 271. Tales artículos regulaban el régimen patrimonial en el matrimonio, el domicilio conyugal, el divorcio, el patrimonio familiar y las sucesiones.
- En el año 2000 es reformado el código que nos ocupa, cambiando el contenido de los Artículos 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 278, 279, 280, 282, 283, 284, 287, 288, 289 y 290, relativos al divorcio.

Entre las disposiciones reformadas en el año 2000 de mayor interés, encontramos las siguientes:

En el Artículo 266 se adicionó un segundo párrafo en donde se señala la clasificación del divorcio, estableciendo al divorcio voluntario y necesario en los siguientes términos:

El divorcio voluntario se substanciara administrativa o judicialmente por ambas partes, dependerá de las circunstancias del matrimonio la vía que se utilice; mientras que el divorcio necesario se substanciara judicialmente por una de las

¹⁶ *Ibidem.* p. 26.

partes, y deberá de fundarse en alguna de las causales del artículo 267 del Código de referencia.

Fueron reformadas diversas fracciones del artículo 267, los cambios son los siguientes:

- Fracción II, esta fracción señalaba que era causa del divorcio el hecho de que la mujer diera a luz a un hijo concebido antes del matrimonio, y que judicialmente fuera declarado ilegítimo; en este sentido, se eliminó el término “ilegítimo”, especificando que el hijo nacido hubiese sido concebido con persona distinta al cónyuge, siendo nuevo requisito, que no se hubiera tenido consentimiento de esa circunstancia.
- Fracción III. Antes de la reforma esta fracción señalaba que era causa del divorcio la propuesta del marido para prostituir a la mujer, así como en el caso de que se probara que había recibido dinero o alguna remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer. A partir de la reforma del 2000, y basado en la igualdad de sexos, el texto del Código Civil, hace referencia a la propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, esto es, ya no en el caso concreto del marido sobre la mujer, sino respecto de ambos; asimismo señala la reforma, en el caso de que se probara que ha recibido dinero o alguna remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él.
- Es reformada la Fracción IV, eliminando la última parte, es decir, es causa del divorcio la incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, sin especificar que no importa que no sea de incontinencia carnal.
- En la reforma a la Fracción V, se advierte el cambio de termino de “actos inmorales”, por “conducta”, para quedar como sigue: “La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción”.
- En la Fracción VI, ya no se especifica enfermedad alguna como causa del divorcio, tal como la sífilis y la tuberculosis. Dicho de otro modo, de la nueva redacción se advierte que resulta causa de divorcio cualquier

enfermedad que revista las características de ser incurable, contagiosa o hereditaria. Aunado a ello, se especifica que no será causa de divorcio la impotencia sexual irreversible originada por la edad avanzada.

- Para el caso de la Fracción VII, se adiciona como requisito para que sea causal de divorcio el padecer trastorno mental incurable, la declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo.
- La Fracción IX, hacía referencia a la separación del hogar conyugal por más de 1 año, con la reforma se puntualiza que es la separación de los cónyuges la causa del divorcio, sin importar el motivo que diera origen a la misma, asimismo especifica la reforma que esta causal podrá ser invocada por cualesquiera de los cónyuges.
- Fracción XI, extiende su protección para los hijos al señalar que la sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro o para los hijos, es causal de divorcio.
- Fracción XIV, la reforma del año 2000 amplía y especifica el texto anterior de la fracción, pues señala como causa de divorcio el haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual hubiera sido condenado por sentencia ejecutoriada; anteriormente el Código Civil en comento establecía que el delito no debía ser político pero si infamante, y que la pena tenía que ser mayor de dos años.
- Fracción XV, suprime en esta fracción la referencia al uso de drogas, dejando solamente al hábito de juego y al alcoholismo. Sin embargo, la reforma retoma el tema del uso no terapéutico de sustancias ilícitas a las que hace referencia la Ley General de Salud, y las lícitas no destinadas a ese uso, en la fracción XIX del artículo.
- En la Fracción XVI, al igual que en la fracción XI se amplía la protección a la persona y bienes de los hijos y no solo del cónyuge; asimismo, ya no se especifica que el delito que se cometa debe tener como pena mínima un año de prisión, sino que establece como motivo del divorcio el cometer un delito doloso por el cual se haya condenado por sentencia ejecutoriada.
- A partir de la Fracción XVII, el cambio resulta abundante, pues se elimina el texto de la fracción XVII, que refería únicamente al mutuo

consentimiento, para abrir paso a la conducta de violencia familiar cometida o permitida entre los cónyuges y hacia los hijos.

- Íntimamente ligada con la fracción anterior, la fracción XVIII, dejó de hacer referencia a la separación de los cónyuges por más de 2 años; para dar paso al incumplimiento injustificado de las determinaciones de autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar
- Se ha referido lo conducente a la fracción XIX, en la fracción XV.
- Se incluyen 2 fracciones y un último párrafo que establecen:

“XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge; y
XXI. Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este Código.
La anterior enumeración de las causales de divorcio, es de carácter limitativo; por tanto, cada causal es de naturaleza autónoma.”

Los artículos 268 a 270 fueron derogados, en su texto histórico se enmarcaba que:

“**Artículo 268** Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o se hubiere desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado, éste tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia o del auto que recayó al desistimiento. Durante estos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos.

Artículo 269 Cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por el adulterio de su cónyuge. Esta acción dura seis meses, contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio.

Artículo 270 Son causas de divorcio los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, ya lo sean éstos de ambos, ya de uno solo de ellos. La tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir el divorcio, debe consistir en actos positivos, y no en simples omisiones”.

Los Artículos 282 y 283 fueron reformados en dos ocasiones más en los años 2004 y 2007, mientras que el artículo 287 fue reformado solo en el año 2007.

Es importante referir, que el artículo 282 refiere a las medidas provisionales, cuyos cambios más significativos a la fecha son en primer término especificar en el preámbulo del artículo que dichas medidas provisionales se originan con la presentación de la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud

de divorcio; y no solo con la presentación de la demanda de divorcio, como se refería anteriormente.

Asimismo, por reforma al Código Civil para el Distrito Federal publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 03 de Octubre de 2008, el artículo en comento cuenta con una división de las medidas provisionales, esto es mediadas provisionales de oficio y medidas provisionales una vez contestada la solicitud.

Por lo que, las diez fracciones que contenían las medidas provisionales en el artículo 282 dejaron de ser generales, para dividirse en cinco medidas provisionales de oficio y cinco medidas provisionales una vez contestada la solicitud.

Para el caso del numeral 283, mismo que establece el contenido de la sentencia de divorcio respecto de los hijos menores de edad, la reforma fue más consistente, pues estableció ocho fracciones que detallan claramente el contenido de dicha sentencia.

En el texto del artículo en comento encontramos características específicas que debe contener la resolución, tales como lo relativo a la patria potestad, a la guarda y custodia, y al régimen de visitas; las medidas para proteger a los hijos de actos de violencia familiar; lo relativo a la división de los bienes y al pago de alimentos a favor de los hijos; las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar; las medidas tendientes a la protección de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges; la procedencia de la compensación que prevé el artículo 267 fracción VI; y las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad.

Finalmente, por lo que hace al artículo 287, respecto de la división de los bienes y al aseguramiento de las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos, la reforma en el año 2007 consistió en

derogar la especificación de que los excónyuges tenían la obligación de contribuir a las necesidades de sus hijos hasta la mayoría de edad. Actualmente, el Código Civil deja a salvo el derecho de las partes para resolver respecto de estas situaciones a través de un incidente.

1.5 Reforma al Código Civil vigente para el Distrito Federal del mes de octubre de 2008.

El cambio de las condiciones sociales del mundo actual, lleva al estudio, análisis y transformación de las leyes que nos rigen, la necesidad de un cambio derogando las normas que satisfacían aspectos de un México pasado era inminente, toda vez que en la actualidad el bienestar de los hijos y el buen desarrollo social, psicológico y sentimental de un ser humano, va mas allá que el simple concepto de familia; el 03 de Octubre del año 2008 entraron en vigor las reformas al Código Civil para el Distrito Federal, con el objeto de agilizar el proceso del Juicio de Divorcio y evitar un desgaste físico, emocional y económico de las personas que forman parte de un litigio de esta índole.

Efectivamente, durante la vigencia de los artículos del Código de 1928 se evidenciaron sus carencias y las disfunciones que el proceso provocaba, que mas allá de resolver las crisis matrimoniales parecía agravarlas con los largos procesos. En la actualidad el tramite asegura a los cónyuges la tranquilidad de la fácil separación y cumple el propósito de la disolución del vinculo matrimonial en un corto tiempo, generándoles la posibilidad de contraer nupcias inmediatamente, sin embargo la reforma deja a decisión de un incidente cuestiones como el aspecto patrimonial y elementos tan importantes como la seguridad y bienestar de los menores hijos concebidos durante el matrimonio.

Ahora bien, el Código Civil de 1928 ha tenido diversas reformas desde su nacimiento, sin embargo sigue vigente. El 03 de octubre de 2008 la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, reformó, derogó y adicionó las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en materia de divorcio, por lo que se reformaron los artículos 266, 267, 271, 277, 280, 282, 283, 283 Bis, 287, 288; y se derogaron los artículos 273, 275, 276, 278, 281, 284, 286 y 289 Bis, creando

de forma novedosa el divorcio unilateral, el cual permite la disolución del vínculo matrimonial sin la necesidad de acreditar una causa, así mismo estas reformas derogaron las causales de divorcio contenidas en el artículo 267 del texto original del Código de 1928.

El Doctor Miguel Ángel Quintanilla García, en su libro titulado “Divorcio exprés”, estudia los efectos jurídicos, deficiencias, aciertos y diversos aspectos y otras características del divorcio unilateral¹⁷.

Igualmente, el autor Raúl Chávez Castillo en su libro “Derecho de familia y Sucesorio”, nos señala los requisitos, trámite, pruebas, propuesta de convenio y efectos del divorcio unilateral¹⁸.

Es así como el artículo 266, nos sigue señalando al matrimonio como una figura disoluble, estableciendo además que 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. Por lo que el divorcio solo se decretará cuando se cumplan los requisitos exigidos por el Artículo 267 del Código Civil.

Respecto de los hijos menores de edad, el Código en comento establece en su artículo 282 que desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio, y sólo mientras dure el juicio, se dictarán medidas provisionales; así como en el caso de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, estas medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de los hijos.

Incluyendo entre estas medidas provisionales la necesidad de poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges,

¹⁷ Quintanilla García, Miguel Ángel, *Divorcio exprés*, México, Ed. Sista, 2010, p. 204.

¹⁸ Chávez Castillo, Raúl, *Derecho de familia y sucesorio*, México, Ed. Porrúa, 2009, p. 355.

pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio; y en defecto de ese acuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.

Así mismo, señala que los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar, cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos; y no será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

Este artículo señala en el apartado B fracción III que 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.

De esta manera, siendo Jefe de Gobierno del Distrito Federal Marcelo Luís Ebrard Casaubon, se expidió el Decreto por el que se reformó y derogó el Código Civil para el Distrito Federal en su Capítulo X Del Divorcio, cuyos cambios fueron los siguientes:

Texto anterior a la reforma de 2008	Artículos con texto reformado del año 2008
<p>Artículo 266. El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Se clasifica en voluntario y necesario. Es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges, y se substanciará administrativa o judicialmente, según las circunstancias del matrimonio. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 de este Código.</p>	<p>Artículo 266. El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo. Solo se decretará cuando se cumplan los requisitos exigidos por el siguiente artículo.</p>
<p>Artículo 267. Son causales de divorcio: I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;</p>	<p>Artículo 267. El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su</p>

<p>II. El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia;</p> <p>III. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando él mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él;</p> <p>IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;</p> <p>V. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;</p> <p>VI. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada;</p> <p>VII. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;</p> <p>VIII. La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses;</p> <p>IX. La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos;</p> <p>X.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que preceda la declaración de ausencia;</p> <p>XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos;</p> <p>XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el Artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendentes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del Artículo 168;</p> <p>XIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;</p> <p>XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada;</p> <p>XV. El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desaveniencia;</p> <p>XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;</p> <p>XVII. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos.</p>	<p>solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener los siguientes requisitos:</p> <p>I. La designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces;</p> <p>II.- Las modalidades bajo las cuales el progenitor, que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos;</p> <p>III.- El modo de atender las necesidades de los hijos y, en su caso, del cónyuge a quien deba darse alimentos, especificando la forma, lugar y fecha de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;</p> <p>IV.- Designación del cónyuge al que corresponderá el uso del domicilio conyugal, en su caso, y del menaje;</p> <p>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;</p> <p>VI.- En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos o que no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte. El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.</p>
--	---

<p>Se entiende por violencia familiar la descrita en este Código;</p> <p>XVIII. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar;</p> <p>XIX. El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desaveniencia;</p> <p>XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge; y</p> <p>XXI. Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este Código.</p> <p>La anterior enumeración de las causales de divorcio, es de carácter limitativo; por tanto, cada causal es de naturaleza autónoma.</p>	
<p>Artículo 271. En todos los casos previstos en el artículo 267, los jueces de lo familiar están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, sin cambiar los hechos, acciones y excepciones o defensas.</p> <p>Las limitaciones formales de la prueba que rigen en la materia civil, no deben aplicarse en las causales previstas en las fracciones XI, XVII y XVIII del artículo 267.</p>	<p>Artículo 271. Los jueces de lo familiar están obligados a suplir la deficiencia de las partes en el convenio propuesto.</p> <p>Las limitaciones formales de la prueba que rigen en la materia civil, no deben aplicarse en los casos de divorcio respecto del o los convenios propuestos.</p>
<p>Artículo 273.- Procede el divorcio voluntario por vía judicial cuando los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto en el artículo anterior, y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas:</p> <p>I. Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio;</p> <p>II. El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;</p> <p>III. Designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio;</p> <p>IV. La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y</p>	<p>Artículo 273.- Derogado.</p>

<p>después de ejecutariado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aún después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias;</p> <p>V. La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia en favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II;</p> <p>VI. 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; y</p> <p>VII. Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos.</p>	
<p>Artículo 275.- Mientras se decrete el divorcio voluntario, el Juez de lo Familiar autorizará la separación provisional de los cónyuges y dictará las medidas necesarias respecto a la pensión alimenticia provisional de los hijos y del cónyuge, en términos del convenio a que se refiere el artículo 273 de este Código.</p>	<p>Artículo 275.- Derogado.</p>
<p>Artículo 276. Los cónyuges que hayan solicitado el divorcio por mutuo consentimiento, podrán reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo, con tal de que el divorcio no hubiere sido decretado. No podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año desde su reconciliación.</p>	<p>Artículo 276. Derogado.</p>
<p>Artículo 277. El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267, podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión; quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.</p>	<p>Artículo 277. La persona que no quiera pedir el divorcio podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con su cónyuge, cuando éste se encuentre en alguno de los siguientes casos:</p> <p>I.- Padezca cualquier enfermedad incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria;</p> <p>II.- Padezca impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada; o</p> <p>III.- Padezca trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo; en estos casos, el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión; quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.</p>
<p>Artículo 278.- El divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que tenga conocimiento de los hechos</p>	<p>Artículo 278.- Derogado.</p>

<p>en que se funde la demanda, excepto en el caso de las fracciones XI, XVII y XVIII del artículo 267 de este Código, en el que el plazo de caducidad es de dos años, así como, con las demás salvedades que se desprenden de ese artículo.</p>	
<p>Artículo 280.- La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aún no hubiere sentencia ejecutoriada. Para tal efecto, los interesados deberán comunicar su reconciliación al Juez de lo Familiar.</p>	<p>Artículo 280.- La reconciliación de los cónyuges pone término al procedimiento de divorcio en cualquier estado en que se encuentre. Para tal efecto los interesados deberán comunicar su reconciliación al Juez de lo Familiar.</p>
<p>Artículo 281. El cónyuge que no haya dado causa al divorcio puede, antes de que se pronuncie la sentencia que ponga fin al litigio, otorgar a su consorte el perdón respectivo; mas en este caso, no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos a los que se refirió el perdón y que motivaron el juicio anterior, pero sí por otros nuevos, aunque sean de la misma especie, o por hechos distintos que legalmente constituyan causa suficiente para el divorcio.</p>	<p>Artículo 281. Derogado</p>
<p>Artículo 282.- Desde que se presenta la demanda y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:</p> <p>I. La separación de los cónyuges. El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia.</p> <p>La separación conyugal decretada por el juez interrumpe los términos a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 267 de este Código;</p> <p>II. Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos deben dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;</p> <p>III. Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;</p> <p>IV. Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede embarazada;</p> <p>V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que</p>	<p>Artículo 282.- Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; asimismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:</p> <p>A. De oficio:</p> <p>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;</p> <p>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;</p> <p>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</p>

<p>de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo éstos compartir la guarda y custodia mediante convenio.</p> <p>En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.</p> <p>VI. El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;</p> <p>VII. En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la demanda, tomará las siguientes medidas, con el fin de salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar:</p> <p>a) Ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar.</p> <p>b) Prohibición al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados.</p> <p>c) Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente.</p> <p>VIII. Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;</p> <p>IX. Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise; y</p> <p>X. Las demás que considere necesarias.</p> <p>En caso de que los menores de doce años sean sujetos de violencia familiar, éstos deberán quedar al cuidado de la madre, excepto cuando sea ésta quien la origine. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.</p>	<p>ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;</p> <p>IV.- Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;</p> <p>B. Una vez contestada la solicitud:</p> <p>I.- El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia.</p> <p>II. - Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio. En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad. Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.</p> <p>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;</p> <p>IV.- Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise; y</p> <p>V.- Las demás que considere necesarias.</p>
--	---

<p>Artículo 283.- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad para lo cual deberá contener las siguientes disposiciones:</p> <p>I.-Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores.</p> <p>II.-Todas las medidas necesarias para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que lastime u obstaculice su desarrollo armónico y pleno.</p> <p>III.-Las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, misma que sólo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores.</p> <p>IV.-Las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar en términos de la Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.</p> <p>V.-Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges, en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección.</p> <p>VI.-Las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad.</p> <p>Para lo dispuesto en el presente artículo, de oficio o a petición de parte interesada, durante el procedimiento el Juez se allegará de los elementos necesarios, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores.</p>	<p>Artículo 283.- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad para lo cual deberá contener las siguientes disposiciones:</p> <p>I.-Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores.</p> <p>II.-Todas las medidas necesarias para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que lastime u obstaculice su desarrollo armónico y pleno.</p> <p>III.-Las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, misma que sólo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores.</p> <p>IV.- Tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de este Código, el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes y tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos.</p> <p>V.- Las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar en términos de la Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar y Ley de Acceso de las Mujeres a una vida libre de Violencia para el Distrito Federal. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.</p> <p>VI.- Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges, en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección;</p> <p>VII.- En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar, en la sentencia de divorcio, habrá de resolver sobre la procedencia de la compensación que prevé el artículo 267 fracción VI, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso.</p> <p>VIII.- Las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo,</p>
--	---

	<p>la protección y el interés de los hijos menores de edad.</p> <p>Para lo dispuesto en el presente artículo, de oficio o a petición de parte interesada, durante el procedimiento el Juez se allegará de los elementos necesarios, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores.</p>
<p>Artículo 283 Bis.- En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida en términos de lo establecido en la fracción V del artículo 282, el Juez, en la sentencia de divorcio, deberá garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos.</p>	<p>Artículo 283 Bis.- En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida en términos de lo establecido en la fracción II del apartado B del artículo 282, el Juez, en la sentencia de divorcio, deberá garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos.</p>
<p>Artículo 284.- El Juez de lo Familiar, antes de proveer definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos menores o incapaces, podrá acordar a petición de los menores, de sus abuelos, hermanos, tíos, primos o del Ministerio Público, cualquier medida que se considere necesaria para el desarrollo de los hijos menores o incapaces.</p>	<p>Artículo 284.- Derogado.</p>
<p>Artículo 286. El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.</p>	<p>Artículo 286. Derogado.</p>
<p>Artículo 287.- En la sentencia que decrete el divorcio y tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de este Código, el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes y tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos.</p> <p>Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos.</p>	<p>Artículo 287.- En caso de que los cónyuges lleguen a un acuerdo respecto del convenio señalado en el artículo 267 y éste no contravenga ninguna disposición legal, el Juez lo aprobará de plano, decretando el divorcio mediante sentencia; de no ser así, el juez decretará el divorcio mediante sentencia, dejando expedito el derecho de los cónyuges para que lo hagan valer en la vía incidental, exclusivamente por lo que concierne al convenio.</p>
<p>Artículo 288.- En los casos de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar sentenciará al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas, las siguientes:</p> <p>I. La edad y el estado de salud de los cónyuges;</p> <p>II. Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo;</p> <p>III. Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia;</p>	<p>Artículo 288.- En caso de divorcio, el Juez resolverá sobre el pago de alimentos a favor del cónyuge que, teniendo la necesidad de recibirlos, durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar, al cuidado de los hijos, esté imposibilitado para trabajar o carezca de bienes; tomando en cuenta las siguientes circunstancias:</p>

<p>IV. Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge; V. Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades; y VI. Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.</p> <p>En todos los casos, el cónyuge inocente que carezca de bienes o que durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar o al cuidado de los hijos, o que esté imposibilitado para trabajar, tendrá derecho a alimentos.</p> <p>En la resolución se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. El derecho a los alimentos, en caso de divorcio necesario, se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.</p> <p>El cónyuge inocente tiene derecho, además del pago de alimentos, a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado. Los daños y perjuicios, así como la indemnización a que se refiere el presente artículo, se rigen por lo dispuesto en este Código para los hechos ilícitos.</p> <p>En el caso de las causales enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 de este Código, el excónyuge enfermo tendrá derecho a alimentos si carece de bienes y está imposibilitado para trabajar; pero no procede la indemnización por daños y perjuicios.</p> <p>En el caso del divorcio voluntario por vía judicial, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.</p>	<p>I.- La edad y el estado de salud de los cónyuges; II.- Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo; III.- Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia; IV.- Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge; V.- Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades; y VI.- Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.</p> <p>En la resolución se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. El derecho a los alimentos se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato o haya transcurrido un término igual a la duración del matrimonio.</p>
<p>Artículo 289 Bis.- En la demanda de divorcio los cónyuges podrán demandar del otro, una indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes que hubiere adquirido, durante el matrimonio, siempre que:</p> <p>I. Hubieran estado casados bajo el régimen de separación de bienes; II. El demandante se haya dedicado en el lapso en que duró el matrimonio, preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos; y III. Durante el matrimonio el demandante no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte.</p> <p>El Juez de lo Familiar en la sentencia de divorcio, habrá de resolver atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.</p>	<p>Artículo 289 Bis.- Derogado.</p>

De lo expuesto con anterioridad se puede decir que el divorcio es una figura que ha existido desde siempre, la cual fuera de desaparecer ha evolucionado con el fin de dar solución a los conflictos creados por los cónyuges, que tras ser evidente su imposible reconciliación se convierte en su último recurso. El divorcio se ha conformado como una institución paralela al matrimonio como recurso para disolverlo en el momento en que las parejas no logren convivir.

En la evolución del divorcio en el Derecho Civil Mexicano, encontramos que nació como una figura que no permitía disolver el vínculo matrimonial (Códigos Civiles de 1870 y 1884), sin embargo tras las apreciaciones sociales el Estado permite mediante la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 la disolubilidad del matrimonio, obligando a los cónyuges a comprobar una de las causales que enmarcaba la misma ley, es así como el Código de 1928 siguiendo con los ideales expuestos en el ordenamiento inmediato anterior, enumeraba en su artículo 266 causales para solicitar el divorcio.

Posteriormente con las reformas al Código Civil para el Distrito Federal, se regula el divorcio unilateral sin probar causales, así mismo, subsiste el divorcio voluntario por vía administrativa o por vía judicial.

Aunado a lo anterior, encontramos en los diversos ordenamientos estudiados, la evolución de la igualdad jurídica de la mujer y del hombre y el deber de ambos de atender al cuidado de los hijos, es decir, históricamente en el derecho romano quien ostentaba la calidad de cuidador y ejercía la patria potestad de los menores de edad concebidos en el matrimonio, era únicamente el padre; en México, el Código Civil de 1870 se basaba en los principios del derecho romano por lo que respecta a la tutela y curatela; el Código Civil de 1884 sólo permitía el desempeño de la patria potestad a la madre, cuando faltare el padre.

