

261
2 g.



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE EDUCACIÓN PROFESIONAL
CAMPUS ARAGÓN**

**PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO
282 DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE
PARA EL DISTRITO FEDERAL**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
HÉCTOR MARTÍNEZ GÓMEZ

ASESOR: LIC. LUIS GUERRA VICENTE

MÉXICO, D.F. 1999

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

2713009



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.

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO,
A LA ESCUELA NACIONAL DE EDUCACIÓN PROFESIONAL
CAMPUS ARAGÓN**

Institución que forja a los futuros profesionistas y les inyecta un espíritu de superación y lucha que enaltece a nuestra patria. Institución a la cual estoy orgulloso de haber pertenecido y afortunado por haber ocupado un lugar en sus aulas.

**A MI ASESOR DE TESIS:
LUIS GUERRA VICENTE**

Por el tiempo, esfuerzo y conocimiento que contribuyeron en la revisión de este humilde trabajo. Mi admiración y respeto a tan distinguido Licenciado y Maestro. Gracias.

AL HONORABLE JURADO

Gracias por la atención y tiempo que me dedican en la evaluación del presente trabajo de investigación. Mis respetos a su capacidad, conocimiento y sabiduría.

Gracias Honorable Jurado

A MI MADRE
HIGINIA GÓMEZ VÁZQUEZ

Mi agradecimiento por el apoyo que me has brindado a lo largo de mi existencia y en especial para alcanzar esta primera meta. Esta satisfacción la comparto contigo por ser un compromiso cumplido y de nueva cuenta me obligo a seguir el camino que me mostraste cuando era niño, procurare no defraudarte jamás.

A MI PADRE
FRANCISCO MARTÍNEZ AVENDAÑO



¿Cómo será esa vida o mundo, en el que estamos destinados todos a llegar? Donde quiera que estés, veas que tus palabras no fueron en vano y aunque esa barrera que separa una vida de otra nos mantiene incomunicados, siempre te recordaré, de mi memoria no te borrarás.

“PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 282 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL”

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	pág.
 CAPÍTULO PRIMERO	
CONCEPTOS GENERALES	
1.1 La importancia de la familia para el Estado.....	2
1.2 La protección de los menores de edad.....	6
1.3 De la Paternidad y Filiación.....	10
1.4 De la Seguridad Jurídica del Derecho hacia la protección de la infancia.....	20
1.5 Sus Efectos Jurídicos.....	26
 CAPÍTULO SEGUNDO	
DE LA GUARDA Y CUSTODIA	
2.1 Su origen en la patria potestad.....	30
2.2 Obligaciones de quien la ejerce.....	34
2.3 Obligaciones de quien la recibe.....	41
2.4 Especial referencia a la posibilidad de habitación.....	42
2.5 La Guarda y Custodia en la Tutela.....	44

	pág.
2.6 El concepto de la Guarda y Custodia frente a la Patria Potestad y Tutela.....	49
2.7 Sus Efectos Jurídicos.....	58

CAPITULO TERCERO

FACULTADES DEL JUEZ EN CASO DE DIVORCIO EN RELACIÓN A LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES

3.1 La función jurisdiccional y su alcance en la familia.....	67
3.2 Conceptos generales de Divorcio y clases de Divorcio.....	71
3.3 El Agente del Ministerio Público como Representante Social en el caso de divorcio.....	78
3.4 Desglose del Artículo 282 Fracción VI del Código Civil para el Distrito Federal.....	83
3.5 El acuerdo de los Cónyuges frente a un mejor ambiente en la Guarda y Custodia.....	89
3.6 La Sociedad, los Menores y el Derecho como protector de sus intereses.....	94

CAPITULO CUARTO

pág.

LA NECESIDAD JURIDICO SOCIAL DE DARLE MAYOR PRIORIDAD A LA DECISIÓN DEL JUEZ AL ESCOGER QUIEN DEBE LLEVAR LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES EN CASO DE DIVORCIO

4.1	La Paternidad y su deber de protección hacia los hijos.....	100
4.2	Elementos que debe tomar en cuenta el Juez para emitir su decisión.....	102
4.2.1	Capacidad económica.....	103
4.2.2	Medio ambiente.....	105
4.2.3	Tiempo disponible para la educación del menor.....	107
4.2.4	La opinión del menor en su caso.....	109
4.3	Especial referencia a las causas en que se pierde la patria potestad.....	111
4.4	Efectos Jurídicos.....	114
4.5	Propuesta de Reforma.....	115
	CONCLUSIONES.....	121
	BIBLIOGRAFIA.....	125

INTRODUCCIÓN

Hablar de lo que es en sí una reforma al artículo 282 del Código Civil vigente para el Distrito Federal en su fracción VI es referirse básicamente a la potestad del Juez de lo Familiar, en el sentido de darle mayor facultad al mismo, para que éste determine y decida claramente, a cuál de los cónyuges deberá otorgársele la guarda y custodia de los menores de edad.

El hecho de que el actual artículo 282 Fracción VI del Código Civil para el Distrito Federal establezca que, los padres de común acuerdo pueden decidir, la guarda y custodia de sus menores hijos, esto no basta para los intereses de los menores de edad, y por tal razón es indispensable llevar a cabo un análisis que tienda a darnos la aptitud de opinar sobre el particular, y elevar una posible reforma a través de la cual se le otorguen facultades al Juez de lo Familiar para que su determinación se apegue en proteger a los hijos menores.

Para esto es indispensable establecer conceptos generales, en donde se tocan algunos aspectos importantes de la familia y el Estado.

Luego, es indispensable observar los conceptos de la guarda y custodia, para analizarlos y observar sus extremos.

Después en nuestro capítulo tercero contemplamos, las facultades del Juez de lo Familiar en torno al divorcio establecido, y cómo los elementos de la Fracción VI del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal se han de llevar a la práctica y la forma a través de la cual el Juez de lo Familiar los maneja en el procedimiento.

Por último, una vez teniendo los estudios anteriores, esto nos colocará en una posición de crítica respecto de la intervención del Juez de lo Familiar en la protección de los intereses de los menores de edad, cuando su custodia es discutida, de igual manera ya tendremos los elementos necesarios para ofrecer una propuesta de reforma.

En resumen, la tesis que desarrollamos consta de cuatro capítulos, desglosados de manera general, de la siguiente forma:

En el capítulo primero comentamos la trascendencia que tiene la familia para el Estado, así como la protección del cual están sujetos los menores de edad.

Continuando con nuestro segundo capítulo, resaltamos principalmente la guarda y custodia de los menores de edad, la patria potestad así como la tutela.

En lo que respecta al tercer capítulo, abordamos las facultades del Juez de lo Familiar en los casos de divorcio relacionados cuando hay que atender a la guarda y custodia de los hijos menores de edad.

Finalmente en el capítulo cuarto es en donde señalamos la esencia de nuestra investigación, es decir, aquí es donde hacemos la propuesta de reforma correspondiente a la Fracción VI del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal.

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTOS GENERALES

El problema que ha de resolverse a través del estudio de este trabajo de tesis, será el hecho de ofrecerle al Juez de lo Familiar, una posibilidad más concreta en lo que es la supervisión de la guarda y custodia de los menores de edad, tanto durante el divorcio como después de que sea ejecutoriado éste.

Lo anterior lo decimos, en virtud de que en el momento en que se admite la demanda del divorcio, se establecen diversas circunstancias provisionales, y dentro de una de éstas es poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieran designado los cónyuges pudiendo ser uno de éstos; de tal manera, que es muy interesante y muy necesario que el propio Juez de lo Familiar se dé cuenta y constate que realmente a la persona que le tocan la guarda y custodia del menor, pues tiene las posibilidades para ofrecerla suficientemente.

Luego, en términos generales, si no hay un acuerdo de los cónyuges, entonces el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deban de quedar provisionalmente los hijos.

De tal naturaleza que el Juez de lo Familiar, solamente ha de resolver lo conducente, situación que plantea la fracción VI del

artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual consideramos que debe ser reformado, para darle al Juez de lo Familiar mayores posibilidades y facultades para que esté en aptitud de elevar una decisión clara y justa respecto de la guarda y custodia de los menores, tanto durante el procedimiento de divorcio como una vez ejecutoriado éste.

De tal manera que para lograr tener conceptos generalizados que nos ayuden a explicar estas circunstancias, vamos a iniciar nuestro tema, dando conceptos generales sobre varias circunstancias, señalando principalmente la importancia que tiene la familia para la sociedad y el Estado.

1.1 LA IMPORTANCIA DE LA FAMILIA PARA EL ESTADO

Sin lugar a dudas, uno de los elementos esenciales y principales para la formación de cualquier Estado, es la población; esta población se ha de integrar básicamente por la organización y estructuras familiar.

De ahí, que en todo lo que antiguamente eran los barrios, los clanes, la gens, vamos a encontrar cómo la estructura organizativa la llevaba a cabo el más viejo del clan, constituyéndose incluso en vecindados y barrios en donde la mayoría de la familia se desarrollaba, creándose con esto el concepto de sociedad.

Así tenemos cómo la idea de la sociedad está básicamente asentada en lo que es principalmente la familia; y es la sociedad, el elemento principal que nos conlleva a hablar de la población como el elemento esencial para la formación del Estado.

De esta manera, vemos que es necesario establecer diversos conceptos de los cuales iniciaremos con el concepto de sociedad, de el cual, el autor José Nodarse, nos dice: "El concepto de sociedad resulta de sobremanera impreciso, por su extraordinaria amplitud, pues puede designar lo mismo la unión formada por dos individuos que mantienen relaciones conyugales definidas que la totalidad de los hombres que pueblan la tierra... Vamos a ceñir ahora el concepto de sociedad a una clase de agrupación humana permanente, que tiene una cultura definida, un sentimiento y una conciencia más o menos vivos de los vínculos que une a sus miembros en la coparticipación de intereses, actitudes, criterios de valor... Sociedad es cualquier grupo humano relativamente permanente, capaz de subsistir en un medio físico dado y con cierto grado de organización que asegura su perpetuación biológica y el mantenimiento de una cultura, y que posee además, una determinada conciencia de su unidad espiritual e histórica".¹

La perpetuación biológica, es el objetivo principal de todo el conglomerado social; asegurarla, darle protección, son sin lugar a

¹ NODARSE, JOSÉ. "Elementos de Sociología"; 31ª Reimpresión, Editorial Selector, México, 1989, p.3.

dudas, los medios a través de los cuales el Estado va a llegar a formarse; dicho de otra manera, se va a fijar la protección para la relación intersocial y que ésta encuentre una cierta organización y permita la permanencia de la sociedad y asegure su perpetuación biológica y con esto, por supuesto, el desarrollo del propio Estado.

Ahora bien, para fundamentar lo dicho respecto de la población como uno de los elementos del Estado, vamos a citar las palabras de el autor Ignacio Burgoa quien sobre el particular nos comenta lo siguiente: "En el Estado convergen elementos formativos; o sea, anteriores a su creación como persona moral o jurídica, y elementos posteriores a su formación, pero que son indispensables para que se cumpla la finalidad esencial estatal. Dentro de los primeros se encuentra la población, el territorio, el poder soberano y el orden jurídico fundamental, manifestándose los segundos en el poder público y en el gobierno".²

La población es un elemento esencial de la formación del Estado y la sociedad; para lograr su integración, requiere siempre de una cierta organización, organización que ha de proporcionarle en forma total el Derecho.

Así, tenemos cómo la familia va a encontrar una cierta seguridad jurídica a través de el Derecho, y en base a esto, la

² BURGOA, IGNACIO. "Derecho Constitucional Mexicano"; 8a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991, p. 97.

perpetuación biológica ha de poderse dar en un ámbito de reglas que todos y cada uno de los miembros de dicha sociedad deben forzosamente que respetar.

De ahí, que el término familia, es otro de los conceptos que surgen de lo que es la evolución sistemática de la misma sociedad.

El autor Henry Pratt Fairchild, en el momento en que nos habla sobre un concepto de familia, dice: "Familia es la institución social básico, uno o más hombres viven con una o más mujeres en una relación sexual, socialmente sancionada y más o menos permanente, con derechos y obligaciones socialmente reconocidos, juntamente con su prole. Las cuatro formas generales por orden de frecuencia conocidas, son: La monogamia, unión exclusiva de un hombre y una mujer; la poligamia, unión matrimonial de un hombre con varias mujeres; la poliandria, una mujer cohabita con varios hombres y el matrimonio por grupos".³

En este momento, ya podemos observar la gran importancia que tiene la familia para la formación del Estado, y, se identifica con lo que los diversos autores expresan respecto de que, la familia es en sí la célula más pequeña de la sociedad, y la posibilidad de un desarrollo, la posibilidad de que dicho desarrollo y la relación

³ PRATT FAIRCHILD, HENRY. "Sociología"; 15a. edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1991, p. 121.

intersocial queden dentro de una estructura organizativa basada en la ley y las normas.

Al respecto temos la disposición de nuestra constitución en el artículo 4º en su tercer párrafo que dice: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos" .

Referente a este fundamento legal, entendemos que existe una amplia protección y libertad para que los padres puedan tener a sus hijos e igualmente tener una estructura de la familia que deseen tener, ya que en la conformación de la familia y en especial el cuidado hacia los hijos menores, será siempre la garantía y esperanza para que el Estado pueda seguir su curso.

1.2 LA PROTECCION DE LOS MENORES DE EDAD

Sin duda, una de las condiciones más especiales que tiene el Derecho es el de establecer una esfera de protección a los bienes jurídicos que intenta garantizar, trátase de derechos, integridad física, psicológica, patrimonio o cualquier otro bien.

Desde un punto de vista constitucional, vamos a encontrar que todo menor de edad, debe tener un cierto derecho respecto a la posibilidad de un cierto desarrollo.