Es hasta la emisión de la Ley sobre Relaciones Familiares de 1914, que nace la igualdad de los padres para ejercer la patria potestad, criterio que es aplicado hasta la fecha.

CAPITULO II MARCO CONCEPTUAL

Antes de entrar al estudio conceptual del divorcio, debo señalar que ésta es una institución totalmente dependiente de otra, pues el divorcio nace a raíz del matrimonio. Así pues, en los códigos civiles de 1870 y 1884 se considero a esta institución como una sociedad legitima de un solo hombre con una sola mujer, que se unen con un vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida, esta unión era considerada básica en el desarrollo sociológico de la Nación, ya que a través de ella se establece, aún en nuestros días, se da origen a la familia.

En la publicación de la Gaceta Oficial del Distrito Federal de fecha 29 de diciembre de 2009, se emitió el Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, las cuales reformaron los artículos 146, 237, 291 bis, 294, 391 y 724, así como los artículos 216 y 942 del Código de Procedimientos Civiles.

Por lo que, el artículo 146 nos brinda una nueva visión del matrimonio, pues enuncia:

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

De lo señalado, se concluye que el matrimonio ya no se constituye como la unión única y exclusiva de un hombre y una mujer, sino de dos personas sin importar su sexo, así mismo, se puede decir que el fin del matrimonio es realizar la comunidad de vida, y no como originalmente lo era, la procreación.

Ahora bien, como se señaló en el Capitulo primero el matrimonio es una institución que ha evolucionado, el Código Civil de 1870 y el de 1884 señalaban que era indisoluble, y es hasta la Ley del Divorcio de 1914 que el matrimonio tiene la característica de ser disoluble, misma que se da mediante la muerte de uno de los cónyuges, o bien, a través del divorcio.

2.1 Divorcio.

Siendo el divorcio una figura legalmente aceptada puede ser estudiado desde diversos puntos de vista, a saber: el moral, el filosófico, el religioso, el social, etimológico y el jurídico. En el desarrollo del presente trabajo consideraremos al divorcio desde el punto de vista etimológico, jurídico y social.

2.1.1 Concepto etimológico

Deriva del latín *divortium*, que a su vez deviene de *divertere*, que significa irse cada uno por su lado, separarse; en derecho familiar, al referirse a los cónyuges, es ponerle fin a la convivencia y nexo jurídico. Por su naturaleza jurídica, puede definirse como la ruptura del vínculo matrimonial en vida de ambos cónyuges¹⁹.

Desde sus orígenes latinos el termino divorcio implica el significado de separación, de separar lo que ha estado unido; de ahí que actualmente y en el medio jurídico, por divorcio debemos entender la extinción de la convivencia matrimonial declarada por la autoridad.

2.1.2 Concepto jurídico

Para poder señalar el concepto jurídico del vocablo divorcio partamos de analizar la naturaleza del mismo. Podemos decir que el divorcio es una institución si seguimos la idea de que depende necesariamente del matrimonio, por lo que podemos inferir que el divorcio no es solamente un fenómeno cultural o social, sino que comparte esta característica con el matrimonio.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, define a la institución como: "Cosa establecida o fundada; cada una de las organizaciones fundamentales de un Estado, Nación o Sociedad; colección metódica de los

¹⁹ Gûitron Fuentevilla, Julian, "Patria Potestad", en Magallón Ibarra, Jorge Mario (comp.), "Compendio de términos de Derecho Civil", México, Ed. Porrúa, 2004, p. 191.

principios o elementos de una ciencia, arte, etc.; tener en una ciudad, empresa, tertulia o cualquier otra agrupación humana el prestigio debido a la antigüedad o a poseer todos los caracteres representativos de ella"²⁰, de lo expuesto se deduce que el significado de la palabra institución, de manera general, poco tiene que ver con el significado jurídico de la palabra, por lo que vale la pena señalar la acepción jurídica que diversos autores hacen del vocablo institución.

Manuel Chávez Asencio, en su libro titulado "La familia en el derecho, relaciones jurídicas conyugales", nos dice que: "podemos entender como institución un conjunto orgánico de normas jurídicas orientadas al mismo fin, que reglamentan funciones o actividades sociales y sus relaciones jurídicas, que por su importancia están sujetas a la tutela del Estado".²¹

El maestro Rojina Villegas sostiene que "una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y que persiguen una misma finalidad".

Por su parte el Autor Julián Bonnacasse señala a la institución como:

"Un conjunto de reglas de derecho, que se penetran unas a otras hasta el punto de constituir un todo orgánico, que contiene una serie indefinida de relaciones transformadas en relaciones de derecho, y derivadas todas de un hecho único fundamental de orden físico, biológico, económico, moral o meramente social, cuando no se reúnen en el todos esos diversos aspectos, este hecho, origen y base de la institución la domina necesariamente ordenando su estructura o desarrollo."²²

A decir de las definiciones de los autores arriba invocados, el divorcio dentro del concepto jurídico de institución no es más que un conjunto de normas coherentes y congruentes encaminadas a un fin determinado, cuyas consecuencias impactan a la sociedad, de tal forma que el Estado se convierte

²⁰ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, 22ª. ed, España, Ed. Real Academia Española, 2001, p. 56.

²¹ Chávez Asencio, Manuel, *La familia en el derecho, relaciones jurídicas conyugales*, 6ª. ed, México, Ed. Porrúa, 2000. p. 6.

²² Bonnacasse, Julien. *La filosofía del Código de Napoleón aplicada al derecho de familia*, México, Ed. José M. Cajica Jr, 1945. p. 214.

en moderador en tal fenómeno. En sí, debemos partir siempre de la idea de que el divorcio es una figura concebida a partir del matrimonio, por lo que de manera analógica, utilizaremos lo dicho por el Maestro Eduardo Pallares en su libro "El divorcio en México" al referirse al matrimonio como institución del siguiente modo: "un conjunto de normas jurídicas, debidamente unificadas, que reglamentan determinadas funciones o actividades sociales cuya importancia sea tal, que merezcan estar sujetas a la tutela del Estado en forma especial"²³, por lo que de manera semejante entenderemos al divorcio como una Institución.

Podemos concluir que el divorcio es una institución jurídica, a la cual se puede definir como un conjunto de normas encaminadas a un sólo fin, que es la disolución del vínculo matrimonial decretado a la tutela de un Juez de lo Familiar o Juez del Registro Civil, dicho de otro modo es el conjunto de normas por el cual a petición de uno o de ambos cónyuges, la autoridad competente, bajo el procedimiento señalado para tal efecto, declara disuelto el vínculo conyugal, dejando a los cónyuges en aptitud de celebrar un nuevo matrimonio.

Aunado a lo anterior el divorcio es también un acto jurídico, en virtud de que es la manifestación exterior de la voluntad con el fin de producir efectos jurídicos. Analizando esta figura, Clemente Soto Álvarez, en su libro *Prontuario de introducción al estudio del Derecho y nociones del Derecho Civil* señala que a Savigny se debe la noción doctrinaria del hecho jurídico diciendo que "es todo acontecimiento natural o del hombre capaz de producir efectos jurídicos"²⁴, en este orden de ideas puede decirse que los hechos jurídicos en amplio sentido se clasifica en hechos jurídicos en sentido estricto y en actos jurídicos.

Los hechos jurídicos en sentido estricto son los fenómenos de la naturaleza que producen efectos jurídicos, en ellos se parte de un fenómeno de la naturaleza y la voluntad del sujeto no depende para que se produzcan o no efectos jurídicos, pues por ley se producen determinados efectos.

²³ Pallares, Eduardo. *El divorcio en México*, 5ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1987, p. 37.

²⁴ Soto Álvarez, Clemente. *Prontuario de introducción al estudio del Derecho y nociones del Derecho Civil*. 3ª. ed. México, Ed. Limusa, 2005, pág. 43.

En los actos jurídicos interviene la voluntad del hombre dirigida expresa y deliberadamente a producir efectos previstos en la ley, cabe aclarar que estos efectos son crear, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas, por ende el divorcio se constituye plenamente como un acto jurídico, en síntesis como requisitos indispensables para que se produzca un acto jurídico están la manifestación de la voluntad (puede ser una o varias voluntades) y que dicha voluntad tenga como fin, como propósito, como objeto, producir una o varias consecuencias establecidas en el derecho, y como requisito extra podríamos señalar la solemnidad.

En conclusión, es el divorcio un acto jurídico ya que la manifestación de la voluntad de uno o de ambos consortes está encaminada a extinguir el vínculo matrimonial, incluso modifica las relaciones paterno y materno filiales y lo relativo a los bienes, y se constituye como un acto solemne porque se debe observar una forma especial y por escrito, otorgándose ante un funcionario determinado, que para el caso que nos ocupa nos referimos al Juez de lo Familiar o Juez del Registro Civil.

El divorcio en el aspecto jurídico, significa la extinción de la vida conyugal, declarado por la autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto.²⁵

De acuerdo a lo establecido en el artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal, al referirse al divorcio lo expresa de la siguiente manera:

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

²⁵ Orizaba Monroy, Salvador, *Matrimonio y divorcio: efectos jurídicos*, 3ª. ed., México, Ed. Pac, 2002. p. 51.

Así pues, el divorcio es el acto jurídico por el cual a petición de uno o de ambos cónyuges, la autoridad competente, bajo el procedimiento señalado para tal efecto, declara disuelto el vínculo conyugal, dejando a los cónyuges en aptitud de celebrar un nuevo matrimonio.

Dicho de otro modo, el divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, ahora sin la necesidad de probar alguna causa surgida después de la celebración del matrimonio, y que permite a los divorciados contraer un nuevo matrimonio válido.

El artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal señalaba que el divorcio se clasificaba en voluntario y necesario, por lo tanto, el divorcio vincular se dividía en dos clases: necesario y voluntario.

Es decir, el Código Civil vigente en el año 2000 para el Distrito Federal regulaba dos tipos de divorcio:

- El divorcio administrativo, o decretado por el Estado a través de un funcionario de su órgano administrativo o ejecutivo, que es el Juez del Registro Civil.
- El divorcio judicial, o decretado por el Estado a través de un funcionario del órgano judicial, es decir, por el Juez de lo Familiar.

El primero de estos divorcios era rápido y sencillo ya que no conllevaba un juicio, bastaba con reunir los requisitos establecidos en el Artículo 272 del Código Civil ante el Juez del Registro Civil para realizar el trámite.

En la hipótesis normativa del Artículo 272 se debían de reunir los siguientes elementos:

- a) Que haya transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio.
- b) Que ambos cónyuges convengan en divorciarse.
- c) Que ambos cónyuges sean mayores de edad.
- d) Que se haya liquidado la sociedad conyugal (si existe este régimen patrimonial).

- e) Que la cónyuge no se encuentre embarazada.
- f) Que los divorciantes no tengan hijos, o que teniéndolos sean mayores de edad.
- g) Que ni los hijos, o alguno de los cónyuges, requiera del pago de alimentos.

La otra especie de divorcio, es decir, el divorcio judicial, era el que se tramitaba ante un Juez de lo Familiar, por mutuo consentimiento o necesario que se solicitaba por uno de los cónyuges con base en una causa específicamente señalada en la ley.

El divorcio necesario solo podía demandarse por las causas previstas por la ley, ante autoridad competente y cumpliendo con todos los requisitos legales del procedimiento.

El divorcio necesario era la disolución del vínculo matrimonial a petición de uno de los cónyuges, decretado por una autoridad competente y basado en una causal, entendiendo por esta a aquella circunstancia que permite obtener el divorcio, misma que se encontraba previamente establecida en la ley, y que debía ser demostrada mediante el procedimiento previamente establecido para tal efecto.

Con las normas ya derogadas y las vigentes la sentencia que decreta la disolución del vínculo matrimonial produce efectos en relación con los consortes que se divorcian, respecto de la situación de los hijos y también en relación con los bienes de los mismos cónyuges.

Finalmente, es de señalarse la naturaleza jurídica del divorcio, con este objetivo citaremos al Jurista Ernesto Gutiérrez y González que nos dice:

“El divorcio no tiene una naturaleza jurídica propia, sino que corresponde, según el tipo de divorcio, a dos diferentes figuras jurídicas de la Teoría de las Obligaciones...” “...hice ver que el divorcio por mutuo consentimiento, y el divorcio judicial voluntario, tienen la naturaleza jurídica de un convenio de revocación... y acredite que el divorcio judicial necesario o por controversia, obedece a la figura jurídica de la rescisión...” “...cuando se presenta convenio de divorcio, ya ante el oficial (juez) del registro civil, o ante el juez civil familiar, se esta celebrando un convenio de revocación solemne.

Y cuando se formula la demanda de divorcio necesario, al fundarse en un hecho ilícito, lo que se esta pidiendo al juez, es que se declare la rescisión del contrato de matrimonio.”²⁶

El maestro nos señala que es simplista definir la naturaleza jurídica del divorcio como aquella naturaleza propia que sirve para disolver el contrato de matrimonio.

Actualmente, de acuerdo a la reforma al Código Civil del Distrito Federal publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 03 de octubre de 2008, existe el divorcio por vía administrativa, así como el divorcio por vía judicial solicitado por uno o ambos cónyuges.

2.1.3 Concepto sociológico

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad de todos los tiempos, es la célula en donde se enseñan valores, principios y en general educación, los consortes son parte elemental de este núcleo pero la culminación del mismo son los hijos.

De acuerdo a la última reforma del Código Civil para el Distrito Federal del 29 de diciembre de 2009, un matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua.

Sin embargo con el tiempo la figura del matrimonio ha perdido fuerza y en la actualidad el número de divorcios en México se ha incrementado rápidamente, según cifras del INEGI para el año 2006 se registraron **72,396** divorcios, para el año 2007 se incremento el número a **77,255** divorcios, y para el año 2008 el número se elevo a **81,851** divorcios.

De acuerdo a las últimas estadísticas del Instituto Nacional de Estadísticas y Geografía, en el año 2008 se registraron en promedio 12.3 divorcios por cada

²⁶ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho civil para la familia*, México, Ed. Porrúa, 2004, pp. 497-498.

cien matrimonios, cifra que representa la más alta alcanzada jamás en México.²⁷

El divorcio destruye al matrimonio al disolverlo y afecta al grupo familiar, además priva a los hijos del medio natural para el desarrollo moral e intelectual, por lo tanto el divorcio es una figura socialmente inaceptable.

A pesar de ello, concuerdo con la ideología de Jorge Mario Magallón Ibarra al indicar que si la comunión espiritual del matrimonio ha dejado de existir, "el divorcio es una medida necesaria para evitar inmoralidades de mayor alcance, para detener un torrente de inmoralidad que de otra manera el derecho está permitiendo²⁸".

Es decir, si bien es cierto la historia nos enmarcó al matrimonio como una figura indivisible en pro de intereses tales como un hogar tranquilo, la educación y el ejemplo a los hijos, la paz y tranquilidad social, etcétera, también es cierto que en muchos casos es imposible para los consortes la unión conyugal con las características enunciadas; y al no existir tales características en una familia, se va deteriorando, y así mismo, se deteriora el desarrollo de los integrantes del núcleo familiar; por lo que, al continuar con esta relación familiar deteriorada, a largo plazo podríamos encontrar a los menores de edad inmersos en la delincuencia, que con gran frecuencia se genera en esos destruidos hogares. Así pues, el legislador creó la figura del divorcio, para evitar que de un mal nazcan males peores.

Aunque históricamente el divorcio no era aceptado socialmente, la dinámica del ser humano y la evolución de su ideología ha generado su práctica, y por lo tanto su aceptación.

²⁷ Página electrónica INEGI: www.inegi.org.mx/lib/olap/General_ver4/MDXQueryDatos.asp?#Regreso&c=6548

²⁸ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, 3ª. ed., México, Ed. Porrúa, 2009, t. III, p. 425.

2.2 Guarda y custodia

Para poder dar un concepto adecuado de lo que es la Guarda y Custodia, comencare por separar los términos.

Etimológicamente el vocablo custodiar proviene del Latín *Custodiare*, por *Custodiare* que significa guardar con cuidado y vigilancia.²⁹ Entenderemos a la Custodia como: "Guardar o cuidado de una cosa ajena, vigilancia ejercida sobre persona privada de libertad por autoridad competente."³⁰

La Enciclopedia Jurídica Digital Jurídico Mx Profesional refiere respecto de la Custodia:

"En derecho romano tuvo dos acepciones: en derecho penal y en derecho civil. En este último significó una clase especial de diligencia que debía aplicar el deudor de cuidar la cosa debida como un *bonus pater familias*. En general esa clase especial de diligencia debía emplearse en todo caso en el cuidado de una cosa ajena a fin de conservarla y vigilar de tal manera que no pudiera perderse, o ser robada o usucapida por terceros. La obligación de custodia ha surgido desde el derecho romano de las más variadas relaciones jurídicas y especialmente de cualquiera de los contratos por los cuales se entraba a la tenencia de alguna cosa ajena, pues por el principio de *custodiam praestare*, el deudor respondía por las pérdidas o detrimentos de la cosa ocurridos por su dolo o culpa. Especialmente, la custodia ha sido el objeto y la esencia del contrato de depósito. En derecho romano, en un principio debía haber convenio expreso para que existiera la obligación de cuidado con la clase especial de diligencia antes mencionada; posteriormente, se consideró que debía establecerse la obligación aun sin el convenio expreso de los interesados, exceptuándose los casos de fuerza mayor. La obligación de custodia variaba en el contrato de depósito según fuera voluntario o necesario, considerándose más rigurosa en el segundo caso puesto que el depositante no podía elegir al depositario. En los códigos civiles actuales la custodia se considera como la primera de las obligaciones del deudor tanto en los contratos como en los derechos reales por los cuales hay tenencia de cosa ajena, como en los casos de depósito, comodato, usufructo, prenda, etc. En derecho mexicano es poco empleado el vocablo custodia, ya que excepcionalmente lo encontramos en algunas disposiciones legales..."³¹

Como se observa, el término que nos ocupa ha sido manejado sobre las cosas y no sobre las personas. En este orden de ideas diversos autores señalan lo

²⁹ Diccionario Enciclopédico Abreviado, 2ª. ed., España, Ed. Espasa Calpe, 1957, t. III, p. 111.

³⁰ De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 36ª. ed., México, Ed. Porrúa. México, 2007, p. 196.

³¹ Enciclopedia Jurídica electrónica, Jurídico Mx profesional, México, 2008 [Base de datos en CD-ROM] Consultado: 15-11-2010.

vago del término ya que su concepto se encamina a objetos y no meramente a seres humanos, en realidad en nuestros ordenamientos civiles existen rastros de que se da un carácter similar al depósito o secuestro judicial y a la custodia de los hijos, pero ante las críticas de considerar a las personas como cosas, y dados los crecientes cambios en cuestiones familiares y el aumento de conflictos de esta índole, se limitó el término, y actualmente la custodia se ve como el derecho de guarda de los hijos la cual deriva en una función especial, cuya esencia se funda en deberes humanísticos de índole social.

Maria de Montserrat Pérez Contreras en su análisis titulado “Reflexiones en torno a la custodia de los Hijos. La custodia compartida y las reformas del 2004” nos dice sobre la Custodia Única:

“Tiene dos elementos que determina su naturaleza y que confirman la guarda y custodia para uno de los padres.

El primero de los elementos es el que se denomina custodia legal, que implica al conjunto de derechos y obligaciones del padre o de la madre para hacer y tomar decisiones fundamentales e importantes que afectan todos los aspectos de la vida del menor. (Educación, salud, cuidado médico, práctica religiosa, residencia del menor, clases extracurriculares, métodos disciplinarios, permisos para manejar, entre otros).

...La custodia física, se señala que se refiere exclusivamente al tiempo (presencial o material) que se comparte o dedica al menor directamente, mediante la participación de los padres en el cuidado del menor. Obviamente uno de ellos conserva esta custodia permanentemente al tener la custodia provisional o definitiva del menor y el otro la ejercerá durante el tiempo de visitas que goce con el menor, en ejercicio del derecho de convivencia. Es decir, ésta es plena para uno de ellos y/o limitada para el otro en virtud de una resolución judicial o por acuerdo entre los padres”³².

Por su parte el vocablo Guardar, según lo establecido por Iván Lagunes Pérez en el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de investigaciones Jurídicas, deriva del germanesco *wardon* que significa cuidar, y del latín *custos*, derivado de *curtos*, forma agente del verbo *curare*, que también quiere decir cuidar.³³

³² Pérez Contreras, María, *Reflexiones en torno a la custodia de los hijos, la custodia compartida y las reformas del 2004*, (en línea), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, (citado: 19-11-2010), Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número 116, p. 8. Formato pdf, Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=116>

³³ Diccionario Jurídico Mexicano, *op. cit.*, nota 2, p. 1555.

Según sostiene Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara en su Diccionario de Derecho, significa cuidar, custodiar, vigilar o cumplir.³⁴

El mismo diccionario nos señala que por "guarda de los hijos" entenderemos, desde el punto de vista jurídico, a la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados, con la diligencia propia de un buen padre de familia, esto incluye las facultades y deberes que competen ordinariamente a quienes ejercen la patria potestad o tutela.³⁵

La Enciclopedia Jurídica Digital Jurídico Mx Profesional refiere:

"Guarda: Obligación impuesta por la ley al propietario de una cosa o animal, y a la persona que se sirve de ellos, de impedir que esa cosa o animal causa daño a terceros. Guarda de los hijos: En esta acepción genérica se comprende una custodia que en gran parte incluye las facultades y deberes que competen ordinariamente a quienes ejercen las funciones de patria potestad o tutela, pero cabe distinguirla específicamente de la atención que también puede prestar un tercero autorizado debidamente para suplir la vigilancia que corresponde al ejercicio normal de aquellas funciones. Es de observarse que, al menos en su origen, la figura que analizamos implicaba la obligación de conservar en calidad de depósito la persona de los descendientes inmediatos conforme a instrucciones precisas. Por extensión se llama además "guardador de hijos", a la condición de hecho en que se coloca aquella persona que acoge bajo su dependencia habitual a un menor sin que hubiese quien ejerza la patria potestad sobre el y no tenga tutor. El derecho de guarda de hijos resulta por tanto una función especial cuya esencia reside en potestades y deberes correlativos que confiere la naturaleza dentro del compromiso humanístico de solidaridad social, o la ley al poner en mano de personas extrañas a los padres, la persona de sus vástagos en forma inmediata, temporal, confidencial y restituible. En nuestro sistema legal los que ejerzan la patria potestad y los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos, cesando su responsabilidad cuando los incapacitados se encuentren bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, talleres, etc. pues entonces les corresponde a éstos. Cabría clasificar la guarda fide los hijos como general y especial, según que derive del ejercicio de una facultad natural o legal que imponga al titular la obligación de custodiarlos, o porque derive del mandato expreso conferido por el titular del derecho para establecer dicha custodia eventualmente. En el primer caso estaremos en la presencia de una atención ilimitada, mientras que en el segundo el control se restringirla a los fines que determinaron la necesidad de la medida ordenada. No obstante creemos que el guardador siempre deberá actuar con plenitud de facultades y obligaciones, mientras no le sean expresamente prohibidas por quien le confirió el cargo o por la ley. Hay casos de conflictos regulares, sobre todo en los procedimientos de divorcio o de nulidad del matrimonio, y por ello se faculta al juez competente para fijar discrecionalmente en poder de cuál de los cónyuges han de quedar los hijos, tomando en cuenta fundamentalmente la conveniencia de estos, sin perjuicio de

³⁴ De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, *op. cit.* nota 26, p. 286.