Así tenemos cómo esto se convierte en una garantía constitucional establecida en el artículo 4° de nuestra Constitución en su último párrafo, el cual dice a la letra:

"Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas".⁴

Es un deber, en otras palabras, es una obligación establecida por la constitución para los padres de preservar el derecho de los menores, es sin duda una cierta garantía específica sobre la cual surge todo el conglomerado de Derecho de la protección de los menores de edad.

Sin lugar a dudas, a través de este tipo de garantía, se va ofreciendo para la familia, los deberes que deben de subsistir.

Por ello, la familia es la base de la organización social, entonces dentro de ésta, encontraremos la organización primaria, la cual estará fundada en ciertos vínculos, vínculos de parentesco y además filiales.

De tal naturaleza, que el grado de solidaridad que debe de existir dentro de la institución familiar, debe de ser supremo, es el

⁴ "CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS"; Editorial SISTA, México, 1997, p.3.

punto en donde los menores de edad deben encontrar una satisfacción de sus intereses, una protección y una cierta seguridad para poder cumplir con su desarrollo.

Ahora bien, para explicar con mayor detalle estas circunstancias, vamos a citar las palabras de los autores Emilio Rabasa y Gloria Caballero, quienes sobre el particular comentan: "La familia es la base de la sociedad, es la organización primaria fundada sobre vínculos de parentesco, donde, por eso, la solidaridad suele manifestarse en mayor grado. En su caso nacen, crecen y se educan las nuevas generaciones. La formación que en la familia reciben los hijos es insustituible. De aquí que el Estado a través de sus instituciones y de su orden jurídico, tutela a la familia y le proporciona medios para cumplir sus altas finalidades. Corresponde al padre y la madre por igual, de acuerdo con la Ley, la responsabilidad de educar y formar a los hijos hasta hacer de ellos ciudadanos libres y dignos". ⁵

Hemos de notar inicialmente, cómo el Derecho Público va a atender el deber de cuidado de los menores de edad; éste es el primer contacto básico a través del cual empezamos ya a tener elementos de convicción para poder opinar que el Juez de lo Familiar en materia de divorcio, deba de tomar más cuidado en el sentido de la guarda y custodia de los menores.

⁵ RABASA, EMILIO y CABALLERO, GLORIA. "Mexicano esta es tu Constitución"; 8ª edición, Miguel Angel Porrúa Grupo Editorial, México, p. 48.

Lo anterior lo expresamos con base a que de la propia garantía constitucional, surgen incluso instituciones; esto es, que no solamente el deber será de contenido dentro de el parentesco filial de padres e hijos, sino que, básicamente deberá de trascender y por supuesto que se van a crear en este momento las diversas instituciones que prevalecerán fundamentando la protección de los menores.

Sobre este particular, el autor Raúl Eduardo Avendaño López, nos comenta al respecto lo siguiente: "Es obligación de los Padres, de aquellas personas que ejercen la patria potestad, el satisfacer las necesidades de sus menores de edad, en tal forma que la protección de alimentos en términos generales, más que ser una disposición civil, es una garantía para el menor de edad, pero no solamente tiene derecho el menor, sino que esta obligación es recíproca, el que da alimentos tiene a su vez derechos de pedirlos, en tal forma que si los padres satisficieron nuestras necesidades otorgándonos alimentos, y protegiendo a nuestra salud física y mental, es obligación también de los hijos responderles a los padres cuando éstos no tienen la edad suficientes para mantenerse así mismos... La segunda parte del párrafo que comentamos, (último párrafo del artículo 4º constitucional) establece también que el poder legislativo tiene la obligación de establecer normas y determinar apoyos a la protección de los menores, incluso establecer instituciones públicas de protección hacia ellos; tenemos inicialmente el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, el cual se interesa necesariamente

a la protección de los derechos de los menores, existiendo además instituciones privadas y públicas que brindan la protección a los menores, pero que realmente son insuficientes".⁶

Las consideraciones que en este punto podemos elevar con lo que hasta este momento se ha dicho, van a estar directamente dirigidas a la protección del menor como una garantía constitucional; de hecho, esta protección de los menores de edad no solamente parte de lo que es en sí la idea civilista, sino básicamente como lo dijo el autor citado, parten de la idea de establecer una garantía de legalidad constitucional, a través de la cual, el menor de edad debe sentirse totalmente protegido de los embates de la vida, y listo para ser preparado a fin de que éste alcance un oficio, una profesión y pueda sostenerse así mismo.

1.3 DE LA PATERNIDAD Y FILIACION

A pesar de que aparentemente la paternidad y la filiación pueden considerarse un solo concepto, realmente no llegan a serlo, ya que la idea de la paternidad es una y la filiación es otra.

Así, en términos generales, vamos a establecer conceptos tanto de paternidad como de filiación, para poder denominar claramente

⁶ AVENDAÑO LÓPEZ, RAÚL EDUARDO. "La Constitución explicada para alumnos de Secundaria, Preparatoria y Pueblo en General"; 1ª edición, Editorial Fax, México, p. 31.

cuáles serían los elementos indispensables para cada uno de estos conceptos.

Tenemos inicialmente como el autor Manuel Chávez Asencio, al hablarnos de la filiación nos dice: "La filiación está relacionada con el concepto jurídico de parentesco consanguíneo, que se establece respecto de las personas que descienden una de otra. Su fuente principal es la familia, que es la que tiene mayor relevancia y por lo que particularmente toma el nombre de filiación. Como hechos jurídicos relacionados con la filiación tenemos la concepción, la gestación y el nacimiento, que producen las consecuencias de derecho al establecer la filiación que constituyen un estado jurídico; es decir, la filiación como estado jurídico, reconoce su relación y antecedente en los hechos jurídicos de la concepción, gestación y nacimiento, que son hechos biológicos que crean vínculos jurídicos..." .

"La filiación constituye, por tanto, un estado jurídico consistente en un estado permanente de la naturaleza o del hombre que el derecho toma en cuenta para atribuirle múltiples consecuencias que se traducen en derechos, obligaciones o sanciones que están renovándose continuamente, de tal manera que durante todo el tiempo en que se mantenga esta situación se continuarán produciendo esas consecuencias". ⁷

⁷ CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL. "La Familia en el Derecho, relaciones jurídicas paternofiliales"; 2ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991, pp. 21-22.

Las circunstancias sobre las cuales se basa la idea jurídico familiar de la filiación, están inmersas totalmente a una cierta relación de fila o bien una relación filial.

Ahora bien, por lo que se refiere al parentesco, éste básicamente puede ser creado no solamente por esa relación filial, sino que, el parentesco puede derivarse de varias formas; tal como lo establece el artículo 292 del Código Civil para el Distrito Federal, al mencionar que "la ley reconoce solamente el parentesco de consanguinidad, afinidad y el civil".

Así, para poder observar cuáles serán los lineamientos de esta idea de el parentesco, vamos a citar los conceptos que nos ofrece el autor Ignacio Galindo Garfias, quien sobre el parentesco nos dice: "El nexo jurídico que existe entre los descendientes y un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge, o entre adoptante y adoptado, se denomina parentesco. Los sujetos de esa relación son entre sí, parientes. El grupo de parientes y los cónyuges constituyen la familia. Así, el parentesco al mismo tiempo que vincula a los miembros de la familia, los limita al círculo de su grupo familiar. Los derechos y deberes que se originan entre parientes en razón de pertenecer a un determinado grupo familiar, parten de un supuesto previo, la existencia del parentesco".

"Es el parentesco una manifestación primaria de la solidaridad social. Halla su razón de ser original, en los lazos de afecto que se

derivan de la comunidad de sangre, del matrimonio, y de la adopción...".⁸

Derivado de lo dicho por el autor entes citado, encontramos los orígenes de cada uno de los tipos de parentesco, es decir, del matrimonio, de la adopción y la relación que existe entre los cónyuges con la familia del otro cónyuge.

Al respecto, el Código Civil para el Distrito Federal clasifica al parentesco de la siguiente manera: artículo 293, "El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor", enseguida el artículo 294 nos dice, "El parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón", tenemos también el artículo 295 que menciona, "El parentesco civil es el que nace de la adopción simple y sólo existe entre adoptante y adoptado".

Expresado lo anterior, observamos que en la filiación, solamente nos encontraremos una cierta descendencia o bien una línea ascendiente; esto es, que la filiación constituye exclusivamente un parentesco de tipo consanguíneo en línea recta, mientras que el parentesco es un todo enlazado a las diversas familias, ya sea de tipo consanguíneo o ya sea de tipo civil. Por ello, menciona lo siguiente el

⁸ GALINDO GARFIAS, IGNACIO. "Derecho Civil"; 11ª edición, Editorial Porrúa, México, 1991, pp. 431-432.

artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal: "El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor".

De ahí que las ideas respecto de lo que es la filiación y el parentesco, pues simple y sencillamente son diferentes; en otras palabras, se habla de filiación cuando tenemos como punto de referencia al hijo con respecto a sus padres, mientras que el parentesco es un todo enlazado para conformar a la familia.

Observamos que esta institución de la filiación tiene una gran trascendencia, por tal motivo resulta indispensable abordarlo más ampliamente, para ello hablaremos de las diversas clases de filiación. Al respecto citaremos las palabras de la autora Sara Montero Duhalt, quien al momento de hablar sobre este tema, nos dice lo siguiente:

"La filiación matrimonial se establece cuando el hijo nace dentro de los plazos determinados por la ley. La filiación en su doble aspecto: paternidad-filiación, es un derecho surgido directamente del matrimonio, tanto para el hombre casado como para el hijo. El artículo 345 del Código Civil para el Distrito Federal, reafirma lo anterior al señalar que, "No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido. Mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio".

"La filiación extramatrimonial se establece en dos formas: por reconocimiento voluntario que realice el presunto padre mediante las

formas y cumpliendo los requisitos legales. Surge también por la imputación de paternidad derivada de una sentencia en acción de reclamación de estado, interpuesta por el hijo o su representante legal".

"La filiación civil o adoptiva, se establece como consecuencia del acto de adopción que convierte al adoptante en padre o madre, y al adoptado en hijo".⁹

De estas clases de filiación citadas, apreciamos que sus formas de constituirse son totalmente distintas, pero sin embargo, tienen sus características comunes los de colocar a los hijos en un ámbito de derechos iguales que los protege. Surge esta situación de igualdad una vez establecida la relación jurídica entre el padre y el hijo, es decir, haberse cumplido los requisitos legales correspondientes.

Para cada una de las clases de filiación comentadas, resulta necesario fundamentarlas de acuerdo a las disposiciones del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

Respecto a la filiación de hijos de matrimonio, el artículo 340 establece que "se tendrá como prueba de la misma, la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres". En otras

⁹ MONTERO DUHALT, SARA. "Derecho de Familia", 11ª edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1995, p.267.

palabras, con estos requisitos el menor tiene una protección jurídica plena para lograr un buen desarrollo .

Para la filiación extramatrimonial, el artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal, dice "que se establece en relación con la madre, por el sólo hecho del nacimiento. Mientras que respecto al padre, este mismo artículo expresa que solamente podrá llevarse a cabo la filiación, por el reconocimiento voluntario o por sentencia que declare la paternidad".

Continuando, tenemos la filiación derivada de la adopción, por ser ésta un acto de carácter complejo es conveniente abordarlo más ampliamente y para ello vamos a considerar la expresión de la autora Alicia Perez Duarte, que nos dice lo siguiente: "A través de la adopción se crea un vínculo de filiación entre dos personas extrañas; es un instituto con un profundo sentido ético por medio del cual se pretende equiparar lo más posible la situación del hijo adoptivo con la del hijo consanguíneo y establecer mecanismos que favorezcan la mayor desvinculación posible con la familia consanguínea de la persona adoptada".¹⁰

En este tipo de filiación, encontramos que se habla de dos personas extrañas unidas por una relación jurídica, una de las personas es la adoptante que asumirá los derechos y deberes que corresponden a los padres, la otra persona será la adoptada quien

10 PEREZ DUARTE, ALICIA. "Derecho de Familia"; 2ª edición, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp. 192-193.

tendrá la colocación de hijo con sus respectivos deberes y derechos, propios de los hijos.

Por lo que respecta al Código Civil para el Distrito Federal, éste establece diversos requisitos para la celebración de este acto de adopción. Tenemos la capacidad para adoptar establecido en el artículo 390: ser mayor de 25 años, pleno ejercicio de sus derechos y diferencia de 17 años de edad entre la persona que va a adoptar y la que será adoptada. También se exige la capacidad económica al adoptante, ésto, con la finalidad de poder afrontar las responsabilidades que este acto trae consigo. Se debe contar con el consentimiento del tutor o quien ejerce la patria potestad así como del Ministerio Público.

El artículo 399 del Código Civil para el Distrito Federal, nos indica que este acto jurídico debe tramitarse de acuerdo a lo que dispone el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y éste menciona que opera la vía de Jurisdicción Voluntaria ante los juzgados familiares.

De hecho, otro de los conceptos que nos hemos propuesto desglosar, es el de la paternidad; este concepto, también nos ayudará a establecer diversos criterios a través de los cuales, vamos a poder opinar respecto de la necesidad de que el Juez de lo Familiar, sustituyendo esos intereses de paternidad, parentesco y filiación, pueda desglosar y establecer el mejor medio ambiente para los

menores de edad, cuando se hallan en ese estado de transición por un divorcio.

Este concepto de paternidad, nos lo ofrece el autor Rafael de Pina Vara, con la siguiente conceptualización: "La paternidad es la relación jurídica existente entre padres y sus hijos; es lo relativo o perteneciente, o bien lo procedente al padre". ¹¹

En este concepto observamos que el punto de partida o de referencia es el padre con sus hijos, es decir, ya tenemos establecida la relación jurídica entre progenitor e hijo.

Cabe mencionar que aquí encontramos las circunstancias básicas a través de las cuales estamos observando el nacimiento e integración de la familia, mismos que nos estarán dando las formas tradicionales por medio de las cuales, dicha familia se ha de integrar.