³⁵ *ibidem.* 1555

oírlos personalmente cuando tuvieran suficiente discernimiento para modificar el lugar de residencia”.³⁶

Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señala lo que comprende la guarda, en la siguiente tesis:

“MENORES DE EDAD. SU OPINIÓN, AUNQUE NECESARIA, NO ES PREPONDERANTE PARA DECIDIR SOBRE SU GUARDA Y CUSTODIA

La interpretación sistemática de los artículos 133 y 157 del Código Civil del Estado permite establecer que en la sentencia de divorcio se fijará en definitiva la situación respecto a la patria potestad y la custodia de los hijos; asimismo, que el Juez durante el procedimiento, de oficio o a petición de parte, se allegará los medios necesarios para ello, debiendo escuchar a ambos progenitores y a los menores, a fin de justificar la necesidad de la medida y, en todo caso, con el propósito de proteger el derecho a la convivencia con los padres procurando, hasta donde lo estime oportuno, respetar la elección de los propios hijos expresada libremente, salvo que exista peligro para el menor. Sin embargo, aun cuando la voluntad del hijo debe ser tomada en cuenta, esa sola exteriorización no puede ser determinante para que el juzgador decida su situación, pues debe analizar cuidadosamente las circunstancias particulares del caso concreto a través de todos los medios probatorios que obren en autos, para sustentar el delicado asunto de decidir sobre su guarda y custodia, que implica esencialmente su vigilancia, protección y cuidado, como medios para educarlos física y espiritualmente a efecto de procurarles un óptimo desarrollo integral, cuestión que debe responder a un interés superior al individual y a la voluntad de las partes con la finalidad de alcanzar el objetivo para el cual fue creada esa figura y no hacerlo sólo conforme a los deseos de una de las partes. Así, sólo tendría especial preponderancia la voluntad del menor cuando (no obstante la propuesta de circunstancias privilegiadas) se niega a irse con quien le hace el ofrecimiento, porque es ante esta eventualidad cuando sí resulta fundamental e indispensable respetar esa manifestación y conocer los motivos que justifiquen su negativa; de lo contrario, so pretexto de mejores condiciones, se estaría obligando al menor -contra su voluntad- a una situación no deseada; fuera de ello, no basta que el menor decida irse con uno de los padres y que éste goce de una situación económica más holgada para estimar, por ese solo hecho, que sea adecuado otorgarle la guarda y custodia, sino que es indispensable analizar el entorno en el cual se encuentra y en el que, en su caso, se desenvolvería junto con el progenitor que elija, para tomar la decisión que le sea más favorable.”³⁷

Cabe señalar que la guarda y custodia se origina cuando se ejerce por los padres o abuelos paternos o maternos la patria potestad, o se es tutor, por lo que su ejercicio depende de ellas, aunque también puede establecerse por orden de un Juez Familiar en los Procedimientos de divorcio o de nulidad de matrimonio.

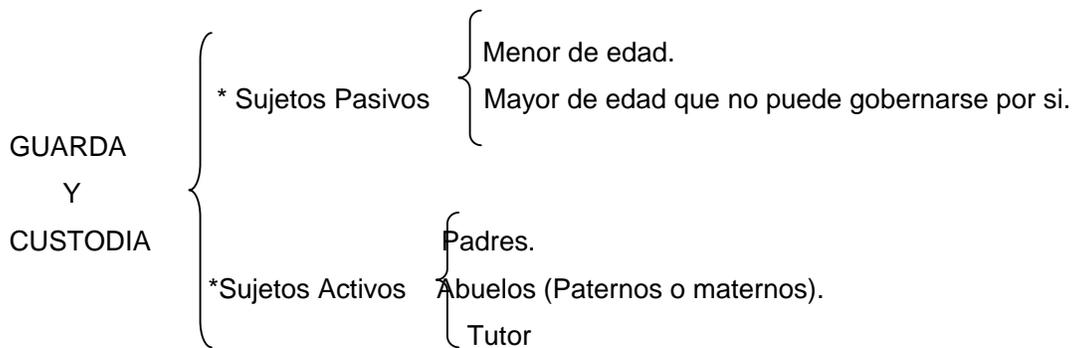
³⁶ Enciclopedia Jurídica electrónica, *op. cit.*, nota 27, consultado 15-11-2010.

³⁷ Tesis VII.3o.C.31 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, octubre de 2002, p. 1405.

Tras el estudio de las definiciones separadas de custodia y guarda puedo concluir que ambos describen el cuidado de algo: el primer término hace referencia a las cosas u objetos, mientras que el segundo señala el cuidado respecto de las personas, así pues del estudio terminológico fácilmente la figura en estudio podría confundirse con la Patria Potestad.

No obstante ello, a diferencia de la guarda y custodia, la patria potestad puede ejercerse a distancia, y no exige que entre el progenitor y el hijo exista una convivencia. Cabe aclarar que la guarda y custodia se ejerce sobre las personas, específicamente sobre los menores de edad o aquellos mayores de edad que no pueden gobernarse por si mismos.

En esta figura jurídica intervienen los siguientes sujetos:



El menor de edad o mayor de edad que no pueda gobernarse por si, estará bajo el cuidado de sus padres en primer termino, de faltar estos estará bajo el cuidado y protección de los abuelos, y en caso de que estos se encuentren imposibilitados de derecho o de hecho para ejercer la patria potestad se designará al menor de edad o al mayor de edad incapaz, un tutor.

Es posible clasificar la guarda de los hijos como general y especial, según que derive el ejercicio de una facultad natural o legal, que imponga al titular la obligación de custodiarlos, o porque derive del mandato expreso conferido por el titular del derecho para establecer dicha custodia eventualmente. En el primer caso se esta en presencia de una atención ilimitada, mientras que en el

segundo, el control se restringe a los fines que determinaron la necesidad de la medida ordenada.

Se modifica la guarda y custodia, de mutuo acuerdo de quien la ejerce, o por sentencia dictada por un Juez y se extingue por muerte de los afectados, por vencimiento del plazo prefijado, por la conclusión de la patria potestad o de la tutela que le dio origen o por resolución judicial dictada por un Juez de lo Familiar.

Nuestro Código Civil se refiere en el divorcio a la guarda o custodia de los hijos o incapaces regulando en el artículo 267 que es un requisito para tramitar la disolución del vínculo matrimonial la presentación de una propuesta de convenio, el cual deberá contener, entre otras cosas, la designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, y las modalidades del ejercicio del derecho de visitas para el padre que no cuente con la guarda y custodia.

Por otra parte, en la hipótesis normativa prevista en el artículo 282 al referirse a las medidas provisionales que se pueden decretar en el procedimiento de divorcio, claramente indica que se deberá poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, y en caso de no estar de acuerdo el Juez de lo Familiar decidirá al respecto.

Sin embargo establece que puede darse la custodia compartida si los cónyuges así lo han pactado.

No obstante lo anterior, el artículo 282 del Código Civil del Distrito Federal otorga el derecho a la madre al señalar que los menores de 12 años deberán permanecer al lado de ella, sin importar su situación económica, excepto en aquellos casos donde exista violencia familiar provocada por la progenitora.

El artículo 283 determina que la sentencia de divorcio deberá establecer la situación de los hijos menores de edad, y por ende, contendrá lo relativo al ejercicio de la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; lo relativo a

la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores, y viceversa, es decir el derecho de los padres de convivir con los hijos.

Aunado a lo anterior, contendrá las medidas necesarias para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que lastime u obstaculice su desarrollo armónico y pleno, así como lo relativo al pago de alimentos a favor de los hijos, y las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar

Por su parte, según lo establecido en el artículo 283 Bis, en la sentencia de divorcio, se deberá garantizar que los padres del menor de edad cumplan con las obligaciones de crianza.

En este orden de ideas el artículo 315 señala que quien ejerza la patria potestad o el progenitor que tenga la guarda y custodia del menor, tiene la acción para pedir el aseguramiento de los alimentos.

Aunado a ello, el Código Civil para el Distrito Federal, normaliza en el artículo 323 Quintus que se considera violencia familiar la que se ejerce contra la persona que esté sujeta a custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa.

El artículo 380 señala que para el caso de que los padres no vivan juntos y reconozcan a un hijo al mismo tiempo, convendrán cuál de los dos ejercerá su guarda y custodia; mientras que el artículo 381 señala que para el caso de que los padres no vivan juntos y reconozcan en tiempos distintos a un hijo, ejercerá la guarda y custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que ambos convinieran otra cosa entre ellos.

El artículo 414 Bis enumera las obligaciones de crianza para quien ejerce la patria potestad y la guarda y custodia. Entre estas obligaciones encontramos la de procurar la seguridad física, psicológica y sexual; la de fomentar hábitos

adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como la de impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares; entre otras.

Así mismo, nos indica que se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades señaladas, salvo en aquellos casos en que el progenitor tenga jornadas laborales extensas.

Ésta hipótesis normativa, no exime a los progenitores al cuidado de sus hijos, por lo que considero que en caso de aludir al incumplimiento de las obligaciones de crianza bajo la justificación de jornadas laborales extensas, el ascendiente deberá acreditar debidamente esas jornadas, así como acreditar que el tiempo no laborable cumple con las obligaciones descritas en el artículo 414 Bis del Código Civil del Distrito Federal.

Si no se desvirtúa el incumplimiento de estas obligaciones se tendrá como consecuencia, las hipótesis contenidas en las fracciones IV y/o V del artículo 444 del Código Civil, a efecto de perder por resolución judicial la patria potestad

El artículo 416 establece que en caso de que los progenitores se separen, ambos deberán seguir cumpliendo con sus obligaciones para con los menores de edad, y podrán convenir en lo relativo a la guarda y custodia de los mismos.

Por su parte el artículo 417 señala que en caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, deberá oírse a los menores sin importar la edad que estos tengan. En este contexto, a efecto de que el menor sea adecuadamente escuchado, deberá ser asistido por el asistente de menores que para tal efecto designe el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.

Con relación al artículo antes descrito, el numeral 417 Bis nos dice que se entenderá por asistente de menores al profesional en psicología, trabajo social o pedagogía exclusivamente, adscrito al DIF-DF u otra institución avalada por

éste, que asista al menor. Este asistente sólo estará para efecto de facilitar la comunicación libre y espontánea del menor y darle protección psicoemocional.

En diversos numerales se señala que para ejercer la guarda y custodia, se tomará como base el interés superior del menor, y que en caso de desacuerdo para el ejercicio de este derecho se estará a la determinación del Juez de lo Familiar, quien resolverá de acuerdo a lo dispuesto en el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles.

También el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal contiene diversas disposiciones respecto a la figura que nos ocupa, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 06 de septiembre de 2004, se reformaron y adicionaron diversas disposiciones en materia de Guarda, custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad, tales son los artículos 205, el primer párrafo del artículo 255; el artículo 73 Bis, un último párrafo al artículo 114, un segundo párrafo al artículo 123, el artículo 255 y los artículos 941 Bis, 941 Ter, 941 Quater, 941 Quintus, 941 Sextus; cabe señalar que este mismo decreto modificó la denominación del Capítulo Único del Título Decimosexto De las controversias de orden familiar, para quedar con el nombre de “Disposiciones Generales”.

En este contexto, es importante referir que el artículo 73 Bis del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, fue derogado en el año 2009, dicho artículo señalaba:

“Artículo 73 Bis.- Los jueces de lo familiar, respecto a la convivencia de menores, podrán emplear:

I. Arresto hasta por 36 horas.

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

No obstante lo anterior se debe precisar que ello no implica necesariamente que no existan medios de apremio para hacer cumplir las determinaciones de los Jueces de lo Familiar. El artículo 73 vigente del mismo ordenamiento establece medios de apremio, los cuales tienen como finalidad conseguir el cumplimiento de las determinaciones que dicten todos los Jueces.

La hipótesis normativa señalada en el numeral 114 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece los casos en que las notificaciones se harán personalmente en el domicilio señalado por los litigantes, en la parte que nos interesa refiere que serán notificadas personalmente las diligencias que se refieran a la entrega del menor.

Por su parte el numeral 123 refiere que las notificaciones posteriores a la primera, se harán a través del Boletín Judicial, salvo cualquier disposición establecida en la Ley o por el Tribunal. Asimismo establece los casos en que las notificaciones personales se harán en el Tribunal o Juzgado respectivo. El artículo 205 establece como medio preparatorio al juicio la separación de personas.

Respecto del artículo 255 se debe señalar que en el año 2008 fue reformado de nueva cuenta, a fin de incorporar como requisito de la demanda en casos de divorcio, la propuesta de convenio, debiendo ofrecer las pruebas tendientes a acreditar la procedencia de la propuesta de convenio.

Ahora bien, es necesario hablar de la guarda y custodia alternada y compartida, pues resulta un concepto novedoso y poco estudiado en nuestra legislación.

Debemos partir de una definición para las figuras en estudio, por lo que entenderemos por guarda y custodia alternada al sistema que permite que el hijo viva en forma rotativa en contacto directo e íntimo con cada uno de sus progenitores y no con uno de ellos solamente. La guarda alternada permite que el hijo viva por lapsos, a veces prolongados, con cada uno de sus padres, ejerciendo ellos por turnos la autoridad parental. Esta convivencia logra mantener la confianza y el afecto filial que el divorcio suele interrumpir, sin embargo, diversos autores critican a esta figura, ya que la misma no ofrece estabilidad moral y material al hijo que debe cambiar periódicamente de hogar, de escuela, de ciudad o país, con grave daño para su formación educacional y su vida de relación, pues lo aleja de sus compañeros, maestros y amigos.

Por su parte entenderemos a la Guarda Conjunta o Compartida como el sistema que evita que a uno de los progenitores se le prive de autoridad parental, y nace cuando de común acuerdo los progenitores convienen a quien corresponderá el cuidado personal del hijo, obligándosele al otro a una cooperación en lo posible igual a la existente antes de la separación; en este sentido, el ascendiente que no cuente con la guarda compartida será oído en las resoluciones importantes que deban adoptarse en interés del hijo. La guarda compartida permite que el hijo ignore o se olvide de la existencia del divorcio de sus padres e impide que uno de los progenitores tenga prioridad sobre el otro. En el establecimiento de la guarda conjunta no basta el simple acuerdo de los progenitores, se requiere fundamentalmente la ratificación del Juez, quien al resolver sobre la petición deberá considerar los intereses superiores del hijo como el único factor decisivo.³⁸

La custodia compartida es una figura nueva en nuestro Código Civil, pues se integro en las reformas hechas a este ordenamiento en el año 2004; es importante hacer hincapié en que la custodia se compone de dos elementos, la custodia legal y la custodia física, por lo que según Maria Montserrat Pérez, la custodia compartida es aquella en la que ambos padres comparten la custodia física y la legal, es decir, comparten derechos y obligaciones incluidas, por lo tanto, lo relativo a la manutención, educación y la toma de decisiones.³⁹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el año 2007 señaló en su tesis “CUSTODIA COMPARTIDA PREVISTA EN LOS ARTÍCULOS 282, FRACCIÓN V Y 283 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, ELEMENTOS QUE DEBEN TOMARSE EN CUENTA PARA DECRETLARLA.”⁴⁰, elementos

³⁸ Cruz Ponce, Lisandro, *Derecho de la Niñez*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1990, p. 66.

³⁹ Pérez Contreras, María, *op. cit.*, nota 28, p. 8.

⁴⁰ Tesis: I.3o.C.645 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, Octubre de 2007, p. 3120.

tales como la opinión del menor y la permanencia plena e ilimitada con ambos padres.

En este segundo elemento, se deben atender diversos aspectos, tales como la situación familiar que impera en el entorno del menor, el trato o la relación que guardan los padres entre sí, las circunstancias que en su caso dieron origen a la separación o al divorcio, la conducta de éstos para con los menores, cuestiones tales como el lugar de residencia de los padres, el de la escuela del menor, la facilidad de traslado para estos lugares, además de las diversas actividades que pudiera realizar el menor.

En este contexto, resulta interesante señalar que las legislaciones extranjeras han manejado estas figuras con anterioridad.

El autor Lisandro Cruz Ponce en su texto titulado “Patria Potestad y guarda alternada y conjunta o compartida”, señala para el caso de la guarda conjunta que hay quienes consideran que fueron los tribunales del *Common Law*, los que primero consideraron que no era posible privar del ejercicio de la patria potestad al padre meritorio, cuyo comportamiento no fuere objeto de reproches.⁴¹

La Convención sobre los Derechos del Niño, obliga a los Estados a respetar el derecho del niño a mantener contacto y relaciones personales de forma regular con sus padres, así como la obligación de los Estados a posibilitar el ejercicio de la responsabilidad que estos tiene en la educación, cuidado y crianza de los menores.⁴²

La comisión Europea aprobó la carta del Derecho de Familia presentada por la Santa Sede a todas las personas, instituciones y autoridades interesadas en la misión de la familia en el mundo contemporáneo del 22 de octubre de 1983, la

⁴¹ Cruz Ponce, Lisandro, *op. cit.*, nota 34, p. 67.

⁴² Guerra Malo, Braulio, *Compendio de derecho Internacional*, México, Universidad Autónoma de Querétaro, 2000, p. 17 a 19.

cual recoge el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores después del divorcio.

En aplicación de esta norma países como Finlandia, Suecia, Dinamarca, Portugal, Bélgica, Italia y Francia han recogido en su normativa la guarda y custodia compartida como norma preferente, han generalizado la mediación familiar y potenciando la liquidación inmediata de los gananciales.

En Francia, por ejemplo, la Ley 87/570 del 22 de julio de 1987, establece los dos tipos de guarda y custodia. En el artículo 5 de la Ley, se establece la modificación al artículo 287 del Código Civil Francés, regulando que en consideración a los intereses de los hijos menores, la autoridad parental será ejercida en común por ambos progenitores cuando lo soliciten los dos o solo uno de ellos, en este caso cuando la autoridad parental se ejerza en común el Juez determinará la residencia que habitualmente ocuparán los hijos.

En España el tema de la custodia compartida se encuentra regulado en la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, este ordenamiento parece ser el antecedente más cercano a las reformas del 03 de octubre de 2008 de nuestro Código Civil, ya que establece lo relativo al divorcio unilateral y su procedimiento. Respecto de la guarda de los menores, la Ley 15/2005 regula el establecimiento de la guarda y custodia compartida, la cual se acordará cuando los padres lo soliciten en el convenio regulador, o en caso de que no haya acuerdo el Juez la determinará previo informe del Fiscal.

Asimismo establece que no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres este en proceso penal ó cuando el Juez advierta la existencia de violencia doméstica.

Gloria Sánchez Castrillo, en su artículo denominado “Divorcio exprés y nuevos matrimonios: últimas reformas al Código Civil”, señala que abogados de familia aseguran que aunque la custodia compartida se venía dando cuando no había acuerdo entre las partes, esta figura no se recogía expresamente en ninguna

norma.⁴³ En este orden de ideas, podemos decir que es aparentemente nueva la regulación de figura de la guarda y custodia compartida en la Legislación española.

En Canadá es regulada la guarda conjunta y la alternada, para esta última la destacada jurista canadiense Marie Pratte, señala que es raramente atribuido por los jueces de su país.

Asimismo, la autora señala que en Canadá los jueces acogían la guarda común solo cuando ambos padres la solicitaban, pues se suponía que entre ellos no existían conflictos. Aunado a ello, la jurista afirma que los tribunales en Quebec admitían la custodia compartida cuando tenían la certeza de que los padres cooperarían desentendiéndose de agravios y rencores pasados.⁴⁴

Hoy se decreta libremente, pues se considera que es el mejor medio de proteger los intereses de los hijos.

2.2.1 Naturaleza Jurídica de la guarda y custodia

La Naturaleza Jurídica de la guarda y custodia es la de ser un derecho de orden público, toda vez que los padres tienen la obligación de educar, alimentar, proteger y cuidar a sus hijos menores de edad, es un derecho imperativo-atributivo ya que existen normas que al mismo tiempo que imponen deberes otorgan facultades.

Dicho derecho de los padres debe ser igualmente de interés social, pues como lo he manifestado a lo largo del presente trabajo, el desarrollo físico, mental y emocional de los niños es fundamental en la sociedad.

⁴³ Sánchez Castrillo, Gloria, "Divorcio exprés y nuevos matrimonios: últimas reformas al Código Civil", *Lex nova: La revista*, España, número 41, julio-septiembre de 2005, p. 32-35, Formato pdf. Disponible en: http://www.lexnova.es/pub_In/revistas/revista_In/Revista41/08_Informe.pdf

⁴⁴ Cruz Ponce, Lisandro. "La garde conjointe dans enfants de familles desunies", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXIII, núm. 69, septiembre-diciembre de 1990, p. 1097-1098.

2.2.2 Diferencia de la guarda y custodia y la patria potestad.

Para poder determinar las diferencias de la patria potestad y de la guarda y custodia debemos entender cuales son las características y el concepto de la patria potestad, en este orden de ideas referiré diversos autores con el fin de conocer la concepción que se le da a la figura en cuestión.

El vocablo patria potestad viene del latín “*pater*” que significa padre; y potestad también del latín “*potestas, potestatis-potis*” que significa poder, protección. Es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a los hijos menores de edad, no emancipados, es una función propia de la paternidad y de la maternidad.⁴⁵

El maestro Ernesto Gutiérrez y González nos dice que la patria potestad es el conjunto de deberes que la ley impone, en primer lugar, al padre y a la madre, respecto de sus descendientes en primer grado, incapaces por cualquier causa, para su educación y custodia, así como para la guarda de sus bienes patrimonial pecuniarios⁴⁶.

Para Raúl Chávez Castillo la patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y los bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado⁴⁷.

Por su parte el Licenciado Raúl Lozano Ramírez, señala que la patria potestad es el conjunto de facultades y obligaciones que la ley concede a los padres, sobre las personas y los bienes de sus hijos menores de edad, para su guarda y custodia. Asimismo indica que las palabras patria potestad vienen del latín

⁴⁵ Se omite el nombre del autor, *300 Preguntas y respuestas sobre Derecho Familiar*, México, Ed. Sista, 2005, p. 116.

⁴⁶ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 22, p 432.

⁴⁷ Chávez Castillo, Raúl, *Derecho de familia y sucesorio*, México, Ed. Porrúa, 2009, p. 85.

patrius, patria, patrium, que se refiere al padre. Y *potestas* que se refiere a potestad. Es decir, la patria potestad es la potestad del padre⁴⁸.

Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Baez, definen a la patria potestad como la institución derivada del vínculo paterno-materno filial que relaciona ascendientes con descendientes. La patria potestad se define como el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres con respecto a la persona y bienes de sus hijos, desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, para su bien y protección mientras son menores, y para que los representen en tal periodo. Implica el derecho – obligación de alimentos, convivencia y educación⁴⁹.

Antonio Acevedo Bermejo dice que la patria potestad es la facultad que asiste a ambos progenitores para adoptar decisiones trascendentes en relación con la salud, formación y educación de los hijos comunes⁵⁰.

El maestro Mario Magallón Ibarra señala que en la actualidad se le considera a la patria potestad como una función que corresponde a quienes tiene la paternidad y, en concordancia a esa responsabilidad, se impone a padres e hijos como un deber de respeto y consideración mutua, cualquiera que sea su estado, edad y condición. La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos⁵¹

Entenderemos por Patria Potestad a la "institución que atribuye un conjunto de facultades y derechos de los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tienen para con sus descendientes".⁵² Por su parte el Doctor Miguel Ángel Quintanilla García señala que la patria potestad sobre los menores es un derecho fundado sobre la naturaleza y confirmado por la ley que da al padre y a la madre por un tiempo limitado y bajo ciertas condiciones

⁴⁸ Lozano Ramírez, Raúl, *Derecho Civil*, México, Ed. Pac, 2008, p. 261.

⁴⁹ Baqueiro, Edgard y Buenrostro, Rosalía, *Derecho de familia*, 2ª. ed., México, Ed. Oxford, 2007, p. 268.

⁵⁰ Acevedo Bermejo, Antonio, *El divorcio sin pleito*, España, Ed. Tecnos, 2009, p 132.

⁵¹ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *op. cit.*, nota 16, p 472.

⁵² Diccionario Jurídico Mexicano, *op. cit.*, nota 2, p. 2351.

la vigilancia de las personas, la administración y goce de los bienes de los hijos. La patria potestad consiste en el ejercicio de los derechos de alimentarlos, de educarlos, de vigilarlos y corregirlos y de administrar sus bienes.⁵³

De lo antes expuesto podemos decir que el objetivo de la patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones atribuidas a los ascendientes, con el fin de cuidar y proteger tanto a sus descendientes menores de edad (no emancipados) como el patrimonio de los mismos, la patria potestad se constituye en un doble aspecto, por una parte en cuanto al cuidado de los menores, es decir, a las personas, y por el otro lado en cuanto al patrimonio de los mismos. Aunado a lo anterior, cabe señalar que la patria potestad tiene las características de ser irrenunciable e intransmisible.

El código civil contiene dentro del libro primero “De las Personas”, el Título octavo “De la Patria Potestad”, que comprende los artículos 411 a 448, mismos que se organizan de la siguiente manera:

Capítulo I, Artículos 411 a 424 “De los efectos de la patria Potestad respecto de las personas de los hijos”.

Capítulo II, Artículos 425 a 442 “De los efectos de la patria Potestad respecto de los bienes del hijos”.

Capítulo III, Artículos 443 a 448 “De la pérdida, suspensión, limitación y terminación de la Patria Potestad”.

Así se corrobora que la patria potestad, se ejerce sobre las personas y los bienes de los hijos menores de edad no emancipados.