Claro está, que tendremos que hablar del matrimonio, como esa institución a través de la cual se legaliza y se le da una seguridad jurídica a la familia, pero, no hay que olvidar que la familia también puede partir de uniones de concubinato, de uniones ilícitas como pueden ser las adulterinas, en las cuales se procrean hijos y se forman nuevas familias.

¹¹ PINA VARA, RAFAEL DE. "Diccionario de Derecho"; 21ª edición, Editorial Porrúa, México, 1995, pp. 258-259.

Así, tenemos cómo el Derecho no debe de hacer una distinción entre lo que es una familia proveniente de una relación sexual ilícita o lícita, o bien dentro de una conceptualización formal o una informal, sino que, el derecho lo que básicamente tiende a proteger es exclusivamente a la familia, sea cual fuere el origen de ésta.

De ahí que es importante conocer el origen de la familia, no para establecer un cierto catálogo, sino básicamente para ofrecerle la esfera jurídica de protección que el propio derecho crea para lograr la permanencia de dicha familia, lograr su organización y lograr asegurar su perpetuación biológica.

Una vez establecidos los puntos diferenciales de la paternidad y la filiación, así como el saber que se requieren determinados requisitos para su constitución. Ahora resulta necesario hacer mención de las consecuencias jurídicas particulares que la filiación trae consigo. Tenemos el derecho al nombre, ya que padres e hijos llevan el mismo apellido; la patria potestad; también tenemos las tipificaciones que contempla el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 323 que menciona el homicidio en razón del parentesco".

Artículo 323.- "Homicidio en razón del parentesco..."

"Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o

concubinario, adoptante o adoptado con conocimiento de esa relación, se le impondrá prisión de diez a cuarenta años".¹²

Cabe comentar que en esta disposición se contempla implícitamente el delito que se conocía como parricidio, así como el infanticidio previsto actualmente. Ambos se presentan como consecuencia de la filiación.

1.4 LA SEGURIDAD JURÍDICA DEL DERECHO HACIA LA PROTECCION DE LA INFANCIA

Derivado de lo que es el concepto constitucional, vamos a encontrar que surgen diversas instituciones de protección a la infancia, a través de las cuales se logra crear una esfera de protección jurídica llamada seguridad jurídica para el infante.

Es por eso, que uno de los elementos principales que es necesario definir antes de seguir adelante, es el concepto de la seguridad jurídica; de éste, el autor Rafael Preciado Hernández, nos dice lo siguiente: "La seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus derechos y propiedades, no serán objeto de ataques violentos, y si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación. En otros términos, está en seguridad aquel que tiene la garantía de que su situación no será

¹² "Código Penal para el Distrito Federal", Editorial SISTA, México, 1998, p. 38.

modificada sino por procedimientos societarios, y por consecuencia, regulares, legítimos y conforme a la Ley".¹³

La seguridad jurídica es un todo, es en sí una forma a través de la cual se van a fijar derechos y obligaciones. Así lo podemos constatar a través del artículo 16 constitucional, en su primer párrafo, que dice: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento".

De ahí que, categóricamente decimos que tenemos derechos constitucionales, tenemos derechos civiles, tipos penales, derechos laborales, administrativos, etc., que tratan de proteger a nuestra persona, a nuestros bienes y por supuesto a nuestros derechos, de tal manera, que cada norma tiene un bien jurídico tutelado que ha de proteger.

Así, en términos generales, se crea la esfera jurídica de protección.

¿Pero qué es lo que pasa en el momento en que sobreviene un ataque, sobreviene una infracción a la norma, sobreviene esa violencia hacia nuestro derecho, nuestra persona o nuestras propiedades?

¹³ PRECIADO HERNÁNDEZ, RAFAEL. "Lecciones de Filosofía del Derecho"; 20ª edición, Editorial Jus, México, 1989, p. 233.

En ese momento, la misma seguridad jurídica nos proporciona la vía jurisdiccional idónea a través de la cual, se ha de establecer un sistema de protección por medio del cual, se logra la protección institucional de dichas normas.

Aquí encontramos que la propia ley nos autoriza a ejercitar acciones, a demandar en ejercicio de nuestra acción ante el órgano jurisdiccional.

Por esta razón, un término que es necesario establecer, es de la jurisdicción.

Éste es de suma importancia, ya que el Juez de lo Familiar en el momento en que deba de decidir la guarda y custodia de los niños, tanto durante el proceso de divorcio como después de ejecutoriado éste, debe de ser en sí una de las manifestaciones propias como órgano jurisdiccional.

Por tanto, surge la necesidad de establecer un concepto de lo que por jurisdicción debemos de entender.

El autor Eduardo Pallares, en el momento en que nos habla sobre dicho concepto, nos dice lo siguiente: "Etimológicamente la palabra jurisdicción, significa decir o declarar el Derecho. Desde el punto de vista más general, la jurisdicción hace referencia al poder del Estado de impartir justicia por medio de los tribunales o de otros

órganos, como las Juntas de Conciliación y Arbitraje, en los asuntos que llegan a su conocimiento, pero ese concepto es empírico y no penetra en el fondo del problema científico... La etimología de la palabra jurisdicción permite dar a esta expresión un sentido más amplio que comprende el poder legislativo lo mismo que el poder judicial; en efecto, decir el derecho, es reglamentar las relaciones sociales de los ciudadanos, sea creando la regla, sea aplicándola. De hecho, es cierto que los romanos no les repugnaba que sus magistrados, no tan sólo suplieran el silencio de la ley, sino que también con demasiada frecuencia modificaran la Ley por medio de edictos generales, a los que colocaban entre las leyes propiamente dichas... La jurisdicción es, pues, en el sentido amplio, el poder de los magistrados relativos a las contiendas o relaciones jurídicas entre particulares, sea que este poder se manifieste por medio de edictos generales, sea que se limite a aplicar los litigios que le son sometidos, las reglas anteriormente establecidos...".¹⁴

La consideración que va surgiendo en este momento, se refleja inmediatamente a través de lo que es la función jurisdiccional, esto es, ese poder de magistrados y jueces, de decir y decidir el derecho controvertido entre las partes, y de aplicar, o constreñir la voluntad de los particulares hacia el derecho.

¹⁴ PALLARES, EDUARDO. "Diccionario de Derecho Procesal Civil"; 21ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1991, p.506.

De tal naturaleza, que la seguridad jurídica nos otorga una vía jurisdiccional para ejercitar acciones, para hacer valer nuestro derecho, para lograr resarcir el daño que nos ha sido ocasionado con una cierta infracción a nuestra persona, a nuestros derechos o nuestras propiedades.

Pero todavía el infractor, tiene la necesidad de contar con la propia seguridad jurídica; esto es, tiene la posibilidad a que antes de que su situación jurídica pueda ser cambiada; es decir, antes de que sea embargada, antes de que sea metido a prisión, o antes de que suceda cualquier cosa, dicha persona debe indispensablemente ser oída y eventualmente vencida en juicio.

Pues bien, éste es el marco jurídico de seguridad que prevalece respecto de lo que es toda la sociedad; y en lo que se refiere a la protección de la infancia, una de las instituciones principales que podemos mencionar, sin lugar a dudas es el sistema para el Desarrollo Integral de la Familia.

Claro está que existen otro tipo de instituciones tanto públicas como privadas, pero este sistema DIF es uno de los principales, sobre los cuales, se han estado estableciendo los diversos programas.

Ahora bien, para conocer algo de este sistema, vamos a pasar a citar un informe respecto de su creación, publicada por el propio sistema para el Desarrollo Integral de la Familia; dicho informe en sus partes conducentes dice: "La asistencia social, de hoy, se apoya en los

fines del Estado mexicano para alcanzar el desarrollo nacional con la justicia social, encuentra sus antecedentes en distintas etapas de la historia del país... En 1861 el Presidente Juárez crea la Dirección General de Fondos de Beneficencia y exceptúa de toda contribución los bienes afectos a el propio fondo, poniendo en vigor el reglamento interior aprobado por el supremo gobierno. Porfirio Díaz decreta las primeras leyes relacionadas con la beneficencia privada y es hasta 1920 cuando el gobierno reorganiza la beneficencia pública, asignándole en su totalidad los productos económicos de la Lotería Nacional... Para 1929 se constituyó la Asociación de Protección a la Infancia, para prestar asistencia, brindar protección y amparo a los niños de escasos recursos en nuestro país. El 30 de diciembre de 1937, Lázaro Cárdenas establece la Secretaría de Asistencia Pública, absorbiendo a todos los establecimientos que correspondían a la Beneficencia Pública, creándose la Secretaría de Salubridad y Asistencia, cuyos objetivos eran cuidar a la niñez, disminuir la mortalidad, y lograr mejores generaciones para México".

"El 31 de Enero de 1961, se crea por decreto presidencial el Instituto Nacional de Protección a la Infancia. El 15 de Julio de 1968, se constituye un organismo público descentralizado denominado Instituto Mexicano de Asistencia a la Niñez, a fin de contribuir a resolver los problemas de abandono y explotación a los menores... El 24 de Octubre de 1974, se modifican las atribuciones de el Instituto Nacional de Protección a la Infancia, creando el Instituto Mexicano de la Infancia y la Familia en 1975; el 10 de Enero de 1977, se crea el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, mediante

la fusión del Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia y la Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez".¹⁵

Sin lugar a dudas, una de las instituciones más trascendentales para lo que es la protección de la infancia, es el sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, así se va creando un cúmulo de reglas a través de las cuales, se van fijando los derechos y obligaciones de los infantes.

1.5 SUS EFECTOS JURIDICOS

Es mucho muy importante hablar sobre los efectos jurídicos que tiene la seguridad jurídica en la protección de los infantes.

Decimos esto, en virtud de que una de las circunstancias básicas de lo que es en sí el ejercicio de la acción, es la necesidad de una cierta capacidad.

Esto es, que la capacidad es la que falla en el menor de edad, ya que éste no tiene todavía el poder de discernimiento suficiente para poder andar solo en la calle, para poder ejercitar sus derechos por sí mismos y para comprender lo bueno y lo malo, la verdad y la mentira; y mientras no tenga una altura apropiada para defenderse

¹⁵ "Sistema de Orientación e Informes a los Presidentes de los sistemas del DIF"; Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia; México, 1991, pp14-15.

fisicamente, el menor de edad ha de ser maltratado y abusado por aquellos que son más altos que dicho menor.

Es por eso, que resulta interesante analizar los diversos aspectos a través de los cuales, se va estableciendo la idea respecto de lo que es en sí la aplicación sistemática de los intereses de el menor frente a ese conglomerado de seguridad jurídica.

De ahí que existe la necesidad de hablar sobre la capacidad de goce y de ejercicio, observando que los menores de edad no la tienen, razón por la cual dicha capacidad tiene que ser substituida por un adulto necesariamente.

Así, el autor Rafael Rojina Villegas, en el momento en que nos habla sobre de este particular nos dice: "La capacidad es el atributo más importante de las personas. Todo sujeto de derecho, por serlo, debe de tener capacidad jurídica, ésta puede ser total o parcial. Es la capacidad de goce el atributo esencial e imprescindible de toda persona, ya que la capacidad de ejercicio que se refiere a las personas físicas, puede faltar en ellas y sin embargo, existir la personalidad".

"La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujetos de obligaciones. Todo sujeto debe de tenerla. Si se suprime, desaparece la personalidad por cuanto que impide al ente la posibilidad jurídica de actuar... La capacidad de ejercicio y representación, supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos

jurídicos, de contraer y cumplir obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales".¹⁶

Las circunstancias que como efecto jurídico surgen de la seguridad jurídica que ofrece todo el derecho en la composición de esa esfera de protección brindada para el infante, va a encontrar indispensablemente la necesidad de una representación, la necesidad de una tutela; esto en virtud de que el propio artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, hace incapaces legalmente hablando, a los menores de edad.

Así tenemos cómo la fracción primera del artículo 450 establece que "Tienen incapacidad natural y legal, fracción I, los menores de edad", es decir, los menores de edad no tienen una capacidad de ejercicio suficiente, y por tal motivo deben indispensablemente de ser representados en juicio hasta en tanto cumplen la mayoría de edad, la cual está basada en los 18 años; así lo confirma el artículo 646 del Código Civil para el Distrito Federal, que de manera expresa dispone respecto a la terminación de la minoría de edad: "La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos".

Es por tal razón, que en términos generales, vamos a observar como dada a esta incapacidad jurídica, todo ese cúmulo de leyes y normas que rodean la protección del infante, deben de quedar

¹⁶ ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. "Compendio de Derecho Civil"; 23ª edición Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990, pp.154,158.

debidamente substituidas por algún mayor de edad; y como el caso que nos ocupa es el divorcio, pues qué mejor que sea el propio Juez de lo Familiar, quien tenga la posibilidad directa de decidir qué espacio o cuál de los cónyuges ofrece un mejor estatus para la celebración de los derechos que la seguridad jurídica crea para el menor de edad.

CAPÍTULO SEGUNDO

DE LA GUARDA Y CUSTODIA

Nuestra legislación civil no es precisa en establecer y definir lo que se debe de entender por guarda y custodia; básicamente está estructurada en circunstancias de patria potestad, en donde podemos observar las fórmulas a través de las cuales, se va formando la llamada guarda y custodia.

De ahí, que el hablar de esta guarda y custodia, también hablaremos de lo que es en sí la patria potestad.

2.1 SU ORIGEN EN LA PATRIA POTESTAD

Para abordar este tema es necesario recurrir lo que el artículo 413 del Código Civil para el Distrito Federal dice: "La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores...".

De aquí podemos desprender que la guarda y custodia está inmerso en la filiación y en la patria potestad, aunque son cuestiones distintas completamente. Podemos ver que también están ya establecidas ciertas indicaciones para quien ejerce y para quien recibe la patria potestad.