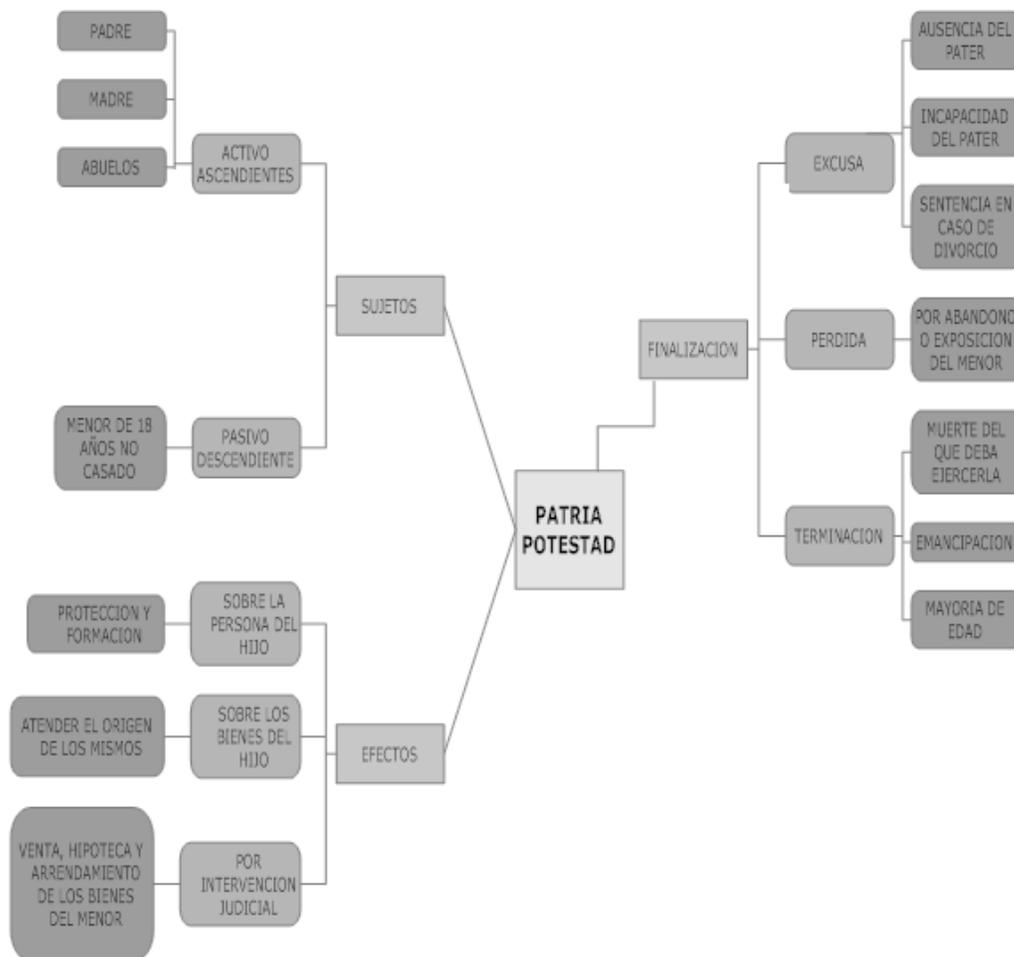
A modo de conclusión Francisco Jiménez García nos dice:

“El Código Civil para el Distrito Federal actualmente nos presenta a la institución de la patria potestad como un vínculo jurídico, básica y fundamental surgido entre los padres (padre y madre) y los hijos, generador de múltiples derechos y obligaciones con calidad de irrenunciables, sobre bases de respeto recíproco y buen ejemplo.

⁵³ Quintanilla García, Miguel Ángel, *Divorcio Expres*, México, Ed. Sista, 2010, p.118.

Es la Patria potestad una función encomendada por la naturaleza a los progenitores, y reconocida y fortalecida por el derecho. No cabe duda de que la patria potestad surge originalmente por el hecho natural de la procreación, y al derecho le corresponde reconocer el hecho estableciendo reglas para un funcionamiento óptimo, pues el Estado es el primer interesado en fortalecer a la familia, fuente primera de la grandeza de la sociedad.”⁵⁴

Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buen Rostro nos explican claramente, en su libro Derecho de Familia, la figura de la Patria potestad⁵⁵:



⁵⁴ Jimenez García, Joel, “La patria potestad. Su actual concepción en el Código Civil párale Distrito Federal”, *Revista de Derecho Privado*, México, nueva serie, número 12, septiembrediciembre de 2005, p. 27. Formato pdf, disponible en internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=derpriv&n=12>

⁵⁵ Baqueiro, Edgard y Buenrostro, Rosalía, *op. cit.*, nota 43, p. 266.

Por lo antes señalado puedo concluir que la diferencia esencial entre la guarda y custodia y la patria potestad radica en el objeto en el que recaen los efectos de cada figura, siendo para la primera el cuidado de los hijos menores de edad o los mayores de edad incapacitados, y para la segunda la protección de los hijos y los bienes de los mismos.

Igualmente es de señalarse que aunque en ambas figuras jurídicas son sujetos activos los padres, por lo que hace la guarda y custodia solo uno de los ascendientes la ejerce mientras que el otro tiene el derecho de visita, siempre que no se ejerza la guarda y custodia compartida; mientras que la patria potestad la ejercen simultáneamente, en este orden de ideas la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que aun cuando la guarda y custodia sea encomendada a uno de los progenitores, no existe perjuicio en que ambos ejerzan la patria potestad.

En resumen, Antonio Acevedo Bermejo señala:

“...si la patria potestad es la facultad que asiste a los progenitores de decidir sobre las cuestiones trascendentes que afectan a los hijos, la guarda y custodia consiste en el derecho a convivir con los menores, compartiendo domicilio, tras la separación o divorcio de sus padres. La patria potestad, se ejerce conjuntamente entre los padres, tomando las decisiones de común acuerdo aunque vivan separados, en tanto que la guarda y custodia de los hijos es frecuente que se asigne a uno solo de los padres, fijando a favor del otro un régimen de comunicaciones, visitas y estancias, salvo que exista un sistema de custodia compartida, en el que los progenitores se alternaran, por periodos de tiempo equivalentes, en la convivencia con los hijos, bien en sus respectivos domicilios o en la que fuera vivienda común.”⁵⁶

Finalmente, es de señalarse que el ejercicio de la guarda y custodia depende necesariamente de la Patria Potestad, en rigor jurídico, la custodia es un atributo inherente a la patria potestad.

2.3 Régimen de visita

La separación de una pareja implica necesariamente una desvinculación de los padres con los hijos, ya que el otorgamiento de la guarda y custodia de estos

⁵⁶ Acevedo Bermejo, Antonio, *op. cit.*, nota 46, p.133.

implica que uno de los padres no esté de tiempo completo con el o los menores de edad concebidos dentro del matrimonio.

Como regla general puede establecerse que el otorgamiento de la guarda de los menores a uno de los padres no implica la privación para el otro del derecho de tener comunicación con el menor, sin embargo puede existir el caso donde el ascendiente que tiene la guarda y custodia se resista a permitir la convivencia del padre que no tiene la posesión del menor, ignorando que el cónyuge que no ejerce la guarda, en tanto conserve la patria potestad, tiene derecho de vigilar la educación de los menores a través de un régimen de visita.

El derecho de visitas nace en Francia, en el año de 1857, surge como la posibilidad de que uno de los abuelos pudiera ir a ver y visitar a su nieto en la residencia habitual de éste (Sentencia de la Cour de Cassation francesa de 8 de julio de 1857).⁵⁷

De este modo podemos conceptualizar al régimen de visitas como la reglamentación de la comunicación entre el padre que no ejerce la guarda y custodia y el menor.

Diversos autores concuerdan en que el término “Régimen de Visita” es inapropiado, ya que esta figura va mas allá que una simple “visita”. Según el Diccionario de la Lengua Española el verbo visitar deviene del latín *visitare* que quiere decir: “Ir a ver a alguien en su casa por cortesía, atención, amistad o cualquier otro motivo”, por lo que estrictamente el termino resulta incorrecto, toda vez que esta figura se refiere al derecho del padre para comunicarse con su hijo menor, la cual no debe realizarse necesariamente como regla general por la visita del primero hacia el segundo y en el hogar del menor, de igual modo las visitas pueden realizarse en lugares abiertos determinados previamente por los padres o establecidos por el Juez, aunado a lo anterior esta facultad del padre no se refiere únicamente a acudir y satisfacer una

⁵⁷ Rivero Hernández, Francisco, *El derecho de visitas*, España, Ed. José Ma. Bosh, 1997, p. 21.

estancia física con su hijo menor de edad, sino también comprende aspectos como la vigilancia de la educación del mismo, proporcionarle alimentos, brindar afecto y en su caso contribuir en los gastos de salud que se requieran, sean físicos o mentales.

Es importante determinar para este efecto qué comprende el término "régimen de visita", por lo que atendiendo la ideología del autor Francisco Rivero Hernández, comparto en señalar que no se trata de un simple derecho a favor del titular (progenitores), sino:

"a) Es un complejo derecho deber,...cuyo adecuado cumplimiento no tiene por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores, sino también cubrir las necesidades efectivas y educacionales de los hijos en aras a su desarrollo armónico y equilibrado...

b) Como una función familiar y un derecho-deber en beneficio de los hijos...

c) Derecho de los progenitores que no tengan a los hijos y derecho de los hijos...

d) Derecho del menor a relacionarse con el padre,...imponer a aquel (el padre) la obligación de visitarlo...

De cuanto antecede parece que puede concluirse que la institución que nos ocupa cumple, efectivamente, una función familiar y de protección de la persona (sustancialmente, del menor): salvar lo más valioso, a veces lo único que quede de una familia rota o enfrentada."⁵⁸

Por otro lado, es de señalarse que el régimen de visitas tiene características semejantes a la patria potestad, pues tiene el carácter de ser intransferible y personal.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, señala en la Tesis Intitulada Derecho de visitas y convivencias. Su concepto, lo siguiente:

“DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. SU CONCEPTO.

Es una institución fundamental del derecho familiar en México, que tiene como finalidad regular, promover, evaluar, preservar y, en su caso, mejorar o reencausar la convivencia en el grupo familiar respecto de menores y, por ello, se encuentra por encima de la voluntad de la persona a cuyo cargo se encuentre la custodia del menor, por tratarse de un derecho humano principalmente dirigido a él, aunque también favorezca indirectamente a sus ascendientes y a quienes conforman dicho grupo."⁵⁹

⁵⁸ *Ibidem*, p. 389.

⁵⁹ Tesis: I.5o.C.107 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, Agosto de 2010, p. 2268.

Tesis: I.5o.C.107 C

Asimismo, la Corte ha señalado que el derecho de visita y convivencia con sus progenitores es de orden público e interés social, mismo que tiene por objeto lograr la protección, estabilidad personal y emocional del menor dándole afecto, calor humano, presencia personal, respaldo espiritual y respeto a su persona e intimidad.

El derecho de visita es una cuestión de orden público e interés social, dado que en su observancia está interesada la sociedad y el Estado, ya que de su efectivo cumplimiento, depende el desarrollo armónico e integral del menor que, en ocasiones, por causas ajenas a su voluntad, vive separado de uno o ambos progenitores.

Ahora bien, la finalidad del establecer un régimen de visitas es que el menor mantenga el mayor contacto posible con el padre con quien no vive, evitando de esta manera que la relación paterno filial se afecte por la separación de los padres; en palabras de Francisco Rivero Hernández el derecho de visitas tiene como finalidad fortalecer las relaciones humanas y la corriente afectiva entre titular y menor: protagonistas ambos, pero más valioso el interés del menor , *per se* y en caso de conflicto⁶⁰.

Para profundizar en esta figura es necesario señalar a los sujetos que forman parte de ella, en primera instancia el menor, quien no requiere mayor explicación, sin embargo es de señalarse que es la persona más interesada en el establecimiento de un régimen de visita, pues es de ella de quien nace esta figura. Es importante señalar que es el interés del menor el que hay que proteger por encima de todos, ya que las visitas constituyen parte importante para el desarrollo de su personalidad y son estas las que fortalecen su esfera social, es el interés del menor el que justifica y delimita de forma eminente el contenido y subsistencia de tal derecho.

En segunda instancia encontramos a los titulares de este derecho, es decir, las personas que pueden reclamar relaciones personales con el menor, y a las

⁶⁰ *Ibidem*, p. 390.

cuales la ley se los permite, de ahí que son titulares de este derecho: los padres del menor (dentro de la relación de matrimonio o concubinato), los sujetos que adopten y los ascendientes en segundo grado en atención a lo establecido en el artículo 941 Bis del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

Los progenitores que no tengan la guarda y custodia podrán reclamar las visitas puesto que al negárselas se afectaría el interés del menor y se dañaría el derecho de los padres.

Cabe aclarar, que el artículo 941 Bis del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, hasta antes de la reforma del 02 de febrero del año 2007, señalaba que a petición de parte interesada se podía resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus parientes por consanguinidad en línea colateral hasta por el cuarto grado.

Actualmente, el ordenamiento señala que la resolución provisional sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños será en relación con sus padres, es decir, únicamente ellos tendrán la facultad de visitar al menor, comunicarse con él, e incluso disfrutar de su compañía por lapsos largos, siempre y cuando la misma no afecte el desarrollo del menor de edad.

El régimen de visita debe ser señalado previa citación de los padres a la audiencia correspondiente, en la que se espera lleguen a un acuerdo, que en caso de ser logrado será respetado, y de lo contrario el Juez fijara lo conducente. La convivencia puede llevarse a cabo en un lugar previsto, que puede ser el hogar u otra localidad favorable para el desarrollo del menor o incapaz mayor de edad, como sería un establecimiento educativo o la casa de un tercero.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en su tesis titulada "CONVIVENCIA, RÉGIMEN DE. PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE DEBEN TENERSE EN CUENTA PARA SU CORRECTO DESARROLLO ENTRE MENORES Y SUS PROGENITORES, CUANDO ÉSTOS SE ENCUENTRAN SEPARADOS O

DIVORCIADOS.”⁶¹, señala que el régimen de convivencia se deberá ejercer en un ambiente de comprensión, amor y máximo respeto; de modo tal que la convivencia de los infantes con uno y otro de sus padres, no debe generarles ningún desequilibrio emocional, sino, por el contrario, que al convivir con cada uno de ellos se sientan queridos, respetados y protegidos, nunca manipulados o utilizados para satisfacer diversos intereses. Asimismo establece que el hecho de que los ascendientes se encuentren separados o divorciados no implica que no puedan ser excelentes guías parentales, incluso mejores que si vivieran juntos.

Finalmente, concluye señalando que las anteriores reflexiones encuentran sustento en el hecho de que el derecho de familia es un conjunto de normas jurídicas dirigidas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, propiciándose así las condiciones para que se desarrollen las relaciones conyugales y consanguíneas constituidas por un sistema de derechos y obligaciones, poderes, facultades y deberes entre consortes y parientes, e incluso, tales facultades y deberes de carácter asistencial surgen entre los padres, hijos, parientes colaterales (hermanos, tíos, sobrinos, etcétera), y tienen como objetivo tutelar y fortalecer las relaciones y los derechos entre ascendientes y descendientes, sujetándose a las normas fundamentales establecidas para la protección de los hijos.

En conclusión el derecho de visita, tiene como finalidad cubrir las necesidades afectivas y educativas de los menores en aras de un desarrollo equilibrado entre ambos aspectos, se trata de un derecho afectivo que únicamente se satisface en el ámbito familiar, mismo que al llevarse a cabo permite la manifestación de sentimientos necesarios para el desarrollo de los menores y de sus progenitores en una situación que de inicio podría dificultarlo (separación o divorcio), y cuyo único fundamento es atender el interés superior del menor.

⁶¹ Tesis: II.2o.C.520 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XXVII, Abril de 2008, p. 2327

CAPITULO III ANALISIS JURIDICO DE LA REGULACION DE LA GUARDA Y CUSTODIA

En este capítulo haré un análisis jurídico de nuestra legislación vigente, y aun sabiendo que la guarda y custodia y el régimen de visita nace de figuras como la nulidad de un matrimonio y de un divorcio, limitare este análisis a las disposiciones establecidas para el segundo caso.

Es importante señalar que son los menores de edad los seres más vulnerables en nuestra esfera social, en razón en lo anterior los legisladores tienen la obligación de crear leyes que garanticen sus derechos y proporcionen el buen desarrollo emocional, mental y físico de los menores.

En la actualidad con las reformas del mes de octubre del año 2008 al Código Civil para el Distrito Federal, nuestros legisladores han dejado a la suerte de un incidente a los menores de edad, y las lagunas que en la ley existen para su protección son inmensas, pues tal parece que es más trascendental la disolución del vinculo matrimonial que asegurar la protección del niño o los incapaces, y deben considerarse las medidas necesarias para proporcionar a los padres esta facultad sobre sus hijos, ya que el simple hecho de ser progenitor no debe ser elemento necesario para su atribución, pues está en juego el desarrollo y feliz infancia de los menores, así como la salud social del país.

3.1 Código Civil para el Distrito Federal.

Como señale en el capitulo inmediato anterior, existen en nuestro Código Civil Vigente diversas disposiciones que hacen mención a la figura de la guarda y custodia, sin embargo, desde mi punto de vista ninguna de ellas nos da requisitos elementales para su designación.

A continuación haré un breve análisis de los artículos que considero de vital importancia para la designación de la guarda y custodia de un menor. El

Artículo 259 del Código Civil vigente nos hace referencia a la guarda y custodia en los casos de nulidad de matrimonio en los siguientes términos:

“Artículo 259.- En la sentencia que declare la nulidad, el Juez de lo Familiar resolverá respecto a la guarda y custodia de los hijos, el suministro de sus alimentos y la forma de garantizarlos.
Para tal efecto, el padre y la madre propondrán la forma y términos de los mismos; de no haber acuerdo, el Juez resolverá atendiendo a las circunstancias del caso.
En ambos supuestos, deberá oírse previamente a los menores y al Ministerio Público.”

El artículo que antecede nace como ya señale a raíz de la nulidad del matrimonio, de él se puede decir que, parece más relevante aclarar las condiciones y manejo de los alimentos para el menor, que el cuidado en sí del mismo, es decir, la parte económica correspondiente a su protección. Se establece que los padres deberán garantizar los alimentos, esto puede ser con bienes suficientes para la manutención del menor o con un descuento establecido al salario del padre, sin embargo, aspectos como la felicidad y la estabilidad psicológica y emocional del niño no pueden garantizarse de ningún modo a un menor de edad o un incapaz que se encuentra inmerso en una situación familiar como la nulidad del matrimonio de sus padres, no es posible garantizar con nada un desarrollo pleno y normal, pues depende necesariamente de las relaciones filiales en las que se desenvuelva el niño.

Con respecto a la guarda y custodia en el divorcio, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 06 de septiembre de 2004, estando al cargo de Jefe de Gobierno el Licenciado Andrés Manuel López Obrador, y como Secretario de Gobierno Alejandro Encinas Rodríguez, se firmo el Decreto por el que se reformaron y adicionaron diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en materia de Guarda, custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad, estas disposiciones fueron la fracción V del artículo 282, el párrafo segundo del artículo 293; además, se adicionaron un párrafo segundo al artículo 411, un párrafo tercero al artículo 417 y dos fracciones al artículo 447; y se reformaron el artículo 283 en su primer párrafo, y la adición de dos párrafos, posteriormente estos artículos fueron reformados en el año 2007, con excepción de los artículos 417 y 447.

Las hipótesis normativas de los artículos 282 y 283, fueron desarrolladas en párrafos anteriores. Por su parte el artículo 411, establece las características de la relación entre ascendiente y descendiente, siendo estas el respeto y la consideración mutua, asimismo señala que es responsabilidad de quien ejerce la patria potestad relacionarse de manera armónica con sus hijos menores de edad.

En el numeral 417, prevalece la idea de oír al menor en caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, en este sentido a efecto de que el menor sea escuchado será necesario que sea socorrido por el asistente de menores que para tal efecto designe el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, así como el Ministerio Público adscrito al Juzgado Familiar de acuerdo a lo establecido en el artículo 941 Bis del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

Finalmente, el artículo 447 establece los supuestos para la suspensión de la patria potestad.

Con las reformas en materia de divorcio del año 2008, se reformaron los artículos 266, 267, 271, 277, 280, 282, 283, 283 bis, 287, 288 y se derogaron los artículos 273, 275, 276, 278, 281, 284, 286 y 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal, por lo que los artículos relativos a la guarda y custodia son 267 fracciones I y II, 282 fracción I del apartado A y Fracciones II y III del apartado B, 283 y 283 bis, mismos que se analizarán en seguida.

El Artículo 267 del Código Civil a la letra dice:

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

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

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

Este artículo fue totalmente modificado con las reformas de octubre del año 2008, recordemos que contenía las causales materia del divorcio necesario, y dado el cambio tan drástico que tuvo se puede señalar en cuanto a las fracciones I y II que, si bien es cierto que debe determinarse a la persona que tendrá la guarda y custodia de los menores o incapaces, no se señala en que términos debe de establecerse, aunado a lo anterior no delimitando ese derecho los padres pueden a su conveniencia auto designarse sin importar si son o no aptos para el cuidado del menor o del incapaz, partiendo de la idea de que los padres estén en desacuerdo, igualmente deja abierta la posibilidad de que no sea ninguno de los padres quien ejerza el derecho de proteger al niño o al incapaz.

Por su parte el Artículo 282 señala:

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

A. De oficio:

I.- En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las documentales exhibidas en los convenios propuestos, tomará las medidas que considere adecuadas para salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, incluyendo las de violencia familiar, donde tendrá la más amplia libertad para dictar las medidas que protejan a las víctimas;...

B. Una vez contestada la solicitud:

I.-...

II. - Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio. En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.

Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

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

La primera parte de este artículo hace referencia a las facultades otorgadas al Juez de lo Familiar de emitir las medidas provisionales respecto de la guarda y custodia de los hijos cuando se solicita el divorcio, la cual puede ser otorgada a cualquiera de los padres, si existe un acuerdo previo respecto de esto la

decisión no es cuestionada y el Juez de lo Familiar la aceptará siempre que no sea contraria a derecho, las buenas costumbres o dañe el interés del menor; el problema deviene cuando los padres por amor, coraje, desidia o cualquier motivo no acuerdan quien es la persona adecuada para el cuidado de los menores o de los incapaces, en tal caso será el Juez de lo Familiar quien haciendo uso de sus facultades tomará la decisión considerando todas las pruebas aportadas en el juicio previo, así como el desarrollo emocional, cultural, sexual y espiritual del menor o incapaz, así mismo será importante para el juzgador la situación familiar del menor, es decir, si tiene hermanos, la cercanía con la familia de su padre y de su madre, entre otros factores, no obstante lo anterior no debe ser una tarea fácil decidir quien es el progenitor mas apto para el cuidado del menor.

Por otro lado la fracción II del apartado B del artículo en estudio, no delimita quien tiene derecho a ejercer la guarda y custodia, pues señala que se establecerá a “la persona que de común acuerdo designen los cónyuges”, no indica necesariamente que debe ser uno de los padres, y por lo tanto los allegados del menor o del incapaz, es decir abuelos, tíos, etc, pueden ejercer tal derecho libremente, siempre que los padres lo dispongan.

Ahora bien la crítica mayor a este artículo surge de la última parte del mismo, es decir, respecto de la preferencia materna para la designación de la guarda y custodia, pues el género sexual no implica tener la capacidad para el cuidado de los menores o de los incapaces.

Mas allá de la ideología de una sociedad, existen leyes nacionales que decretan la igualdad jurídica entre hombres y mujeres, así pues partiendo de la Supremacía Constitucional y jerarquía normativa señalada en nuestra Constitución Política en el Artículo 133, demostraré que tanto hombres como mujeres cuentan con el mismo derecho para ejercer la guarda y custodia sobre sus hijos menores de doce años o incapacitados.

Es contrario a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el artículo en comento, pues nuestra Carta Magna señala puntualmente en su artículo primero último párrafo y artículo cuarto:

“Artículo 1.- ...

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, **el género**, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana **y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.** (Reformado mediante decreto, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 04 de diciembre del 2006).

Artículo 4.- **El varón y la mujer son iguales ante la ley.** Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. (Reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974).”

Reforzando la garantía establecida en los artículos de la Constitución, el Estado mexicano emitió la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, misma que señala:

“Artículo 1. Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de interés social. **El objeto de la misma es prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona en los términos del Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,** así como promover la igualdad de oportunidades y de trato.