Podremos decir que estos lineamientos establecidos para quien ejerce la patria potestad son las virtudes propias por medio de las cuales, se ha de lograr un cierto sometimiento de los hijos hacia la actividad ordenadora de los padres, necesario para que los mismos puedan cumplir con la función de educar a sus menores hijos de manera conveniente.

Observamos también que la patria potestad es derivada de la filiación y del parentesco en general, por ello vemos que, definitivamente tiene en sí derechos y obligaciones por medio de los cuales han de generalizar los intereses dentro de lo que es la familia.

Así, los deberes y obligaciones del padre que lleva a cabo la patria potestad sobre los hijos, serán básicamente el de la alimentación en general, y las obligaciones de los hijos que soportan la patria potestad, será el de rendir obediencia hacia los padres. En este sentido lo establecen los artículos 303 y 421 respectivamente del Código Civil para el Distrito Federal, mismos que se abordarán con mayor precisión en el inciso 2.2, es decir, en el tema inmediato.

De esta manera vemos, que dentro de los derechos de filiación, encontraremos la forma a través de la cual, la relación familiar ha de darse, y uno de éstos es en sí, la patria potestad.

Sobre de este particular, el autor Efraín Moto Salazar nos comenta lo siguiente: "Las relaciones de parentesco producen diversos

efectos, que la doctrina jurídica divide en tres grupos: Derechos, Obligaciones e Incapacidades.

"Derechos que derivan del parentesco, los principales derechos son: la pensión alimenticia, la patria potestad y la herencia:"

"Obligaciones que nacen dentro del parentesco, es la pensión alimenticia en su aspecto pasivo, el respeto y consideración que los descendientes deben a sus ascendientes, y la tutela legítima".

"Incapacidades que derivan del parentesco, la incapacidad para contraer matrimonio entre parientes cercanos; la prohibición que impone la ley en determinados casos para servir como testigo en juicio a un pariente e incapacidad para ocupar determinados cargos de la administración pública, cuando un pariente del adquirente de dichos cargos ya ocupa otros dentro de la propia administración". ¹⁷

La llamada patria potestad, es sin lugar a dudas, la forma por medio de la cual, se establece inicialmente esa gran solidaridad familiar que surge desde el momento en que se lleva a cabo la procreación.

Así tenemos cómo la patria potestad, genera en términos generales, la posibilidad concreta de un ejercicio y obligación del

¹⁷ MOTO SALAZAR, EFRAÍN. "Elementos de Derecho"; 36ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990, p.162.

padre para educar a sus hijos, a fin de que éstos puedan tener una vida más sana y correcta.

Por otro lado, y por lo que se refiere al origen de la patria potestad vamos a tomar las palabras del autor Antonio de Ibarrola quien sobre el particular comenta: "Viene esta expresión del latín Patrius, aún, lo relativo al padre y potestas, potestad. En nuestro código actual, que desarrolla en tres puntos todo lo relativo a la institución, se abstiene de definirla... Recordemos las palabras bien elocuentes de Ulpiano, el llamado padre de familia quien tiene en casa el dominio, y ese apelativo le es dado aún cuando carezca de descendencia... Podríamos definir lo que llamamos hoy patria potestad como la sumisión del padre a las necesidades del hijo y la sociedad... La patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativos para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, las facultades de un cargo, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos, etc. Cuando en virtud de resolución judicial se priva a una persona de la patria potestad, ella pierde los derechos inherentes a la misma, quedando subsistentes únicamente las obligaciones económicas que le incumben, según se desprende de la ley. Sin embargo, debe advertirse que la autoridad judicial está facultada para, sin privar a los padres o abuelos de la patria potestad que ejercen, suprimirles alguno o algunos de los derechos que la misma comprende, como pueden ser la privación de la guarda y custodia de los menores, de la facultad de decidir sobre

alguna cuestión relativa a su educación, de la administración de bienes, esto se desprende de el ordenamiento legal".¹⁸

En este momento, vamos ya a poder encontrar, cómo la propia relación interfamiliar va generándose y estableciéndose a través de los diversos derechos y obligaciones que nacen no solamente de lo que es el matrimonio, sino de procreación exclusivamente; esto es, de el reconocimiento de hijos, los efectos que éste tiene respecto de la solidaridad familiar en ayuda que les debe de brindar a los menores, hasta en tanto, los mismos logran un oficio y una edad en la que puedan definitivamente sostenerse así mismos.

2.2 OBLIGACIONES DE QUIEN LA EJERCE

Habíamos hablado de ciertas obligaciones de quien ejerce la patria potestad del autor Efraín Moto Salazar en el inciso anterior, siendo una de las principales obligaciones la dación de alimentos.

También en este inciso decíamos cómo surgía la patria potestad, a través de lo que es la filiación y el parentesco, sin olvidar que igualmente surge dentro de lo que es la adopción, y se observará también aquí la necesidad de un ejercicio de la patria potestad.

¹⁸ IBARROLA, ANTONIO DE. "Derecho de Familia"; 4ª edición Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, p. 441.

Antes de mencionar más ampliamente sobre cuales serían las obligaciones de quien o quienes ejercen la patria potestad, debemos establecer quienes serán las personas facultadas para ejercerla.

Así, vamos a observar cómo el propio Código Civil para el Distrito Federal, va a establecer las formas a través de las cuales, se van fijando las reglas en el ejercicio de dicha patria potestad.

Por ejemplo, el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal establece lo siguiente:

ARTÍCULO 414.- "La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso".¹⁹

De lo establecido por el artículo citado observamos que los padres son los que inicialmente ejercen la patria potestad, ya sean los dos o uno de ellos, a falta de ambos padres o por otra circunstancia el

¹⁹ "Código Civil para el Distrito Federal", Editorial SISTA, México, 1997, pp. 37-38.

Juez facultará a los ascendientes en segundo grado, es decir, a los abuelos.

Cabe decir que aquí se le conceden facultades de manera general al Juez de lo Familiar para considerar las circunstancias del caso y decidir a cual abuelo otorgar la patria potestad, es decir, tendrá que analizar la situación para optar por el abuelo paterno o materno.

Debemos hacer incapie que este artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal no hace una distinción sobre los hijos, es decir, no especifica si estamos hablando de hijos de matrimonio o no; lo que se precisa aquí es que tenemos establecido de manera general las reglas para el ejercicio de la patria potestad concretamente.

Otro supuesto que debemos de tomar en cuenta, es lo señalado por el artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal ya que su contenido nos va acercando más a la esencia de nuestro tema de desarrollo.

ARTICULO 416.- “En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público...”.

“El este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro

estará obligado a colaborar a su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial”.

Aquí apreciamos, que de manera general ya se están estableciendo las obligaciones de quienes ejercen la patria potestad, en este caso son los padres, aunque no se haga mención expresa de ellos.

Con esta observación, vamos a encontrar que las obligaciones son inicialmente la dación de alimentos; reforzamos esta aseveración en base a lo establecido por el artículo 303 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal, al disponer claramente, en su primera parte: "los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos...".