Artículo 4. Para los efectos de esta Ley **se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.** También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones.”

El mismo Código Civil para el Distrito Federal vigente señala en su artículo 2:

“Artículo 2.- **La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, identidad de género, expresión de rol de género, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrán negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de éstos.**”

Establecer una preferencia por la madre en cuestión de guarda y custodia genera un severo problema, pues va en contra de lo establecido en la

Constitución Política y en otros ordenamientos vigentes en el territorio nacional, además no garantiza un proceso justo basado en igualdad y en protección en y para la ley.

Cabe señalar que cualquier consideración de preferencia por razón de sexo practicada por los individuos que forman parte de la sociedad y por las autoridades que conforman nuestro gobierno, esta catalogada por la ley como una práctica discriminatoria no aceptada en nuestro esquema jurídico, y más aún, se considerará una violación a los derechos humanos y a las garantías fundamentales enmarcadas en nuestra Carta Magna.

Esto quiere decir, que el artículo en comento esta empapado de prejuicios al respecto del hombre, porque esta enfocado en el rol social que se asigna a éste en función de su sexo, en otras palabras, es lo que se espera que haga o no haga el hombre solo por el hecho de haber nacido hombre. Sin embargo, no existen estudios que acrediten que la capacidad educativa o amorosa del hombre para con sus hijos sea inferior que la capacidad de la mujer, y una cuestión tan trascendente como lo es la guarda y custodia de los hijos no debe de otorgarse basada en prácticas repetidas o costumbres sociales sin tener un criterio jurídico que la sustente.

Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la tesis denominada "GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DE EDAD. EL HECHO DE QUE PERICIALMENTE SE HAYA DETERMINADO QUE LA MADRE, DEBIDO A SU PROCESO DE SEPARACIÓN CON EL PADRE DEL MENOR, DEBA SOMETERSE A TRATAMIENTO PSICOLÓGICO, NO ES MOTIVO PARA CONSIDERAR QUE NO ES APTA PARA EL CUIDADO DE SU HIJO."⁶², misma que establece:

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

⁶² Tesis: II.3o.C.70 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, Diciembre de 2006, p. 1343.

La Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la cual México es parte, establece en su sexto principio que para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad del niño se requiere darle amor y comprensión, por ello, siempre que sea posible, el infante debe crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y sólo por causas excepcionales **un niño de corta edad puede ser separado de su madre, por ser quien tiene la presunción de ser la persona más apta para procurar el cariño, la comprensión, el cuidado y las atenciones necesarios para el menor.** Ahora bien, el hecho de que pericialmente se haya determinado que la madre debe someterse a tratamiento psicológico, para estar en mejores condiciones para hacerse cargo del niño, ya que se encuentra afectada emocionalmente por el proceso de separación que enfrenta con el padre del infante, no es motivo para considerar que aquella no sea apta para el cuidado del menor, sobre todo si no hay prueba de que la progenitora presente problemas relacionados con la psiquiatría o la psicología, en forma grave, que le impidan hacerse cargo de su hijo.

Esta tesis resulta obsoleta, pues sustentar la idea de que la mujer es más apta para brindar la atención y cuidado de los menores no es real, ya que los roles sociales anteriormente establecidos han cambiado. Ejemplo de ello, son los datos arrojados por el INEGI, respecto del porcentaje de población ocupada laboralmente, la cual es mayor en la mujer que en el hombre, como se ve en la siguiente tabla:

(Porcentaje de la población ocupada) Periodo	Total	Hombres	Mujeres
2006			
I	27.58	26.90	28.68
II	27.14	26.62	28.00
III	26.89	26.30	27.85
IV	26.62	26.09	27.63
2007			
I	26.82	26.31	27.61
II	27.03	26.64	27.66
III	27.00	26.59	27.68
IV	27.31	26.69	28.45
2008			
I	27.38	26.89	28.11
II	27.37	26.72	28.42
III	27.28	26.90	27.90
IV	27.03	26.56	27.97
2009			
I	28.14	27.46	29.18
II	27.98	27.36	28.98

NOTA: Debido al método de estimación, las series pueden ser modificadas al incorporarse nueva información.

FUENTE: **INEGI.** Series calculadas por métodos econométricos a partir de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE).⁶³

⁶³ Página electrónica del INEGI: www.dgcnesy.inegi.org.mx

Lo anterior implica que tanto el hombre como la mujer, están en condiciones de ejercer la guarda y custodia sobre sus hijos.

Aunado a lo antes expuesto, tal y como y lo señala Maria de Montserrat Pérez Contreras:

“No existen argumentos para descalificar a un padre respecto del otro en la crianza de los hijos, salvo aquellos promovidos por las prácticas culturales, roles y estereotipos de género que siempre perjudicarán a alguna de las partes, en este caso a uno o varios miembros de la familia. Asimismo, por el interés superior o el mejor interés de los menores, y en igualdad de condiciones y de circunstancias del hombre y la mujer, cualquiera de los padres esta capacitado y habilitado para el cuidado de los hijos”⁶⁴.

Finalmente, es de señalarse que si bien es cierto que la Carta Magna señala que la ley ordinaria se encargara de proteger la organización y el desarrollo de la familia, también lo es, como ya se señalo, que no debe de coartarse el derecho de las personas por cuestiones de sexo, pues ninguna disposición puede contravenir lo dispuesto en la Constitución, siendo la igualdad de sexos una garantía individual y fundamental de los gobernados, mas aún, debemos desarrollarnos de acuerdo a la dinámica social y entender que tanto hombres como mujeres son capaces de desempeñar las funciones del hogar y dedicarse al cuidado y protección de los hijos, por lo que en todo caso para dirimir una controversia con respecto a la guarda y custodia se atenderá a las circunstancias específicas de cada caso, siendo la obligación del Juez de lo Familiar decidir jurídica e imparcialmente lo mas favorecedor para el menor, pues de su decisión depende el adecuado desarrollo mental y físico de los niños, niñas e incapaces que estén en medio en un proceso de divorcio.

Así, la suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la tesis jurisprudencial intitulada “Menores. Debe reponerse el procedimiento a fin de que el juez natural recabe los medios probatorios necesarios para determinar lo conducente, de modo integral y completo sobre la guarda y custodia de aquéllos”, que señala:

⁶⁴ Pérez Contreras, María, *op. cit.*, nota 28, p. 3.

“MENORES. DEBE REPONERSE EL PROCEDIMIENTO A FIN DE QUE EL JUEZ NATURAL RECABE LOS MEDIOS PROBATORIOS NECESARIOS PARA DETERMINAR LO CONDUCENTE, DE MODO INTEGRAL Y COMPLETO SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA DE AQUÉLLOS.

Este Tribunal Colegiado ha sostenido ya que en asuntos donde se resuelve respecto de la guarda y custodia, **es obligación de la autoridad responsable ordenar al Juez natural la reposición del procedimiento a fin de que éste, de manera oficiosa, recabe los medios probatorios encaminados a obtener mayores elementos para conocer y decidir jurídica y objetivamente lo más benéfico para el menor o menores hijos de las partes contendientes en relación con las citadas guarda y custodia, pues evidentemente ello repercutirá en su salud mental y física.** Por consiguiente, si bien diversos tribunales federales han sostenido como criterio preponderante que cuando se trata de menores de corta edad, lo más benéfico para su desarrollo físico-emocional y su estabilidad psicológica es que queden bajo el cuidado de la madre, no obstante tal predisposición debe aplicarse en forma moderada y no indiscriminadamente en todos los casos, porque resulta patente el deber del juzgador de tomar en cuenta, ante todo, el interés del menor o menores sobre cualquier otro aspecto. Así, al tener importancia prioritaria lo que más beneficie a los infantes, sólo de manera secundaria prevalecería el interés de las personas con derecho a reclamar su custodia, a pesar de existir, como se anotó, la presunción de ser la madre la más apta y capacitada para tener bajo su cuidado a dichos menores, precisamente porque si bien ello tiene sustento en la realidad social y en las costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional, en tanto casi siempre corresponde a la madre su atención y cuidado, lo relevante consiste en que reviste mayor trascendencia el interés supremo del o de los citados menores involucrados al respecto, en mérito de que las actividades de ambos padres son complementarias de la atención y cuidado de aquéllos. Entonces, en orden con lo precedente, deviene innegable la necesidad de recabar oficiosamente los medios probatorios encaminados a desentrañar lo que resulte más benéfico para el menor de edad, por lo que si éstos no se aportaron, debe ordenarse a la Sala Familiar que mande reponer el procedimiento a efecto de que, como se precisa, el Juez natural disponga lo necesario a fin de que se recabe la opinión de expertos en materia de psicología y de trabajo social, en relación con ambos padres y, por lo que hace al infante, en materia de psicología, así como cualquier otra probanza indispensable, como sería escuchar al menor y, a su vez, dar intervención representativa al Ministerio Público, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 267 del anterior Código Civil para el Estado de México, para de esa forma contar con los elementos propicios a fin de estar en las condiciones básicas que permitan al juzgador primario y a la autoridad de alzada conocer de manera objetiva su entorno social, salud, sensibilidad motora y de pensar, costumbres y educación, incluso, en su caso, la conservación de su patrimonio, para resolver lo más benéfico sobre la guarda y custodia de todo menor, lo que el Estado debe realizar para que la sociedad no resulte afectada en casos como el indicado, máxime si lo anterior es de orden público.”⁶⁵

Por lo que a pesar del vago contenido del artículo 282, la Corte con esta tesis a tratado de proteger la igualdad entre hombres y mujeres, dando la pauta para que este artículo no sea fundamento suficiente para que la madre obtenga la guarda y custodia por razón única y exclusiva de sexo, sino que se anteponga

⁶⁵ Tesis: II.2o.C. J/17, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIX, Mayo de 2004, p. 1548.

el interés del niño apoyándose en elementos probatorios idóneos para acreditar la capacidad para el cuidado del niño, niña o incapaz.

Continuando con el análisis a lo establecido en nuestro ordenamiento legal, el artículo 283 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, señala:

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

I.-Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores.

II.-Todas las medidas necesarias para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que lastime u obstaculice su desarrollo armónico y pleno.

III.-Las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, misma que sólo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores.

IV.- Tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de este Código, el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes y tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos.

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

VI.- Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges, en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección;

VII.- En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar, en la sentencia de divorcio, habrá de resolver sobre la procedencia de la compensación que prevé el artículo 267 fracción VI, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso.

VIII.- Las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad.

Para lo dispuesto en el presente artículo, de oficio o a petición de parte interesada, durante el procedimiento el Juez se allegará de los elementos necesarios, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores”.

El artículo nos dice que la sentencia del divorcio será la encargada de señalar todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores, es decir, el régimen de visita, sin embargo con la actual reforma a la figura del divorcio, cuando los padres no se ponen de acuerdo con respecto de la guarda y custodia de sus menores hijos, las sentencias de divorcio no resuelven mas que el divorcio, y señalan en un resolutivo que se deja a salvo el derecho de las partes respecto de los puntos de la propuesta de

convenio y la contrapropuesta exhibidos a fin de que se hagan valer por la vía adecuada, es decir, el incidente respectivo de guarda y custodia. Inclusive la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la siguiente tesis:

“DIVORCIO. DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL DE TRES DE OCTUBRE DE DOS MIL OCHO, CONFORME AL, CUANDO HAY OPOSICIÓN AL CONVENIO, EL JUEZ DE LO FAMILIAR DEBE DICTAR SENTENCIA DISOLVIENDO EL VÍNCULO MATRIMONIAL Y DEJAR A SALVO DERECHOS PARA LA VÍA INCIDENTAL SOBRE LAS CUESTIONES ACCESORIAS.

En la Gaceta Oficial del Distrito Federal, de tres de octubre de dos mil ocho, fue publicado el Decreto por el que se reforman y derogan diversos preceptos del Código Civil para el Distrito Federal y se reforman, derogan y adicionan otros más del de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, relacionados con la sustanciación del divorcio. Conforme a los diversos documentos que derivaron del proceso legislativo, así como de la interpretación sistemática de los artículos 267, 283, 287 del Código Civil, 255, fracción X, 260, fracción VIII, 272-A, 272-B y 685 Bis del Código de Procedimientos Civiles, resulta la exigencia de que los divorciantes exhiban una propuesta de convenio en donde tendrán que referirse, en su caso, a guarda y custodia de los hijos o incapaces, régimen de visitas, alimentos de los hijos y/o del ex cónyuge y su modo de garantizarlos, uso del domicilio conyugal y menaje, administración de los bienes hasta su liquidación; señalamiento de compensación, etcétera. También, se desprende que si hay acuerdo en el convenio, se dicta auto de disolución del vínculo, y no sentencia. Pero **en caso de desacuerdo, sólo debe dictarse sentencia respecto de la disolución del vínculo matrimonial y dejar para la vía incidental lo relativo a los bienes, hijos, alimentos, y las pruebas que se hayan ofrecido estarán relacionadas sólo con estos aspectos.** Por su parte, el artículo 685 Bis del código adjetivo señala que la sentencia o auto que recaiga a la disolución del matrimonio es inapelable. Así las cosas, cuando una de las partes manifiesta su oposición a alguno de los aspectos del convenio, **el Juez natural sólo puede emitir sentencia en la que declare la disolución del vínculo matrimonial y dejar a salvo los derechos de las partes para que en la vía incidental sean resueltas las cuestiones contenidas en las propuestas de convenio. De lo anterior se desprende que cuando hay oposición de alguna de las partes al convenio, es incorrecto que se pronuncie sentencia en la que se declare la disolución del vínculo matrimonial y se resuelva lo relativo a la guarda y custodia,** alimentos y repartición de bienes, ya que estas cuestiones tienen que resolverse en la vía incidental. No es obstáculo a lo anterior, el hecho de que en el artículo 283 del Código Civil prevenga que en la sentencia de divorcio se fijará la situación de los hijos menores de edad, puesto que interpretados los preceptos citados en forma sistemática, se advierte que el propósito del legislador fue el de dar celeridad a la disolución del vínculo matrimonial, pero sin descuidar los aspectos que son consecuencia del mismo, que deben ser resueltos en la vía incidental. Además, no debe dejar de atenderse lo dispuesto por el artículo 685 Bis del código adjetivo que señala que podrán recurrirse las resoluciones que recaigan en vía incidental respecto del o los convenios presentados; y que la que declare la disolución del vínculo matrimonial es inapelable, pues con base en la anterior disposición, cuando se pronuncia sentencia en la que se declara la disolución del vínculo matrimonial y lo relativo a las cuestiones mencionadas, cuando hay oposición de alguna de las partes al o a los convenios, se deja en estado de indefensión al opositor al imposibilitar la impugnación de las cuestiones previstas en

los convenios, de donde derivan dos aspectos, uno es inapelable y el otro puede recurrirse.”⁶⁶

A pesar de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación pretende hacer ver que el objetivo de los legisladores fue dar celeridad a los procesos de divorcio y no descuidar los aspectos inherentes a este en el artículo 283, resulta más que evidente la falta de pericia del legislador al reformar la ley, por tanto, indiscutiblemente se enfocó más a la figura misma del divorcio que a las circunstancias que lo acompañan, pues si la reforma hubiera estado mejor integrada, no sería necesario que la Suprema Corte de Justicia de la Nación la interprete para darle claridad.

Ahora bien, la fracción III del este artículo nos señala que se establecerán las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, sin embargo cómo puede un Juez garantizar esta convivencia o garantizar la eficacia de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes o incapaces. En ciertos casos se establecen medidas de apremio tal y como lo fundamenta el Artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, sin embargo, estas medidas son obsoletas e ineficaces.

Es importante mencionar que el artículo 283 es el fundamento de la Custodia Compartida, el cual debe junto con el artículo 282 ser reformado, siendo la base para estas reformas el establecimiento de requisitos elementales para su otorgamiento, fundamentándolo en las condiciones de la convivencia de los progenitores y de éstos con sus hijos, así como de los aspectos económicos, con el fin de determinar que casos son proclives para establecer la custodia compartida, pues al ser una figura tan compleja y trascendente para el desarrollo de los niños, no puede aplicarse a cualquiera que la solicite, es decir, establecer cuando se es candidato o no a un acuerdo o resolución de custodia compartida. En este contexto la Corte indicó:

“CUSTODIA COMPARTIDA PREVISTA EN LOS ARTÍCULOS 282, FRACCIÓN V Y 283 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, ELEMENTOS QUE DEBEN TOMARSE EN CUENTA PARA DECRETARLA.

⁶⁶ Tesis: I.7o.C.123 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, Marzo de 2009, p. 2757.

De la exposición de motivos contenida en la iniciativa de reforma al Código Civil para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal el seis de septiembre de dos mil cuatro, en materia de guarda y custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad, con motivo de los cuales se reformaron los artículos 282, fracción V y 283, segundo párrafo, ambos del Código Civil para el Distrito Federal, mediante la cual se instituyó la figura jurídica denominada custodia compartida se advierte que el legislador tuvo la finalidad de armonizar los derechos de los ascendientes y otros parientes con los menores porque éstos tienen una esfera de protección insuficiente y precaria, que los convierte en sujetos en condiciones de vulnerabilidad y en algunas situaciones en desventaja social; al respecto, se tuvieron en cuenta las diferentes situaciones de la realidad social, como cuando ambos progenitores ejercen la patria potestad, pero uno solo de ellos tiene la guarda y custodia de los hijos menores de edad o cuando cada uno de los progenitores tiene la guarda y custodia de uno o varios menores; esto es, que la madre la ejerce sobre uno o varios hijos y el padre sobre otro u otros diversos; de acuerdo con ello, el contenido de las normas civiles vigentes tienen como principio rector el interés superior de los menores para armonizar los legítimos derechos del padre y de la madre; todo ello sin menoscabo del bienestar de los menores y velando por el cumplimiento de sus deberes escolares y sus derechos regulados en la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal, como en la Ley de las y los Jóvenes del Distrito Federal, y tal normatividad establece que se debe privilegiar en la medida de lo posible y siempre y cuando ello no implique un riesgo para los menores, la procedencia de la custodia compartida, tomando en cuenta, en su caso, **la opinión del menor**, y que literalmente el artículo 283 referido establece que debe procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en donde el vocablo en lo "posible" implica posibilidad, facultad, que puede ser o suceder, y se traduce en que los juzgadores deben determinar atendiendo a las circunstancias particulares del caso, observando los factores antes destacados, cuándo procede la custodia compartida para que los hijos permanezcan de manera plena e ilimitada con ambos padres. Para el segundo supuesto, relativo a la permanencia plena e ilimitada de los hijos con ambos padres, se deben atender diversos aspectos, tales como **la situación familiar que impera en el entorno del menor, el trato o la relación que guardan los padres entre sí, las circunstancias que en su caso dieron origen a la separación o al divorcio, la conducta de éstos para con los menores, cuestiones tales como el lugar de residencia de los padres, el de la escuela del menor, la facilidad de traslado para estos lugares, además de las diversas actividades que pudiera realizar el menor**, en donde además debe ponderarse que habrá situaciones en las que pudiera ser procedente decretar la custodia compartida y otras en que por las circunstancias particulares del asunto no será posible determinar que los hijos permanezcan plena e ilimitadamente con ambos padres, de lo cual se obtiene que aquélla no se concreta únicamente con la permanencia de los menores con ambos padres, pero sí con los demás elementos inherentes a la custodia, como son **la participación de ambos padres en la toma de decisiones de las cuestiones relevantes que incidan en la protección y desarrollo físico y espiritual de los hijos, así como en la satisfacción conjunta de la totalidad de las necesidades de éstos, todo ello aunado al derecho de convivencia con los hijos, de relacionarse con ellos, de estar al corriente de su vida y educación y sobre todo de participar activamente en la toma de las decisiones inherentes a su mejor desarrollo**, relativas a su educación, formación moral y al control de sus relaciones con otras personas.⁶⁷

⁶⁷Tesis: I.110.C.141 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, Marzo de 2006, p. 2044.

De la tesis que antecede se advierte que la Suprema Corte de Justicia de la Nación acepta que existe una escasa y precaria protección respecto de los menores en la legislación, motivo principal para la introducción de la custodia compartida en las reformas del 2004.

Asimismo reitera la importancia de que el Juzgador escuche la opinión del menor y considere las circunstancias particulares de cada caso, a fin de determinar la procedencia de la custodia compartida.

Resulta evidente que cada determinación judicial deberá estar basada en la valoración de las circunstancias de hecho que rodeen al menor, ya que es indiscutible que estas repercutirán en su vida. De igual modo, el legislador, busca establecer un modelo a través del cual se establezcan requisitos para el otorgamiento de la custodia compartida, lo que evidencia aún más la falta de regulación de la novedosa figura.

Ahora bien, el artículo 283 Bis del Código Civil nos habla del mismo punto, en caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida la obligación para garantizar que cumplan con las obligaciones de crianza, y repito mi observación de la imposibilidad de garantizar esta obligación.

El artículo 315 nos señala que quien tiene la acción para pedir el aseguramiento de los alimentos es aquella persona que tenga la guarda y custodia del menor, lo que resulta lógico pues es ella quien llevara los gastos para un adecuado desarrollo del menor, la crítica deviene cuando la guarda y custodia se vuelve accesorio de los alimentos y no viceversa, que los alimentos sean accesorio de la guarda y custodia como principal, es decir cuando existe más un interés económico de los padres que un interés afectivo que sea el que motive la petición de la guarda y custodia, y que se tomen a los hijos como armas para condicionar las visitas a raíz de los alimentos, ignorando sus deseos o su bienestar, por lo que sería más apropiado probar quien es más capaz para la crianza de los niños.

A los artículos ya mencionados y los sucesivos establecidos en el Código Civil para el Distrito Federal como el 380, 417 y 417 Bis, que a la letra dicen:

Artículo 380.- Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan a un hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su guarda y custodia; y si no lo hicieren, el Juez de lo Familiar, oyendo al padre, madre, al menor y al Ministerio Público, resolverá lo más conveniente atendiendo siempre el interés superior del menor.

Artículo 381.- Si el reconocimiento se efectúa sucesivamente por el padre o la madre que no viven juntos, ejercerá la guarda y custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que ambos convinieran otra cosa entre ellos, y siempre que el Juez de lo Familiar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los progenitores, del menor y del Ministerio Público.

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

Artículo 417 Bis.- Se entenderá por asistente de menores al profesional en psicología, trabajo social o pedagogía exclusivamente, adscrito al DIF-DF u otra institución avalada por éste, que asista al menor, sólo para efecto de facilitar su comunicación libre y espontánea y darle protección psicoemocional en las sesiones donde éste sea oído por el juez en privado, sin la presencia de los progenitores.

Dicho asistente podrá solicitar hasta dos entrevistas previas a la escucha del menor, siendo obligatorio para el progenitor que tenga la guarda y custodia del menor dar cumplimiento a los requerimientos del asistente del menor.

Es de reconocerse el interés que se tiene sobre la opinión del menor, el cual se ha reconocido a nivel internacional y nacional, en nuestro país la SCJN nos dice:

“MENORES DE EDAD. NO ES NECESARIO DESIGNARLE REPRESENTANTE O TUTOR INTERINO A ÉSTOS PARA EL EFECTO DE QUE SE LES ESCUCHE EN LOS JUICIOS DE GUARDA Y CUSTODIA.

De los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3, apartado 1, 2 y 3, 9, apartados 1 y 2, y 12, apartados 1 y 2 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; 1 y 41 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; 1 y 5 de la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal; y del 416 del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende que debe otorgar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, y adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para salvaguardar el interés superior de la infancia, **escuchando dentro de un procedimiento judicial su opinión respecto a la controversia de guarda y custodia que tienen sus padres y con ello resolver su situación jurídica.** Ahora, la garantía de audiencia, prevista en el artículo 14 constitucional, se traduce en una garantía de seguridad jurídica para los gobernados, que impone la ineludible obligación a cargo de las autoridades para que, de manera previa al dictado de un acto de privación, el cual es aquel cuya finalidad connatural perseguida es la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado, cumplan con una serie de formalidades esenciales, necesarias para oír la defensa de los afectados, es decir, que la garantía de audiencia consiste en que todo procedimiento o juicio ha de estar supeditado a que en su desarrollo se observen, ineludiblemente, distintas etapas que configuran la garantía formal de audiencia en favor de los gobernados, a saber, que el afectado

tenga conocimiento de la iniciación del procedimiento, así como de la cuestión que habrá de ser objeto de debate y de las consecuencias que se producirán con el resultado de dicho trámite, que se le otorgue la posibilidad de presentar sus defensas a través de la organización de un sistema de comprobación tal, que quien sostenga una cosa la demuestre, y quien estime lo contrario cuente a su vez con el derecho de demostrar sus afirmaciones; que cuando se agote dicha etapa probatoria se dé oportunidad de formular las alegaciones correspondientes y, finalmente, que el procedimiento iniciado concluya con una resolución que decida sobre las cuestiones debatidas, fijando con claridad el tiempo y forma de ser cumplidas. En consecuencia, **la opinión del menor de edad que debe escuchar el juzgador para resolver su situación jurídica dentro de un juicio de guarda y custodia, no se traduce en garantía de audiencia, dado que el infante no reviste el carácter de parte procesal y que, por ello, tenga que ser oído y vencido en juicio, sino que únicamente se le escucha para saber su sentir respecto a la controversia**; por tanto, tampoco es necesaria la intervención de un representante especial o tutor interino para que el menor sea debidamente representado y oído en juicio, en virtud de que conforme a los artículos 940 y 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal el Juez de lo Familiar, de manera oficiosa, debe velar por el interés del menor a efecto de que no sean transgredidos sus derechos.⁶⁸

A nivel internacional hay que mencionar los esfuerzos de Naciones Unidas por salvaguardar los derechos de los menores, y para dar soluciones más justas y adecuadas para la designación del cuidado de los hijos menores y de los incapaces.

En este orden de ideas, me referiré en primer termino a la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 217 del 10 de Diciembre de 1948, en la cual sus artículos 25 y 26 nos señalan derechos fundamentales para los menores y que a la letra dicen:

"Artículo 25 (...) 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual **protección social**.

Artículo 26 (...) 3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos."

Por su parte, en relación al tema de estudio, la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1959, en su resolución 1386, proclama como Principios los siguientes:

⁶⁸ Tesis: I.11o.C.96 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIX, Abril de 2004, p.1407.

"Principio 2 **El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios**, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, **para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de dignidad y libertad**. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que atenderá será el **interés superior del niño**.

Principio 6. **El niño**, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, **necesita amor y comprensión**. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material..."

De lo expuesto con anterioridad cabe señalar que escuchar la opinión del menor no es solo una exigencia establecida en la ley como trámite, pues esta cuestión va mas allá, se trata de comprender las necesidades de los niños, niñas y jóvenes que pasan un proceso difícil en su familia, y que no solo comprende un requisito legal, sino un requisito moral por el cual se pretende garantizar que la decisión que tome el juzgador será la correcta para el adecuado desarrollo de los seres vulnerables de una familia, mismos que en un futuro se convertirán en parte importante y activa de la sociedad, y por ende dejarlos en un estado de indefensión en ese momento se traduciría en un desastre social futuro.

Así mismo, estas Declaraciones exhortan a los países a la protección de los infantes y a la creación de leyes con estos fines, nos señalan que el derecho a vivir en familia es un derecho fundamental del menor, y que únicamente pueden separarse a los niños del seno familiar o de uno de sus padres, cuando tal separación sea necesaria en aras de proteger el interés de los niños. El Fondo de las Naciones Unidas para la infancia de la UNICEF señala que el interés superior del niño consiste en tomar siempre en consideración todo aquello que beneficie al menor.

La Suprema Corte de Justicia de nuestra Nación ha emitido la tesis de título "MENORES DE DOCE AÑOS. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR SU NORMAL DESARROLLO (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II, APARTADO B, DEL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL).", que enuncia:

“MENORES DE DOCE AÑOS. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR SU NORMAL DESARROLLO (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II, APARTADO B, DEL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL).

En términos de la fracción II, apartado B, tercer párrafo, del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, existe la presunción legal de que los hijos menores de doce años deben quedar al cuidado de la madre, salvo que se acredite que sea la causante de violencia familiar o que con ella el desarrollo normal de dichos menores se encuentre en grave peligro. En esta tesitura, para desentrañar el sentido de la frase "desarrollo normal", debe acudir a la Convención sobre los Derechos del Niño, de veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, instrumento internacional que es de referencia obligatoria cuando se involucra a un menor, de conformidad con lo previsto en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, precepto fundamental que, incluso, sitúa a esa convención por encima de las legislaciones ordinarias federales y locales. En esta tesitura, del preámbulo del referido instrumento internacional, así como de su artículo 9, punto 1, se advierte que el **desarrollo normal de un menor, es aquel que se produce cuando el entorno de éste le permite u otorga la posibilidad, en atención a sus capacidades físicas y mentales, para su preparación a una vida independiente en sociedad, con una percepción de respeto en razón a los derechos que les asisten a los demás**; circunstancias que son posibles cuando se garantizan sus derechos a la vida, integridad física y mental, salud, identidad, familia, convivencia con sus padres -en tanto ello no le resulte más perjudicial que benéfico-, socialidad, comprensión en razón a sus aptitudes físicas y mentales, libre expresión de sus ideas dentro del marco de la moral y buenas costumbres, educación, información, desarrollo psicosexual correlativo a su edad, juego y esparcimiento, experiencias estética y artística y las libertades de conciencia y religión; de tal manera que la presunción legal que nos ocupa sólo puede desvirtuarse en el caso en que se acredite la existencia de un peligro inminente de privar al referido menor de alguna de las circunstancias antes descritas⁶⁹.

Tesis aislada que reitera el compromiso de la sociedad con los menores, la cual permite ver que el cuidado de aquel grupo vulnerable, no se encuentra ceñido a los deseos de convivencia de los padres sino a fomentar una estabilidad emocional, física y mental de los menores.

De esta manera, no hay que perder de vista que el desarrollo del menor es derecho humano reconocido nacional e internacionalmente a través de numerosas leyes, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, y por su puesto el Código Civil para el Distrito Federal.

Por otro lado, cabe mencionar que en nuestro Código Civil vigente no basta señalar que la opinión del menor de edad debe ser tomada en cuenta para la designación de la guarda y custodia, también debe establecerse en que

⁶⁹ Tesis: I.3o.C.805 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, Julio de 2010, p. 1989.

términos será tomada en cuenta y cuál es la edad en la que los niños pueden emitirla teniendo suficiente juicio para ello, y recordar que el niño solo puede ser separado de sus padres mediante Resolución Judicial perfectamente fundamentada.

La Suprema Corte de la Nación emitió durante el año 2010 numerosas tesis de las cuales se advierte la necesidad escuchar al menor en juicio. Ejemplos de estas tesis son las intituladas “RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. ANTES DE FIJARLO EL JUZGADOR DEBE LLAMAR AL MENOR PARA SER ESCUCHADO, INCLUSO DE MANERA OFICIOSA.”⁷⁰ y “RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. EL MENOR DEBE SER ESCUCHADO POR EL JUEZ ANTES DE SU FIJACIÓN PARA PRESERVAR SU DIGNIDAD HUMANA.”⁷¹, estas tesis refieren que al tratarse de un derecho humano el juzgador se encuentra legalmente obligado a llamar al menor para que sea escuchado antes de fijar el régimen de visitas y convivencias al que deberá estar sujeto con sus progenitores. En la primera es fundamento para ello lo establecido en el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Otra tesis emitida por la Corte, denominada “RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. DEBE ESCUCHARSE AL MENOR ANTES DE FIJARLO, AUN CUANDO LOS PADRES LO HAYAN CONVENIDO.”⁷² refiere que aún cuando los padres hayan determinado mediante convenio el establecimiento del régimen de visitas y convivencias, esto no resulta obstáculo para que el menor opine respecto de las circunstancias a las que estará sujeto.

Asimismo, adopto la tesis llamada “RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. DEBE ESCUCHARSE AL MENOR ANTES DE SU FIJACIÓN, AUN

⁷⁰ Tesis: I.5o.C.137 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, Agosto de 2010, p. 2337.

⁷¹ Tesis: I.5o.C.133 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, Agosto de 2010, p. 2340.

⁷² Tesis: I.5o.C.130 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 2338.

TRATÁNDOSE DEL DIVORCIO SIN CAUSA.”⁷³, esta tesis aislada igualmente plantea la necesidad que el Juez escuche al menor antes de fijar el régimen de visitas y convivencias, aun cuando se trate de divorcio sin causa que regula el artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal,

Así también, la Corte ha señalado que en caso de que el juzgador no acate la obligación de llamar al menor para que sea escuchado antes de resolver respecto de régimen de visita, dará lugar a que ésta obligación sea subsanada en el juicio de amparo directo que en su caso se promueva, inclusive en suplencia de la queja deficiente, por así desprenderse del artículo 76 Bis, fracción V, de la Ley de Amparo, este argumento es sustentado en la tesis aislada denominada “RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. EL HECHO DE QUE EL JUZGADOR NO LLAME AL MENOR PARA SER ESCUCHADO ANTES DE FIJARLO, DA LUGAR A QUE TAL OMISIÓN SEA ANALIZADA Y SUBSANADA EN SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE, EN EL JUICIO DE AMPARO DIRECTO QUE EN SU CASO SE PROMUEVA”⁷⁴.

Todas estas tesis se fundan en diversas disposiciones nacionales e internacionales, en donde se reconoce la opinión del menor como un derecho humano, asimismo el objetivo de estas decisiones tomadas por la Corte es garantizar que las visitas y convivencias sean resueltas conforme al interés superior del menor, en aras del derecho que tienen de ser amados y respetados.

3.2 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

El Código adjetivo de la materia también fue reformado en el año 2004 en relación a la guarda, custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad, y posteriormente en el año 2008 en referencia al divorcio; a continuación analizare los artículos de mayor trascendencia en este tema.

⁷³ Tesis: I.5o.C.129 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, Agosto de 2010, p. 2338.

⁷⁴ Tesis: I.5o.C.138 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, Agosto de 2010, p. 2339.

Las reformas de los artículos 114 y 255 están basadas en el ya comentado artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, por lo que las reformas son benéficas, toda vez que no se descuido la parte procesal del Juicio de Divorcio, mas aún, hay que recalcar que aunque el tramite evita la dilación de los procedimientos, deja lagunas al respecto de algunos artículos.

La reforma del artículo 114 del Código Adjetivo esta encaminada a obtener seguridad jurídica a las partes en un juicio familiar, pues permite que los proveídos, sentencias y resoluciones de la autoridad lleguen oportuna y adecuadamente a las partes.

Ahora bien, la reforma al artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles señala:

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

I. a IX.

X. En los casos de divorcio deberá incluirse la propuesta de convenio en los términos que se establece en el artículo 267 del Código Civil, con excepción de lo preceptuado en el segundo párrafo de la fracción V del presente artículo, debiendo ofrecer todas las pruebas tendientes a acreditar la procedencia de la propuesta de convenio.”

El artículo en comento es claro, pues al iniciar un juicio de Divorcio la demanda será acompañada por la propuesta de convenio en los términos del artículo 267 del Código Civil, incluso destaca que el convenio no contendrá hechos, ya que la narración de estos se establecerá en el escrito inicial de demanda, por lo que señalarlos de nueva cuenta en el convenio seria fastidioso. Por otra parte abre la posibilidad de presentación de pruebas que sustenten la viabilidad del convenio, sin embargo el Código no nos señala cuales son las pruebas pertinentes para acreditar la funcionalidad del convenio.

Aunado a lo anterior este artículo se relaciona con lo establecido en el artículo 260 y último párrafo del artículo 272 A del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

El texto de este último artículo, señala:

“Artículo 272 A.- Una vez contestada la demanda, y en su caso, la reconvenición el Juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación dentro de los diez días siguientes, dando vista a la parte que corresponda con las excepciones que se hubieren opuesto en su contra, por el término de tres días.

Se deroga.

Si asistieran las dos partes, el juez examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal y luego se procederá a procurar la conciliación que estará a cargo del conciliador adscrito al juzgado. El conciliador preparará y propondrá a las partes, alternativas de solución al litigio. Si los interesados llegan a un convenio, el juez lo aprobará de plano si procede legalmente y dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada. En los casos de divorcio, si los cónyuges llegan a un acuerdo respecto al convenio, el juez dictará un auto en el cual decreta la disolución del vínculo matrimonial y la aprobación del convenio, sin necesidad de dictar sentencia.

En caso de desacuerdo entre los litigantes, la audiencia proseguirá y el juez, que dispondrá de amplias facultades de dirección procesal, examinará, en su caso, las excepciones de conexidad, litispendencia y cosa juzgada, con el fin de depurar el procedimiento.

En los casos de divorcio, no se abrirá el periodo probatorio a que se refiere el artículo 290 de este código, toda vez que las pruebas relacionadas con el convenio propuesto debieron ofrecerse al momento de presentarse la solicitud y, en su caso, la contestación a la misma, por lo que únicamente se ordenará su preparación y se señalará fecha para su desahogo en el incidente correspondiente.”

La última parte del tercer párrafo establece que en caso de que las partes lleguen a un acuerdo el juez dictará un auto en el cual decreta la disolución del vínculo matrimonial y la aprobación del convenio, sin necesidad de dictar sentencia, lo cual desde mi punto de vista no es correcto, ya que el dictar una sentencia no es mero trámite en un proceso, la sentencia declara y reconoce el derecho y razón de una de las partes, obligando a la otra a pasar por tal declaración y cumplirla, la naturaleza jurídica de este acto procesal es señalar la terminación de la actividad procesal de las partes, en el caso concreto la disolución del vínculo matrimonial. Por lo que resulta antijurídica esta disposición, considerándolo así porque agotada la actividad procesal de las partes, aun cuando sea una etapa, el Estado tiene la obligación de dictar sentencia, sin embargo no lo hace; el legislador olvida la importancia de la sentencia, y olvida que ésta tiene como único objeto determinar la voluntad de la ley en relación al divorcio y dar seguridad a las partes.

Es conveniente señalar al respecto del artículo 272 A la cuestión de la Justicia alternativa, en primer término es importante que el conciliador exhorte a las

partes para que lleguen a un arreglo, pero en caso de que se de tal acuerdo nazca debe establecerse por los mismos litigantes sin que intervenga el juzgador o un funcionario del juzgado, salvo que este vaya en contra de la ley.

Es importante determinar que las alternativas de solución de litigio a que hace mención el artículo, son las opciones que conducen a la rápida tramitación del conflicto fundado en procedimientos basados en la prontitud, la economía y la satisfacción de las partes para obtener una solución satisfactoria a las desavenencias de los litigantes, en las cuales es importante que las partes adopten una actitud de tolerancia y cooperación, además de que sean auxiliados por la autoridad en los términos ya mencionados, con la única finalidad de cumplir con las necesidades de cada parte.

En el Distrito Federal se cuenta con la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia, la cual tiene el propósito de regular la mediación como sistema alternativo de justicia, basado en la autocomposición asistida en las controversias entre particulares, es decir, la búsqueda de soluciones estableciendo reglas que los propios particulares involucrados en la controversia establecen para efecto de encontrar una solución a la misma, dicho de otro modo, es el procedimiento voluntario por el cual las personas involucradas en una controversia familiar, buscan y construyen una solución satisfactoria a la misma, con la asistencia de un tercero imparcial denominado mediador.

La Ley de Justicia alternativa señala en su artículo 5 fracción III que la mediación para la materia familiar procederá en las controversias que deriven de las relaciones entre las personas que se encuentren unidas en matrimonio, concubinato, sociedad de convivencia o, aun cuando no se encuentren en dichos supuestos, tengan hijos en común; entre personas unidas por algún lazo de parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil; así como los que surjan de esas relaciones con terceros.

Este artículo está relacionado con lo establecido en el artículo 205 del Código en estudio acerca de los menores de edad, que a la letra señala:

“Artículo 205.- El que intente demandar, denunciar, o querellarse contra su cónyuge o concubino, podrá solicitar por escrito al juez de lo familiar su separación del hogar común o acudir al Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

El Centro de Justicia Alternativa atenderá a las partes siempre y cuando no exista violencia familiar, en cuyo caso se abstendrá de intervenir, haciéndolo del conocimiento al C. Agente del Ministerio Público tratándose de menores.

Para el caso de violencia entre las partes se dará vista al Sistema de Auxilio a Víctimas, para los efectos correspondientes de conformidad con la Ley de Atención a Víctimas del Delito del Distrito Federal.

El mediador facilitará la solución del conflicto entre las partes teniendo como principio de sus actuaciones el interés superior del menor, en especial las obligaciones de crianza.

En el convenio, el mediador deberá promover que se garantice el bienestar, la seguridad física y mental de los hijos menores de edad, así como el derecho que les asiste de convivir con el progenitor que no vive con ellos. El cumplimiento del convenio podrá solicitarse ante el Juez de lo Familiar en la vía de apremio”.

Ahora bien, en el estudio del Código Civil para el Distrito Federal señale que la ley no establece la manera para asegurar el cumplimiento de las obligaciones emanadas al respecto de los menores de edad o los incapaces, y que el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles nos señala de manera obsoleta medidas para hacer cumplir las determinaciones de los Jueces, por lo que es importante analizar este artículo que señala:

“Artículo 73.- Los jueces, para hacer cumplir sus determinaciones, pueden emplear cualquiera de los siguientes medios de apremio, sin que para ello sea necesario que el juzgador se ciña al orden que a continuación se señala:

I. La multa hasta por las cantidades a que se refiere el artículo 62, la cual podrá duplicarse en caso de reincidencia;

II. El auxilio de la fuerza pública y la fractura de cerraduras si fuere necesario;

III. El cateo por orden escrita;

IV. El arresto hasta por treinta y seis horas.

V. La presentación de los testigos por la fuerza pública.

Si el caso exige mayor sanción, se dará parte al Ministerio Público.”.

Esta medida esta hecha para que los Jueces logren hacer cumplir sus determinaciones en los casos en que haya oposición para lograr tal cumplimiento y que las resoluciones jurisdiccionales se ejecuten plenamente, sin embrago, la fracción IV de este articulo, nos habla de un arresto de hasta 36 horas, mismo que nuestra Constitución Política en su artículo 21 señala como atributo de la Autoridad Administrativa, por lo que el legislador homologa a la autoridad judicial como autoridad administrativa pues el arresto por 36 horas como lo estipula la Constitución compete como sanción únicamente a la jurisdicción administrativa, y basado en este precepto constitucional el

legislador no puede establecer un tiempo superior para esta medida de apremio, pues en todo caso la mediada seria inconstitucional.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación señala en la tesis Jurisprudencial intitulada "Medidas de apremio" que éstas están reguladas para el cumplimiento de las resoluciones emanadas por los Jueces y que no violan garantías individuales siempre que vayan de acuerdo a lo establecido en la ley.

La razón de ser de estas medidas es porque no se impone a una persona sujeta a delito o como castigo a un infractor, sino a un sujeto que no acata una determinación judicial, por lo que esta medida es totalmente administrativa, y si bien es cierto no es contraria a lo establecido en la Constitución, si es ineficiente para lograr el cumplimiento de una obligación en materia familiar.

Por otro lado, la última parte del artículo nos habla de la intervención del Agente del Ministerio Público, misma que podrá darse en caso de que uno de los ascendientes no permita la convivencia del menor con el padre que no ejerza la guarda y custodia, sin embargo recordemos que el Agente del Ministerio Publico interviene cuando se aplican normas de interés social, como es el caso, además es necesario darle a conocer las circunstancias para que intervenga, y si lo considera pertinente funja como autoridad.

En conclusión, en los casos en que exista oposición para lograr el cumplimiento de alguna determinación jurisdiccional el Juez de lo Familiar debe tener un mayor imperio en cuanto a sanciones se refiere para lograrlo, pues las establecidas en este articulo resultan obsoletas e ineficaces por no tener coercibilidad mínima para su cumplimiento. En todo caso la procedencia de su imposición se generará en el momento mismo en que la persona obligada a cumplir con la determinación judicial no la acata, y no cuando se de vista al Agente del Ministerio Público; y resultara irrelevante que con posterioridad se haya cumplido lo ordenado.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación señala:

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

La medida de apremio consistente en la imposición del arresto hasta por treinta y seis horas, constituye un medio idóneo y eficaz para conminar al progenitor que tiene la guarda y custodia de sus menores hijos, a que cumpla con el régimen de visitas y convivencias fijado en juicio; sin embargo, previamente a hacer efectiva la medida de arresto, en aras de salvaguardar el interés superior de los menores, el Juez debe tomar las providencias necesarias para que otra persona se haga cargo de ellos, pudiendo ser los abuelos o bien prever su resguardo en una institución social, puesto que durante el tiempo en que el progenitor contumaz permanezca privado de su libertad se encuentra impedido para desempeñar la guarda y custodia, poniendo en riesgo la integridad, seguridad y salud de los menores.”⁷⁵

No obstante lo señalado por la Corte, no considero acertada la medida, en todo caso cuando se establezca la medida de apremio el padre o la madre al cual se le imponga tiene como recurso el Juicio de Amparo, el cual sin lugar a dudas debidamente fundado y motivado le dará la razón, pues no existe mejor persona para el cuidado de un infante que su progenitor, asimismo existen diversas normas constitucionales que protegen y privilegian los derechos de los niños en pro de la familia.

Aunado a lo anterior el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala que todas las disposiciones anteriores se aplicarán a todos los procedimientos judiciales y administrativos en trámite ante las autoridades correspondientes.

Al mismo tiempo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 94 de Código de Procedimientos Civiles, los interesados podrán promover los beneficios que le concede la Ley, es decir, en caso de que las circunstancias que dieron origen a una resolución cambien, será posible alterarlas o modificarlas. Resulta sumamente importante este artículo, pues con el tiempo las circunstancias en que viven los ascendientes y los menores pueden variar, y las condiciones en que conviven pueden no ser siempre las adecuadas para el desarrollo de los menores.

⁷⁵ Tesis: I.7o.C.109 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, Julio de 2008, p. 1675.

CAPITULO IV PROPUESTA PARA LA REGULACION JURIDICA DEL REGIMEN DE VISITA Y DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

En el presente trabajo hemos estudiado diversas figuras del derecho familiar, mismas que han sufrido un sin número de reformas en su regulación, sin embargo a pesar de todas las reformas que han tenido nuestros ordenamientos no se ha tenido éxito para obtener la protección de los menores, pues no se ha logrado establecer un marco legal claro, sencillo, transparente y de fácil aplicación para la guarda y custodia y el régimen de visita.

Si bien es cierto las reformas de los años 1998, 2000, 2004 y 2008 incorporaron criterios novedosos de gran utilidad para el litigio de estas figuras, también es cierto que se crearon grandes incongruencias respecto de las figuras en comento.

Como ya se mencionó en múltiples ocasiones, la guarda y custodia y la figura del régimen de visita se regulan a través de dos figuras distintas que son la nulidad de matrimonio y el divorcio, pues estas dependen necesariamente de la separación de los padres, sin embargo, es importante reconocer que son figuras tan trascendentales en el derecho familiar que es necesario sembrar un apartado específico para su regulación, en donde se describa exactamente cuales serán las limitantes de su ejercicio y las consecuencias de su incumplimiento, así como en que casos se otorgará o desaparecerá, lo anterior fundándolo en tres pilares que sustenten la reforma, a saber: la seguridad económica, la seguridad social y la seguridad pública.

Dicho de otro modo, que el proceso no cause honorarios gravosos para la familia, o gastos excesivos en copias innecesarias, pero sobre todo, que se genere la certeza del bienestar de los miembros de la familia que se somete a un juicio de esta índole; así mismo, que se procure un ágil y eficiente proceso con el único fin de no generar tormentosos momentos en la vida de un menor o mayor de edad incapaz. Dicho de otro modo, que el trámite no lesione más a una familia ya destruida.

Atendiendo en todo momento el interés del menor por encima del de sus padres, se propone que se establezcan normas especiales sobre la guarda y custodia y el régimen de visita, que estamos seguros permitirá de manera sencilla y clara definir la situación jurídica de los menores.

4.1 Concepto jurídico de la guarda y custodia

Es importante señalar el concepto de la guarda y custodia, ya que éste nos dará los límites de esta figura y nos permitirá entender a grandes rasgos como se compone.

Como se ha señalado en capítulos posteriores, nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal no cuenta con un apartado especial para la guarda y custodia, ésta se encuentra inmersa en el divorcio, por lo que sería adecuado crear un capítulo específico para su manejo.

En este contexto, se propone la creación del Capítulo IV De la Guarda y Custodia y el régimen de visita, dentro del Título Octavo De la Patria Potestad. En este orden de ideas, este capítulo comenzaría al señalar el concepto de la guarda y custodia como sigue:

“Capítulo IV

De la Guarda y Custodia y el régimen de visita

Artículo 448 BIS. La guarda y custodia es el cúmulo de derechos y obligaciones entre ascendientes y descendientes donde los primeros se obligan al cuidado de los segundos, en todos los aspectos necesarios para su buen desarrollo bio-psico-social. Quienes detenten la guarda y custodia tienen la responsabilidad de brindar educación, salud, cuidado médico, práctica religiosa, residencia, clases extracurriculares, permisos y toma de decisiones importantes, en la medida de sus posibilidades; así como convivir con el menor en un entorno de respeto, con el único fin de salvaguardar su bienestar bio-psico-emocional y físico”.

Ahora bien, es importante recalcar que tendrán es derecho a la guarda y

custodia los ascendientes; en primer término serán los padres del menor de edad o mayor de edad incapaz, y en casos extraordinarios podrán solicitar la guarda y custodia los ascendientes en segundo grado (abuelos), en el orden en que lo determine el Juez competente.

De este modo la figura en comento adquirirá nuevas características a cubrir, es decir, la obligación de los ascendientes para relacionarse armónicamente con los menores de edad o los mayores de edad incapaces, además de generar lazos de afectividad que contribuyan al desarrollo de la personalidad y autoestima. Así mismo, es importante señalar en otro artículo que la guarda y custodia se ejerce únicamente sobre la persona del menor de edad no emancipado y de los mayores de edad incapaces, lo que la hace diferente de la patria potestad, al no ser inherentes a ésta los bienes del menor; y continuaríamos señalando:

“Artículo 448 TER. La guarda y custodia de los menores de edad o mayores de edad incapaces se clasifica en simple, compartida y alternada. Es simple cuando la ejerce solo uno de los padres, y es él quien toma las decisiones trascendentales para el menor. Es compartida cuando ambos padres la ejercen y por ende ambos toman decisiones para el menor de edad no emancipado o mayor de edad incapaz, es decir, ambos padres tienen autoridad y responsabilidad frente a su descendiente. En los dos casos anteriores el menor de edad o mayor de edad incapaz vivirá en contacto directo con uno solo de los ascendientes. Es alternada cuando el descendiente vive en forma alternada en contacto directo e íntimo con cada uno de sus ascendientes y no con uno de ellos solamente, por lo que la toma de decisiones dependerá del ascendiente con el que viva.

Artículo 448 QUATER. La guarda y custodia puede ser otorgada o bien al padre o a la madre, el Juez resolverá atendiendo al hecho de quien demuestre en términos legales ser el más capaz para el ejercicio de este derecho.

En caso de ser solicitada por el ascendiente en segundo grado, deberá demostrar en los términos legales la incapacidad de los padres para detentar

este derecho.

Artículo 448 QUINTUS. La guarda y custodia se regulará mediante convenio pactado entre los padres donde se atribuya el ejercicio de este derecho exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos en forma compartida o alternada; así mismo, en caso de desacuerdo se establecerá mediante resolución judicial emitida por el Juez de lo Familiar en los procesos incoados a instancia de cualquiera de los ascendientes, en todo momento procurando el interés superior del menor”.

De lo anterior se puede ver que la autoridad Judicial sólo podrá emitir una resolución a falta de acuerdo entre los ascendientes, por lo que estará por encima de cualquier situación el pacto entre los mismos apoyados en el interés superior del menor, pues tendrán total libertad para establecerlo y decidir su propio modelo de convivencia. Aunado a lo anterior, se puede ver que se garantiza la igualdad jurídica y no discriminación por cuestiones de sexos a los ascendientes, pues se les otorga la posibilidad de ejercer el derecho de guarda y custodia sin importar la edad de los hijos, y se proclama mediante la ley la responsabilidad de probar quien es mas apto para el ejercicio de ésta. Inclusive nace la posibilidad de que los abuelos soliciten el ejercicio del derecho, cuando estos consideren que los hábitos desarrollados por los padres del menor lo ponen en peligro. Finalmente, hablamos de un convenio cuyas características se señalan a continuación:

“Artículo 448 SEXTUS.- Los ascendientes que deseen solicitar la guarda y custodia de sus descendientes menores de edad no emancipados o mayores de edad incapaces deberán presentar su propuesta de convenio, o en su defecto, en los juicios de divorcio o nulidad de matrimonio agregar los siguientes requisitos a su solicitud de propuesta de convenio:

I.- El régimen de cuidado de sus hijos menores de edad sujetos a la patria potestad o mayores de edad incapaces.

II.- El régimen de visitas del menor con el progenitor o progenitores que no ejerce la custodia, siendo necesario para los menores de 12 años señalar los días de convivencia con horarios de salida y regreso a su domicilio, el lugar

donde se llevara acabo la convivencia, además deberá señalarse el régimen de visita para los días festivos y vacaciones, así como los días de asueto.

III.- Señalar el domicilio en donde habitara el menor y el ascendiente que ejercite la guarda y custodia.

IV.- Señalar la contribución del o los ascendientes para los alimentos del menor.

V.- Tipo de guarda y custodia que se establecerá.

VI.- Persona que detendrá la guarda y custodia provisional y definitiva.

VII.- Mediadas cautelares o provisionales.”

Es importante hacer las siguientes puntualizaciones al tenor de este artículo:

Entenderemos por “régimen de cuidado” a aquellas conductas tendientes a desarrollar por los ascendientes, mismas que contribuirán al adecuado desarrollo del menor, como lo son, por un lado, la imposición de reglas, modelos de conductas, religión, etc; y por otro, la educación escolarizada, cuidados médicos, etc. De este modo, se proporciona al menor una base sólida para su crecimiento, evitando que se desarrolle con sentimientos de escasa autoestima, depresión o ansiedad, inclusive a largo plazo, se evitarían problemas con alcohol u otras drogas para mitigar su estres. Por ejemplo, en el convenio se establecerá que el menor de edad o mayor de edad incapaz, asistirá a la escuela “x”, de lunes a viernes, en el horario matutino, es decir, de 8:00 am a 13:30 pm.

Dicho de otro modo, el régimen de cuidado establecerá un modelo familiar positivo, el cual podrá copiar el menor de edad y le permitirá establecer relaciones “sanas” a lo largo de su vida, así mismo, le generará su propia capacidad de resolver los problemas inherentes de la vida en sociedad.

La segunda fracción del artículo que se sustenta, no requiere mayor explicación, toda vez que ha quedado previamente establecido el concepto de régimen de visita como el derecho de los descendientes con sus ascendientes a convivir. Por lo que, deberá establecerse un régimen de visita mínimo, con periodos, días y horas de inicio y termino de la convivencia.

Por su parte, la fracción tercera del artículo que se propone, nace en virtud de generar seguridad al ascendiente que no ejerce la guarda y custodia, ya que de este modo se tendrá la certeza de en donde se puede localizar al menor en caso de una emergencia, recordando siempre que aunque la pareja decida poner fin a su convivencia matrimonial, la familia debe seguir funcionando.

Aunado a lo anterior, se genera la obligación del ascendiente que detenta la guarda y custodia, a permanecer con el menor en un lugar cierto y determinado.

En este orden de ideas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado en la tesis intitulada “GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES, CONDICIONES DEL LUGAR DONDE SE EJERZA”⁷⁶, respecto del lugar donde se ejerza la guarda y custodia, que debe ser lo más favorable posible para el mejor desarrollo de los derechos y obligaciones de cuidado, corrección, formación física y espiritual de los menores, y que se debe procurar que se ejerza en un lugar donde la persona a quien se decretó goce de las atribuciones, respeto y autoridad para llevar a cabo las acciones orientadas a lograr mejor esos fines.

Asimismo, señala que si de actuaciones no se advierten esos elementos, la autoridad judicial, en ejercicio de sus facultades para intervenir en asuntos familiares, deberá recabar las pruebas que estime pertinentes para mejor proveer con conocimiento de las partes. Cabe señalar, que en caso de que el ascendiente que detente la guarda cambie de domicilio, estará obligado a informar inmediatamente su nuevo domicilio.

La fracción IV de la propuesta, hace referencia a la participación económica de los ascendientes para los gastos de los menores o mayores de edad incapacitados, insistiendo en que ambos ascendientes en primer grado (padres), deben de proporcionar alimentos a los menores atendiendo a su

⁷⁶ Tesis: I.7o.C.123 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXIX, Marzo de 2009, p. 2757.

capacidad económica, pues el hecho de detentar la guarda y custodia no los exime de ese deber.

Lo anterior es así, toda vez que al ser una figura tan imperante y trascendental en la familia, no se puede otorgar tras la simple solicitud y sin compromiso para con el menor; en este orden de ideas a continuación se describen los requisitos para obtenerla.

4.2 Requisitos para obtenerla.

Debemos de partir siempre de la premisa de que los menores son el futuro de la sociedad, y que su bienestar presente será reflejo de su bienestar futuro, haciendo hincapié a que la ley tiene la obligación de proteger y brindar seguridad a quien la desea hacer valer, se proponen los siguientes requisitos para solicitar la guarda y custodia de un menor de edad.

“Artículo 448 SEPTIMUS.- La guarda y custodia se determinará:

I.- A petición de los ascendientes, mediante convenio.

II.- Mediante resolución judicial emitida por el Juez de lo Familiar, cuando los ascendientes no estén de acuerdo con lo relativo al ejercicio de este derecho, o juicio incoado por el ascendiente en segundo grado.

En ambos casos deberá mediar sentencia debidamente motivada y fundamentada en los hechos y pruebas ofrecidas por las partes.”

El Juez, antes de adoptar alguna decisión respecto de esta figura, por convenio o por juicio incoado ante él, podrá recabar los dictámenes de los especialistas debidamente calificados, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la custodia de los menores de edad o mayores de edad incapaces.

“Artículo 448 OCTAVUS.- Son requisitos para obtener la guarda y custodia, en cualquiera de sus modalidades:

I.- Estilos uniformes de vida y disponibilidad de los progenitores.

II.- El establecimiento de la pensión alimenticia.

III.- En los casos de custodia compartida o alternada, será requisito que los

ascendientes comprueben tener buenas relaciones entre sí, lo anterior será valorado mediante las pruebas psicológicas pertinentes.”

La fracción I que se propone en el artículo que antecede, nace ya que se considera perjudicial el continuo cambio de domicilio o de costumbre dentro del domicilio familiar para el menor de edad o mayor de edad incapaz, por lo que será necesario que los ascendientes, comprometidos con la guarda y custodia, se obliguen a seguir una línea paralela en sus estilos de vida, que les permita convivir, compartir y disfrutar el tiempo con sus descendientes.

Dicho de otro modo, por un lado que las normas éticas, de educación, hábitos alimenticios, circunstancias médicas, etc, que siga el ascendiente en el domicilio materno, sean los mismos en el domicilio paterno y en el domicilio de los ascendientes en segundo grado; y por otro lado que la vivienda reúna las condiciones para que los hijos convivan con el ascendiente de forma adecuada, tales como espacios libres de sustancias tóxicas, animales peligrosos y lugares que expongan a los menores a la prostitución, centros nocturnos, etc. La disponibilidad de los ascendientes la determina, por ejemplo, el horario de trabajo.

Por lo que respecta a la fracción II propuesta, se debe señalar, que la guarda y custodia hace referencia directa al menor y no a los bienes, por lo que los alimentos constituyen una obligación para los ascendientes, y por ende un requisito para obtenerla. Tal y como se ha mencionado, esta obligación debe recaer tanto en el ascendiente que detente la guarda y custodia, como en el ascendiente que tenga derecho a visitas; es importante señalar, que se deberá plantear el periodo de los mismos y la forma de cubrirlos; finalmente estarán sujetos a lo dispuesto en el artículo 311 del Código Civil del Distrito Federal vigente, el cual señala que los alimentos se determinarán atendiendo a las posibilidades de quien debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos.

Será necesario para que se otorgue la custodia compartida o alternada, que los ascendientes acrediten tener una buena relación entre sí, toda vez que la

armonía y la relación satisfactoria entre los ascendientes permitirá el adecuado crecimiento del menor de edad o mayor de edad incapaz. Cabe señalar que no es aconsejable que los descendientes se desarrollen en un ambiente hostil, donde la influencia de uno de los ascendientes puede inclinar al descendiente a desarrollar conductas de desprecio o desagrado para el otro ascendiente, consumando en una relación de poco entendimiento familiar y apatías. Haciendo hincapié, en que estos tipos de guarda y custodia, permitirán que las figuras paterna y materna se equilibren y complementen adecuadamente, permitiendo que los descendientes convivan y tengan el mayor contacto posible con sus ascendientes.

Así pues, continuaríamos señalando:

“Artículo 448 NONUS. La atribución de la guarda y custodia requiere atender las siguientes circunstancias, en combinación con los criterios legales:

I.- El interés superior de los menores de edad o mayores de edad incapaces.

II.- El derecho de audiencia de los menores.

III.- La no separación de hermanos.

IV.- El tiempo de que disponen los progenitores para el cuidado de sus descendientes.

V.- La convivencia del solicitante con una tercera persona

VI.- La relación paterna filial y materna filial con el menor.

VII.- La convivencia de la familia paterna y materna con relación al menor.

VIII.- Prueba psicológica o informe de un trabajador social del DIF.”

Ahora bien, por lo respecta a la fracción I del artículo que se propone, cabe hacer mención que el interés del menor de edad o mayores de edad incapaces no debe ser medido por parámetros de confort material, es decir, declinar el ejercicio del derecho por las comodidades económicas que puede brindar

alguno de los ascendientes, al contrario, debe atender a los elementos personales, familiares y materiales que concurren en la familia.

Íntimamente ligado a la fracción I de la propuesta, hallamos las fracciones II, III y IV, pues será obligación del Juez competente escuchar al menor de edad o mayor de edad incapaz, respecto de sus necesidades emocionales en la audiencia que se señale para el desahogo de la prueba conducente; igualmente valorará la estabilidad de los ascendientes y los descendientes, así como las relaciones fraternales que existan, y que contribuyan al mejor desarrollo de los individuos sujetos a juicio de guarda y custodia. Siendo necesario, en caso de que los hermanos no puedan permanecer juntos por cualquier circunstancia extraordinaria, establecer un régimen de visita para ellos, determinando en su caso, el lugar y la forma en que deberán desarrollarse las visitas.

En cuanto a las fracciones V, VI y VII, se debe señalar que esta encaminado a que los ascendientes brinden más atención a los descendientes, en el cuidado y atención diaria, pese a la existencia de terceros o la existencia de crisis familiares. Con esto, se pretende garantizar la mayor estabilidad de los descendientes, y se responsabiliza a los ascendientes de forma equitativa y proporcional a brindar una formación integral a sus hijos; es loable señalar, que no afecta en nada que los ascendientes deseen reconstruir su vida personal, siempre que ello no perturbe, inquiete o entristezca al menor de edad o al mayor de edad incapaz sujeto a la guarda y custodia, es decir, esto no implica el no ejercicio de la custodia.

Finalmente, las puntualizaciones pertinentes a la fracción VIII, se harán más adelante lo que respecta a la parte procesal del presente trabajo.

4.3 Formas de suspensión de la guarda y custodia.

Entenderemos por suspensión de la guarda y custodia a la interrupción temporal o indefinida de la misma. Se cataloga de este modo dependiendo de las causas que dan origen a la misma, aclarando que no significa la pérdida del

derecho.

La suspensión se justifica por la necesidad de brindar protección o debido amparo al menor de edad o mayor de edad incapaz, por lo que se expone el siguiente artículo:

“Artículo 448 DECIMUS.- Se suspenderá la guarda y custodia en los siguientes supuestos:

- I. Por padecer enfermedad grave o contagiosa de quien detenta la guarda y custodia.
- II. Por desarrollar conductas adictivas por quien detenta la guarda y custodia.
- III. Cuando el ascendiente que detente la guarda y custodia se encuentre sujeto a proceso penal, o una vez resuelto el mismo, se emita sentencia condenatoria al ascendiente.
- IV. Por impedir el régimen de visita establecido por sentencia judicial o mediante convenio previamente aprobado, o viceversa, por no acudir al mismo.
- V. Por violencia familiar, que ponga en riesgo el adecuado desarrollo de la integridad física, emocional o psicológica del descendiente.
- VI. Por existir alienación monoparental.
- VII. Cuando el ascendiente que detente la guarda y custodia del menor cambie de domicilio y no dé aviso al ascendiente que no la detenta.”

Es necesario hacer las siguientes aclaraciones:

Respecto de la fracción I, es preciso mencionar que se suspende indefinidamente la guarda y custodia, tratándose de enfermedades crónicas, que por la gravedad de las mismas no permitan el cuidado del menor, como por ejemplo, cáncer, síndrome de inmunodeficiencia adquirida, demencia, etcétera; y será temporal cuando el ascendiente tenga una enfermedad que le impida cuidar de su descendiente por un lapso determinado, como en casos de viruela, sarampión, influenza, etc.

En referencia a la fracción II, es laudable señalar, que la suspensión será por tiempo indefinido hasta en tanto el ascendiente se recupere, y la recuperación

sea avalada por un médico competente. Al respecto de la fracción III, es indispensable mencionar que se suspende la guarda y custodia en función del delito por el cual se este sujeto a proceso judicial, haciendo hincapié, que será temporal o indefinida dependiendo de la gravedad del mismo, y en casos extremos, es decir, cuando el sujeto pasivo del delito haya sido el descendiente, procederá la pérdida, no la suspensión.

Cabe señalar, que no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté acusado en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro ascendiente o de los descendientes que convivan con ambos.

La fracción IV que se propone, se divide en dos supuestos, el primero se imputa al ascendiente que detenta la guarda y custodia, pues es él quien tiene la posibilidad de impedir el régimen de visitas, y el segundo se imputa a quien no tiene la guarda y custodia, pero si el régimen de visitas y por cualquier circunstancia no concurre al mismo.

En este entendido, el régimen de visitas se constituye como un derecho y una obligación al mismo tiempo, pues los ascendientes tienen el compromiso de facilitar el cumplimiento del régimen de visitas, así como informar las incidencias importantes que le ocurran al menor, y el descendiente tiene el derecho de ver a sus progenitores o ascendientes. Dicho de otro modo, se puede señalar, por un lado, que el régimen de visita se constituye como una obligación del progenitor que detenta la guarda y custodia, a facilitar el cumplimiento del mismo, así como a informar los sucesos importantes ocurridos al menor, y por otro lado, el derecho del ascendiente y del descendiente que tienen de disfrutar el régimen de visita acordado, mismo que trae como consecuencia para el ascendiente, el velar por todo lo referente a la educación, salud y buen desarrollo del menor de edad o mayor de edad incapacitado.

Aunado a lo antes expuesto, los ascendientes no pueden ignorar la orden

judicial señalada mediante sentencia que establezca la guarda y custodia y el régimen de visitas; máxime que para el ejercicio de estas figuras, deberá existir previamente un análisis y valoración de las pruebas ofrecidas, admitidas y desahogadas en juicio preconcebido.

La fracción V del artículo que se propone no requiere mayor explicación, solo se aclara el concepto de violencia familiar, que de acuerdo a lo establecido en los artículos 323 Quater y 323 Quintus del Código Civil para el Distrito Federal vigente, es:

“Artículo 323 Quater. La violencia familiar es aquel acto u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional, o sexualmente a cualquier integrante de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, y que tiene por efecto causar daño, y que puede ser cualquiera de las siguientes clases:

I. Violencia física: a todo acto intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro;

II. Violencia psicoemocional: a todo acto u omisión consistente en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, insultos amenazas, celotipia, desdén, abandono o actitudes devaluatorias, que provoquen en quien las recibe alteración auto cognitiva y auto valorativa que integran su autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de la estructura psíquica de esa persona;

III. Violencia económica: a los actos que implican control de los ingresos, el apoderamiento de los bienes propiedad de la otra parte, la retención, menoscabo, destrucción o desaparición de objetos, documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos de la pareja o de un integrante de la familia. Así como, el incumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte de la persona que de conformidad con lo dispuesto en este código tiene obligación de cubrirlas, y

IV. Violencia sexual: a los actos u omisiones y cuyas formas de expresión pueden ser: inducir a la realización de prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor, practicar la celotipia para el control, manipulación o dominio de la pareja y que generen un daño.

No se justifica en ningún caso como forma de educación o formación el ejercicio de la violencia hacia las niñas y niños.

Para efectos de este artículo, se entiende por integrante de la familia a la persona que se encuentre unida a otra por una relación de matrimonio, concubinato, o por un lazo de parentesco consanguíneo, en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, colateral o afín hasta el cuarto grado, así como de parentesco civil.

Artículo 323 Quintus. También se considera violencia familiar la conducta descrita en el artículo anterior llevada a cabo contra la persona que este sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa”.

Siguiendo con el análisis de la propuesta, con respecto a la fracción VI, vale la pena señalar lo que estudios psicológicos y sociales determinan como

Síndrome de Alienación Monoparental (SAP), es decir, el fenómeno que sufren los hijos de padres separados, cuando uno de los ascendientes le inculca respecto del otro ascendiente que el menor lo odie sin justificación⁷⁷, este síndrome puede darse al emitir comentarios despectivos del ascendiente ausente, que provocan una mala percepción del ascendiente para el menor de edad o mayor de edad incapacitado. Ésta singular figura nace en España a raíz de la Ley de Divorcio, con relación a la custodia compartida; en este punto, considero que es importante salvaguardar la integridad de los ascendientes, pues la guarda y custodia, como lo he señalado antes, es un derecho para los mismos, el cual les permite seguir teniendo contacto con sus descendientes, y que permite fortalecer los lazos familiares.

Es por ello, que se debe considerar como razón para suspender la guarda y custodia el hecho de emitir comentarios ofensivos respecto de un ascendiente, pues esto resulta indispensable en un nuevo ordenamiento, ya que con ello se evitará que los descendientes odien y rechacen a alguno de sus ascendientes, así mismo, se reforzará el afecto entre el hijo y el progenitor y se evitará crearle un daño al descendiente. Lo anterior es así, pues este tipo de conductas se constituyen como maltrato psicológico, el cual puede ocasionar al descendiente diversas reacciones anémicas, como lo son una depresión crónica, la incapacidad de funcionar en un ambiente psicosocial normal, además de trastornos de identidad y de imagen, desesperación, sentimiento incontrolable de culpabilidad, un sentimiento de aislamiento, comportamientos de hostilidad, una falta de organización, una personalidad esquizofrénica y a veces el suicidio. Estudios han mostrado que, en cuanto sean adultas las víctimas de tal situación, tienen una inclinación al alcohol y a la droga, y presentan otros síntomas de profundo malestar.⁷⁸

Finalmente, la fracción VII que se propone deriva de la necesidad de que el menor sea protegido y conviva sanamente con el ascendiente que tiene por

⁷⁷ Página electrónica: <http://www.custodiacompartida.org/content/view/10/35/> (Consultado 10-01-2011)

⁷⁸ Página electrónica: <http://estarconmishijos.iespana.es> (Consultado 10-01-2011)

derecho las visitas, es decir, no atentar en contra del derecho que le corresponde.

Es meritorio indicar que, el régimen de visita variará dependiendo de las circunstancias de hecho y de derecho que concurren, es decir, a ninguno de los ascendientes se les privará, sin justa causa, la convivencia con el o los menores de edad o mayores de edad incapaces.

4.4. Formas de extinción de la guarda y custodia.

En este apartado, es importante señalar la diferencia entre término y pérdida, ya que ambos conceptos enmarcan consecuencias jurídicas diferentes.

De acuerdo a la doctrina, el concepto término hace referencia a una fecha cierta que se establece para que ocurra o no cierto acto jurídico, dicha fecha no es aplazable. Término deriva del latín *placitum* que quiere decir tiempo señalado para una cosa.⁷⁹ Entenderemos por término al acontecimiento futuro de realización cierta al que esta sujeto la extinción de la obligación.

En este orden de ideas, se propone lo siguiente:

“Artículo 448 DECIMUS PRIMUS.- Se termina la guarda y custodia en los siguientes casos:

I Por muerte de los padres.

II Al cumplimiento de la mayoría de edad del o de los menores sujetos a la guarda y custodia.”

Ahora bien, por lo que respecta al concepto de perdida, el Diccionario de la de la Lengua Española enuncia que es dejar de tener, o no hallar, aquello que poseía, sea por culpa o descuido del poseedor, sea por contingencia o

⁷⁹ Diccionario Jurídico Mexicano, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, 1984, t. VIII, p.120.

desgracia⁸⁰, por lo que se propone lo siguiente:

“Artículo 448 DECIMUS SECUNDUS.- Se pierde la guarda y custodia en los siguientes casos:

I Por incumplimiento a los requisitos y/u obligaciones señaladas en la ley o pactadas en convenio precedente.

II Por abandono del menor de edad o mayor de edad incapaz por más de 6 meses.

III Por condena en juicio penal de quien la ejerza.

IV Cuando la convivencia resulte riesgosa o perjudicial para el menor de edad o mayor de edad incapaz.”

Para determinar la pérdida de la guarda y custodia, el ascendiente que la solicite deberá acreditar fehacientemente el incumplimiento de los requisitos y/u de las obligaciones establecidas, mismas que han sido señaladas párrafos anteriores.

El abandono que se enuncia en la fracción II, deberá ser mayor a 6 seis meses, en relación a éste entenderemos por abandono al desamparo de los que por algún motivo deben ser protegidos por quienes tienen el deber u obligación de ello, el abandono afecta la seguridad física de las personas, la que se pone en peligro, no solo por actos dirigidos a ello, sino por el abandono material de quien no se encuentra en condiciones de proveer a su cuidado. Los elementos de esta conducta es que ésta recaiga sobre una persona que no pueda proveer a su propio cuidado material y que quien lo lleve a cabo sea una persona obligada a proporcionárselo⁸¹.

El abandono podrá ser acreditado por cualquier medio de prueba, tales como un acta de barandilla donde se dé a conocer tal situación.

Ahora bien, con respecto a la pérdida de la guarda y custodia por condena

⁸⁰ Diccionario de la lengua española, 21ª. ed., España, Ed. Espasa Calpe, 1992, t. I, p. 444.

⁸¹ Diccionario Jurídico Mexicano, *op. cit.*, t. I. nota 75, p. 18.

judicial, tal y como se señalo antes, procederá cuando el sujeto pasivo del delito haya sido el descendiente.

La sentencia deberá contener, por lo menor, los siguientes elementos:

- 1.- Tipo de Guarda y custodia a ejercer.
- 2.- La persona que detentara la guarda y custodia.
- 3.- El domicilio en que habitará el menor con el ascendiente que detente la guarda y custodia.
- 4.- En su caso, el régimen de visitas.
- 5.- La pensión alimenticia a favor del menor o menores.
- 6.- Los demás derechos y obligaciones inherentes a la guarda y custodia que garanticen la adecuada crianza de los menores.

4.5 Regulación procesal de la guarda y custodia.

Para este efecto será necesario partir del artículo 941 Bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, mismo que señala:

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

En la sesión donde sean escuchados los menores deberán ser asistidos por el asistente de menores correspondiente, adscrito al sistema integral de la familia del distrito federal, quien no requerirá comparecer para protestar el cargo. Para que tenga verificativo la audiencia respectiva el juez de lo familiar tomara en consideración la programación de audiencias que tenga la institución. Quien tenga a los menores bajo su cuidado, los presentara a la audiencia, para que sean escuchados por el juez y el ministerio publico adscrito.

El juez de lo familiar oyendo la opinión del representante social y valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, pudiendo incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, determinara a quien de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad.

A falta o imposibilidad de los progenitores para tener la custodia de los menores se consideraran las hipótesis previstas en los artículos 414 y 418 del código civil.

Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor.

Cuando cambie de domicilio el ascendiente que conserva la guarda y custodia, este tiene la obligación de informar al juez y a quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia. El incumplimiento de esta disposición dará lugar a lo establecido en el artículo 73 de este ordenamiento.”.

Derivado de la reforma que se propone al Código Civil para el Distrito Federal, resulta indispensable una reforma al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en torno a la guarda y custodia y al régimen de visita, por lo que, se propone reformar el artículo 941 Bis del Título Decimosexto De las controversias de orden familiar, Capítulo Único Disposiciones Generales, para quedar como sigue:

“Artículo 941 Bis.- La guarda y custodia y el régimen de visita se otorgará a petición de parte interesada, mediante escrito de demanda que precise, además de los requisitos señalados en el artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles, los siguientes:

- I. Tipo de guarda y custodia a establecer, de acuerdo a lo señalado en el código sustantivo de la materia.
- II. Persona que detendrá la guarda y custodia provisional y definitiva.
- III. Establecimiento del régimen de visita.
- IV. Domicilio que habitará el menor durante el proceso y posterior al mismo.
- V. Alimentos y garantía.
- VI. Medidas Provisionales o cautelares.
- VII. Pruebas.

El Juez de lo Familiar deberá resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus padres. ”

En este sentido, el Juez de lo Familiar emitirá una determinación que establezca de forma provisional lo relativo a la guarda y custodia y el régimen de visita.

Cabe señalar brevemente, una reseña de lo que son y para que sirven las medidas cautelares, deviene del latín *cautela* que significa prevenir, es decir, son las reglas o medidas para prevenir la consecución de determinado fin para

precaver lo que pueda dificultarlo⁸² .

Las medidas cautelares surgirán siempre que exista un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una decisión judicial definitiva; el maestro Fix Zamudio infiere tres requisitos que deben reunirse para la procedencia de las medidas cautelares, a saber: que el caso sea grave, que sea urgente y que se busque evitar un daño irreparable⁸³ .

En conclusión, las medidas provisionales o cautelares son actos procesales adoptados durante el proceso o previo al mismo, a pedido de los interesados o de oficio, cuyo fin es resguardar bienes o la seguridad de las personas hasta en tanto se dicte la sentencia pertinente.

En este orden de ideas, las medidas cautelares son autorizadas únicamente por el Juez competente, que en el caso que nos ocupa lo es el Juez de lo Familiar, y servirán, en el caso concreto, para salvaguardar la integridad del menor de edad o mayor de edad incapaz. Las medidas provisionales no deben ser permitidas más allá de lo estrictamente necesario en el proceso.

Obviamente, las medidas provisionales solicitadas, estarán encaminadas al cuidado y protección de los menores o mayores de edad incapaces, dispondrán respecto de la guarda y custodia y los alimentos a suministrar, aunado a lo anterior, determinará el régimen de visita, cabe señalar, que no se concederán por el Juez de lo Familiar cuando exista peligro para la integridad física, sexual y psicológica de los hijos menores de edad.

El mismo artículo 941 Bis en su tercer párrafo, deberá señalar:

“Artículo 941 Bis (tercer párrafo).- Recibida la demanda de guarda y custodia y régimen de visita, se emplazará y correrá traslado de la misma a la parte

⁸² Rey Cantor, Ernesto, *Medidas provisionales y cautelares en el Sistema Interamericano*, Colombia, Ed. Temis, S.A., 2005, p. 148.

⁸³ Fix Zamudio, Héctor, *Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos. La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, España, Ed. Dikson, 1997, p. 199 y 200.

contraria, la cual gozará de un término de 15 días para que conteste, debiendo ofrecer las pruebas que estime pertinentes para demostrar su dicho.”

Este procedimiento, se establece en estricto acatamiento a lo establecido en el artículo 256 del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal.

El cuarto párrafo para la reforma del artículo 941 Bis, señalará:

“Artículo 941 Bis (cuarto párrafo).- Una vez contestada la demanda, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia de los menores misma que se efectuará dentro de los quince días siguientes. En caso de no existir diferencias entre lo solicitado por las partes o llegar a un convenio que no contravenga ninguna disposición legal, en la audiencia de referencia el Juez lo aprobara de plano elevándolo a categoría de sentencia. En caso de desacuerdo entre las partes se continuará con la audiencia, desahogando las pruebas admitidas y escuchando al menor.”

Con el artículo anterior, se pretende evitar un procedimiento largo y desgastante para los padres y para los hijos.

En este punto, se aclara que se deberán presentar las pruebas pertinentes para desentrañar que es lo más benéfico para el debido desarrollo de los menores de edad o mayores de edad incapaces.

Para conocer objetivamente el entorno social del menor, se aceptaran los siguientes instrumentos probatorios:

- Entrevista entre el Juez de lo Familiar y el menor.

Estas entrevistas llevarán a desentrañar que es lo mejor para el menor, es decir, respetar el interés superior del menor; serán tomadas en cuenta en tanto el menor tenga suficiente juicio para emitir las, por lo que deberá cumplirse con lo señalado en el artículo 941 Bis, en el sentido de que los menores serán asistidos por el asistente de menores correspondiente, adscrito al Sistema

Integral de la Familia del Distrito Federal, y ante la presencia del Agente del Ministerio Público.

- Periciales. Es decir, la opinión de expertos, tales como la psicológica, socioeconómica, entre otras. Lo anterior permitirá conocer diversos aspectos como las costumbres, educación, patrimonio, salud, etc.

- Documentales.

Aunado a ello, se aceptaran las pruebas que sean ofrecidas conforme al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, y que contribuyan a esclarecer los hechos.

Por otra parte, en el texto del artículo 941 Bis que se propone, subsistirán los párrafos segundo y tercero del artículo 941 Bis del Código adjetivo vigente en el Distrito Federal, mismos que establecen:

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

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

Familiar oyendo la opinión del Representante Social y valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, pudiendo incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, determinará a quién de los progenitores corresponderá la guarda y custodia de los hijos menores de edad. En el mismo acto, establecerá el régimen de visita que se deberá acatar.”

En este contexto, resultará inaplicable lo establecido en los últimos párrafos del artículo 941 bis vigente del Código de Procedimientos Civiles, mismos que señalan:

“Cuando cambie de domicilio el ascendiente que conserva la guarda y custodia, éste tiene la obligación de informar al Juez y a quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia.

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

Lo anterior, en el entendido que el cambio del domicilio sin previo aviso al

ascendiente que no detenta la guarda y custodia, sería causa de suspensión de la misma de quien la detenta.

Es importante señalar, que la guarda y custodia y el régimen de visita, tendrán la característica de ser alterables, es decir, en la medida que las circunstancias de hecho o derecho cambien, éste cambiara con ellas, dicho de otro modo, puede ser modificado tras la tramitación de un nuevo proceso, incluso puede, como se señaló en párrafos anteriores, suspenderse o perderse cuando alguna circunstancia de la vida lo amerite por considerarse perjudicial para el menor de edad o mayor de edad incapaz.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto, indicando en la tesis aislada intitulada “Guarda y custodia de menores. Para la modificación de la sentencia relativa el juzgador debe exigir y tener en cuenta no sólo la demostración plena de circunstancias fundamentales que sustentaron lo decidido en la resolución firme, sino también que ello redunde en el interés superior de aquellos, de manera que quien la ejerza concrete un beneficio real y efectivo que incida en su desarrollo y ejercicio pleno“, que en la pretensión del cambio de la guarda y custodia de un menor decretada previamente en una sentencia definitiva, basada en que existe una modificación de las circunstancias en que aquélla se resolvió, el juzgador debe exigir no sólo la demostración plena de las circunstancias fundamentales que sustentaron lo decidido en la sentencia firme preexistente, sino también que ese cambio esencial redunde en el interés superior del menor, de manera que el cambio de guarda y custodia, en lo relativo a la persona que en lo sucesivo la ejerza, concrete un beneficio real y efectivo que incida en el desarrollo y ejercicio pleno de los derechos del menor, considerando que la responsabilidad de los padres en el cumplimiento de sus deberes hacia sus hijos, comprende no sólo el apoyo económico, sino también la formación espiritual, emocional y social que propicie el desarrollo armónico e integral del menor, lo que puede lograrse si el medio ambiente en el que se desenvuelva es benéfico para éste.

Continuando con la parte procesal, se puntualiza que para emitir una resolución, el Juez del caso valorará todos los elementos probatorios que se

hayan desahogado, así mismo descartará la existencia de suspensión o pérdida de la guarda y custodia; considerará las valoraciones psicológicas del menor o mayor de edad incapaz y de los ascendientes; y sobre todo deberá tener como principio fundamental el interés superior del menor.

Tal y como lo señala el artículo 941 Ter del vigente Código Adjetivo, al ascendiente que no le sea otorgada la custodia podrá convivir con su descendiente, previa determinación del Juez, es decir, gozará del régimen de visita, mismo que estará basado en lo dispuesto en la sentencia de mérito, en consideración a lo pactado por las partes o resuelto por el mismo Juez.

En caso de duda, y para salvaguarda de los descendientes menores de edad o incapaces en caso de violencia familiar, el penúltimo párrafo del Artículo 941 Ter dispone que el Juez de lo Familiar, deberá ordenar que las convivencias se realicen en los Centros e Instituciones destinados para tal efecto, únicamente durante el procedimiento.

Para los casos que los ascendientes incumplan las obligaciones señaladas en el presente capítulo, el ascendiente cumplido, podrá solicitar la pérdida de la guarda y custodia para el ascendiente incumplido, en este caso se aseguraran los alimentos necesarios para el menor de edad o mayor de edad incapaz.

CONCLUSIONES

Primera.- Los cambios sociales, la evolución de los roles sociales y las transformaciones del mundo en general en diversas materias, no se han visto reflejadas en nuestros ordenamientos, aunado a ello encontramos la falta de pericia del legislador para establecer en la Ley medidas claras y suficientes para el control de la sociedad, a partir del cuidado del núcleo familiar. Por lo que, se propone crear un apartado específico de la guarda y custodia y del régimen de visita.

Segunda.- El Código Civil enuncia la custodia compartida sin embargo no la regula de manera sistemática. Es dable señalar que se entiende por guarda y custodia a aquella figura que se compone por el cúmulo de derechos y obligaciones de los ascendientes para con los descendientes, con el fin de brindar protección y cuidado para los mismos.

Tercera.- En el Código Civil vigente para el Distrito Federal no existe alguna disposición que determine los requisitos para obtener la guarda y custodia y tampoco regula el régimen de visita. Por lo que se propone que en el Código Civil se regulen los requisitos para obtener la guarda y custodia, formas de suspensión y de extinción, y una reglamentación procesal adecuada.

Cuarta.- Las hipótesis normativas del Código Civil no delimitan quien tiene la prerrogativa para ejercer la guarda y custodia, incluso el artículo 282 deja abierto el camino a cualquier persona, al establecer que ejercerá la guarda y custodia “la persona que de común acuerdo designen los cónyuges”. Por lo que se propone que se especifique que los únicos sujetos con derecho para ejercer la guarda y custodia son los ascendientes hasta el segundo grado.

Quinta.- Por otra parte, la preferencia materna establecida en el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, es contraria a lo establecido por los artículos 1° y 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismos que abogan por los principios de no discriminación e igualdad jurídica entre el varón y la mujer. Asimismo, resulta contraria a disposiciones tales

como la Ley Federal para prevenir la discriminación y el mismo Código Civil para el Distrito Federal. En este contexto, será necesario derogar aquellas disposiciones que tienen algún toque discriminatorio, obligando a los ascendientes a demostrar su capacidad para ser titulares de la guarda y custodia y del régimen de visita.

Sexta.- El contenido del artículo 283 del Código Civil vigente relativo a que la sentencia de divorcio fijara la situación de los hijos menores de edad resulta letra muerta con la entrada en vigor de las reformas del 03 de octubre de 2008; ya que en caso de desacuerdo entre los padres, la sentencia únicamente disuelve el vínculo matrimonial, dejando a salvo el derecho de las partes para que en vía incidental sean resueltas las cuestiones de los bienes, hijos y alimentos.

Séptima.- La guarda y custodia no debe ser confundida con la patria potestad, las diferencias entre tales figuras del derecho familiar radican en el objeto en el que recaen los efectos de cada una de ellos, siendo que los efectos de la guarda y custodia recaen estrictamente en la persona del descendiente menor de edad o mayor de edad incapaz, mientras que en la patria potestad los efectos recaen tanto en la persona, como en su patrimonio.

Octava.- En la guarda y custodia el sujeto activo será solo uno de los ascendientes en un determinado tiempo, mientras que el ejercicio de la patria potestad es simultaneo para los ascendientes; dicho de otro modo, la guarda y custodia es atribuida a uno de los ascendientes, mientras que la patria potestad es encomendada a ambos progenitores. Es preciso indicar que la guarda y custodia es un atributo inherente a la patria potestad, por lo que, sin la existencia de la segunda no existe la primera.

Novena.- Las medidas de apremio contempladas en el artículo 73 del Código adjetivo de la materia resultan obsoletas e ineficaces para garantizar la convivencia entre padres e hijos y la protección de los derechos de los niños, niñas, adolescentes e incapaces.

Décima.- Nuestro Código Civil indica que para designar a quien de los progenitores le corresponde la guarda y custodia debe ser tomada en cuenta la opinión del menor de edad, no obstante ello debe establecerse en qué términos y cuál es la edad en que los niños puedan emitir dicha opinión. Asimismo, diversas tesis emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señalan que éste es un derecho humano el cual el Juzgador está obligado a hacer cumplir de manera oficiosa.

Décima primera.- El régimen de visita es un derecho del menor para convivir con su ascendiente y así cubrir sus necesidades afectivas y educacionales, que deben garantizar el desarrollo bio-psico-social del hijo.

Décima segunda.- Las transformaciones esenciales para el adecuado ejercicio de los derechos de referencia, radican en crear un conjunto de normas inmersas en el Código Civil que estén directamente encaminadas al control, manejo y asignación de la guarda y custodia y del régimen de visitas; mismas que tendrán por objeto el cuidado y protección de los menores de edad y mayores de edad incapaces, con el fin único de asegurar el adecuado desarrollo físico, emocional y psicológico de los descendientes.

Décima tercera.- Se concluye que a fin de lograr la transformación al Código Civil, se propone incluir el Capítulo IV De la Guarda y Custodia y el Régimen de Visita, dentro del Título Octavo De la Patria Potestad, el cual asegurara un proceso equitativo para las partes.

Décima cuarta.- Finalmente, derivada de la reforma al Código Civil para el Distrito Federal, surge la necesidad de reformar el Código de Procedimientos Civiles, por lo que se propone la reforma al artículo 941 Bis, a efecto de establecer detalladamente el procedimiento que deberá llevarse, a efecto de establecer la guarda y custodia y régimen de visita.

BIBLIOGRAFIA

Referencias bibliográficas

ACEVEDO BERMEJO, Antonio, *El divorcio sin pleito*, España, Ed. Tecnos, 2009, p 351.

AGUILAR ORTIZ, J.M., *Exposición de motivos del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California*, (en línea), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1873, (citado 05-10-2010), p. 154. Formato html, Disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2254>

AVENDAÑO LÓPEZ, Raúl, *El divorcio: análisis jurídico y práctico*, México, Ed. Sista, 2006, p 318.

BAQUEIRO, Edgard y Buenrostro, Rosalía, *Derecho de familia*, 2ª. ed., México, Ed. Oxford, 2007, p. 419.

BATIZA, Rodolfo, *Las fuentes del Código Civil de 1928*, México, Ed. Porrúa, 1979, p. 1227.

BONNECASE, Julien. *La filosofía del Código de Napoleón aplicada al derecho de familia*, México, Ed. José M. Cajica Jr, 1945. 359 Págs

CRUZ PONCE, Lisandro, *Código Civil para el Distrito Federal 1932-1982*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1982, p. 732.

CRUZ PONCE, Lisandro, *Derecho de la Niñez*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1990, p. 285.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, *La familia en el derecho, relaciones jurídicas conyugales*, 6ª. ed, México, Ed. Porrúa, 2000. p. 627.

- CHÁVEZ CASTILLO, Raúl, *Derecho de familia y sucesorio*, México, Ed. Porrúa, 2009, p. 355.
- DE PINA, Rafael y De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 36^a. ed., México, Ed. Porrúa. México, 2007, p. 525.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, *Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos. La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, España, Ed. Dikson, 1997, p. 224.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Un siglo de derecho civil mexicano*, México, UNAM, 1985, p. 200.
- GARCIA TÉLLEZ, Ignacio, *Motivos, colaboración y concordancias del nuevo Código Civil mexicano*, 2a. ed., México, Ed. Porrúa, 1965, pp. 186.
- GUERRA MALO, Braulio, *Compendio de derecho Internacional*, México, Universidad Autónoma de Querétaro, 2000, p. 270
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho civil para la familia*, México, Ed. Porrúa, 2004, pp. 497-646.
- LOZANO RAMÍREZ, Raúl, *Derecho Civil*, México, Ed. Pac, 2008, p. 346.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario (comp.), *“Compendio de términos de Derecho Civil”*, México, Ed. Porrúa, 2004, p. 668.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, 2^a. ed., México, Ed. Porrúa, 2001, t. III.
- MARGADANT S., Guillermo Floris, *Derecho Romano*, 26^a. ed., México, Editorial Esfinge, 2002, p. 530.

ORIZABA MONROY, Salvador, *Matrimonio y divorcio: efectos jurídicos*, 3ª. ed., México, Ed. Pac, 2002. p. 139.

PALLARES, Eduardo. *El divorcio en México*, 5ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1987, p. 249.

QUINTANILLA GARCÍA, Miguel Ángel, *Divorcio Expres*, México, Ed. Sista, 2010, p.204.

REY CANTOR, Ernesto, *Medidas provisionales y cautelares en el Sistema Interamericano*, Colombia, Ed. Temis, S.A., 2005, p. 353.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El derecho de visitas*, España, Ed. José Ma. Bosh, 1997, p. 423.

ROBLEDA S.J., Olis, *El matrimonio en el Derecho Romano*, Roma, Universita Gregoriana Edtrice, 1970, p. 306.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, 40ª. ed., México, Ed. Porrúa, 2007, p. 540.

Se omite el nombre del autor, *300 Preguntas y respuestas sobre Derecho Familiar*, México, Ed. Sista, 2005, p. 258.

SOTO ÁLVAREZ, Clemente. *Prontuario de introducción al estudio del Derecho y nociones del Derecho Civil*. 3ª. ed. México, Ed. Limusa, 2005, p. 390.

VILLEGAS MORENO, Gloria, *De la crisis del modelo borbónico al establecimiento de la República Federal*. México, Instituto de Investigaciones Legislativas de la Cámara de Diputados, LVI Legislatura, 1997, t. III, p. 780.

Diccionarios y Enciclopedias

Diccionario Jurídico Mexicano, 4ª. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, t. II, p.1602.

Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, 22ª. ed, España, Ed. Real Academia Española, 2001, p. 1856.

Diccionario Enciclopédico Abreviado, 2ª. ed., España, Ed. Espasa Calpe, 1957, t. III, p. 1214.

Diccionario Jurídico Mexicano, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1984, t. VIII, p. 431.

Diccionario de la lengua española, 21ª. ed., España, Ed. Espasa Calpe, 1992, t. I, p. 598.

Enciclopedia Jurídica electrónica, Jurídico Mx profesional, México, 2008 [Base de datos en CD-ROM] Consultado: 15-11-2010.

Referencias hemerográficas

CRUZ PONCE, Lisandro. “La garde conjointe dans enfants de familles desunies”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXIII, núm. 69, septiembre-diciembre de 1990, p. 1097-1098.

IGLESIAS, ROMÁN, “La influencia del derecho romano en el Derecho Civil Mexicano: los códigos civiles de 1870, 1884 y 1928”, *Revista de Derecho Privado*, México, Año 3, Número 7, enero-abril de 1992, p. 171.

Jimenez García, Joel, “Código Civil para el Distrito Federal de 1928”, *Revista de Derecho Privado*. México, Nueva Serie, año II, número 5, mayo - agosto de 2003, p. 203, Formato html, disponible en internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=derpriv&n=5>

Jimenez García, Joel, "La patria potestad. Su actual concepción en el Código Civil párale Distrito Federal", *Revista de Derecho Privado*, México, nueva serie, número 12, septiembre-diciembre de 2005, p. 153. Formato pdf, disponible en internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=derpriv&n=12>

Pérez Contreras, María, "Reflexiones en torno a la custodia de los hijos, la custodia compartida y las reformas del 2004", (en línea), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, (citado: 19-11-2010), *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 116, p. 593. Formato pdf, Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=116>

Sánchez Castrillo, Gloria, "Divorcio exprés y nuevos matrimonios: últimas reformas al Código Civil", *Lex nova: La revista*, España, número 41, julio-septiembre de 2005, p. 32-35, Formato pdf. Disponible en: http://www.lexnova.es/pub_In/revistas/revista_In/Revista41/08_Informe.pdf

Páginas electrónicas:

Página electrónica INEGI: www.inegi.org.mx/lib/olap/General_ver4/MDXQueryDatos.asp?#Regreso&c=6548

Página electrónica del INEGI: www.dgcnesy.inegi.org.mx

Página electrónica: <http://www.custodiacompartida.org/content/view/10/35/>
(Consultado 10-01-2011)

Página electrónica: <http://estarconmishijos.iespana.es> (Consultado 10-01-2011)

Leyes y Códigos

Ley de justicia alternativa para el Distrito Federal.

Código Civil para el Distrito Federa

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.