Por esta razón, los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condición deben indispensablemente de recibir una protección por parte de los padres, e inicialmente su guarda y custodia, su educación y preparación; serán las principales obligaciones que tiene quien la ejerce.

Tenemos como en el caso de los alimentos, éstos definitivamente tienen en sí una gran trascendencia en virtud de que a través de éstos, será la forma adecuada por medio de la cual, el menor de edad puede llegar a lograr una mayor educación y una gran preparación.

Sobre de éstos, el autor Froylan Bañuelos Sánchez nos ofrece el comentario siguiente: "Determinar el momento en que nace la obligación de prestar alimentos, reviste suma importancia desde el punto de vista teórico y práctico, en virtud de que el nacimiento de la obligación fije y determine el alcance del mismo. Si se fija que el deber nace a partir del momento en que el acreedor hace valer sus derechos, ello significa que el deudor estará obligado a pagar los alimentos al necesitado con anterioridad al juicio, así como las deudas que el deudor alimentario se hubiera visto en la necesidad de contraer para poder subsistir".

"En los alimentos debidos a consecuencia de delito, en virtud de una disposición testamentaria o por un convenio, la obligación nace a partir de la comisión del delito, de la apertura de la sucesión testamentaria y de la fecha en que las partes hubieran fijado en el convenio respectivamente. Más el problema de determinar en qué momento nace el deber de alimentos, se presenta en relación con la obligación alimenticia de carácter general. En opinión de algunos tratadistas, determinan que el derecho de exigir alimentos nace desde que los necesita para subsistir las personas que tenga derechos a percibirlos; en otras palabras, desde el momento en que se produce la necesidad, pero la obligación correlativa no obra sino a partir del momento en que el mencionado derecho se hace valer, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda, y, deberá verificarse el pago de alimentos por meses anticipados".²⁰

²⁰ BAÑUELOS SÁNCHEZ, FROYLAN. "El Derecho de Alimentos y Tesis Jurisprudenciales"; 2ª edición, Orlando Cardenas Librero Editor, México, 1989, pp.95-96.

Las circunstancias básicas sobre las cuales se ha de llevar a cabo la obligación principal en la patria potestad, será la de alimentos, sin lugar a dudas, gracias a este derecho, el menor de edad tiene una cierta garantía en cuanto a su desarrollo y además su formación, ya que los alimentos no solamente consisten en dar la comida a el acreedor alimentista sino también, corresponden otro tipo de derechos que generan obligaciones para quien ejerce la patria potestad.

Así tenemos cómo el artículo 308 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que "los alimentos corresponden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales".

Continuando con las obligaciones de quien ejerce la patria potestad, tenemos que los menores de edad por ser incapaces en el ejercicio de sus derechos, actuarán en su nombre los que tengan la obligación de representarlos, es decir, existirá durante la minoría de edad una representación legal. En este sentido lo contempla el artículo 424 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice: "El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el Juez de lo Familiar".

Todo este tipo de obligaciones van a surgir bajo la óptica del ejercicio de la patria potestad y dentro de éstos, especialmente vamos a encontrar la guarda y custodia.

Sin duda, éste es uno de los principales efectos que hemos estado tratando de localizar, y el hecho de otorgarle casa y sustento a el menor de edad, es una de las prioridades que se deben de cuidar con mayor énfasis, a fin de que el menor no ande vagando por las calles.

Ahora bien, esta obligación, de la guarda y custodia surge inmediatamente en que la patria potestad empieza; esto es, que en el momento en que hay un reconocimiento o bien, se establece la idea del hijo del matrimonio, en este momento, la patria potestad se ejerce sobre la persona y además los bienes de los hijos y su ejercicio estará sujeto en cuanto a su guarda y custodia, y a la educación principalmente de los menores, en este sentido lo dispone el artículo 413 del Código Civil del Distrito Federal.

De ahí, las obligaciones en cuanto a la obediencia, y a respetar el hogar que se les proporciona para el fin de que pueda tener un lugar propicio en donde poderse desarrollar.

Surge la necesidad de hablar respecto al lugar o domicilio en donde se ha de cumplir con esta obligación; sobre este trascendental punto lo abordaremos en el inciso 2.4 de nuestro trabajo en desarrollo.

2.3 OBLIGACIONES DE QUIEN LA RECIBE

Realmente, las obligaciones de quien recibe la patria potestad son bastantes cortas, de hecho el que está recibiendo alimentos pues debe de tener la reciprocidad de que, aquel que recibe debe de ofrecerlos; así, las obligaciones que en un momento determinado se otorgan cuando el menor es incapaz, éstas deben de repetirse a favor de quien estuvo otorgando dichos alimentos, pero a futuro; esto es, cuando los padres se conviertan en ancianos y los hijos se conviertan en personas adultas, es deber de estos últimos, el sostener la subsistencia de sus padres.

Así lo establece el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 304 que dice lo siguiente: "Los hijos están obligados a dar alimentos a los padres. A falta o por imposibilidad de los hijos, lo estarán los descendientes más próximos en grado".

Por otro lado, según el artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal nos dice lo siguiente: "En la relacion entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición".

Aquí apreciamos que aunque no se mencione claramente a los hijos si hay referencia implícita de ellos y están obligados a guardarles respeto y consideración a sus padres, o bien, a la persona que tiene sobre de ellos la patria potestad. Siguiendo esta misma óptica, los padres o demás ascendientes tendrán que observar los mismos

lineamientos; esta reciprocidad se justifica por la armonía que debe prevalecer entre ascendientes y descendientes.

Así, vamos a encontrar como dentro de lo que corresponde a este ejercicio de la patria potestad, aquel que recibe las obligaciones, debe forzosamente de ceñirse a las diversas reglas dentro de la custodia, y la obligación de observar una buena conducta que sirve para su propio desarrollo.

2.4 ESPECIAL REFERENCIA A LA POSIBILIDAD DE HABITACIÓN

Sin lugar a dudas, todo ese concepto de guarda y custodia, debe de recaer indispensablemente y en forma invariable sobre la habitación, el techo en donde ha de poder vivir el infante.

Es indispensable, citar el artículo 421 del Código Civil del Distrito Federal, el cual nos habla sobre la siguiente circunstancia:

ARTÍCULO 421.- "Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente".

Nótese cómo la obligación tanto del padre como del hijo; el uno es ofrecerle un techo en dónde vivir, y el otro es respetar dicho techo y no abandonarlo por su propia voluntad, mientras esté bajo el ejercicio de la patria potestad.

Sin duda, en lo que es la habitación, vamos a encontrar ese derecho máximo de la guarda y custodia, en virtud de que para poder ejercer tanto la patria potestad como la custodia, se requiere de un lugar específico para poderlo hacer.

La habitación dentro de lo que son los alimentos, es uno de los principales derechos que tiene el menor, y que además, le darán forma a lo que es su medio ambiente.

Con lo anterior, vamos a comenzar a encontrar la manera a través de la cual la propia legislación, al crear la seguridad jurídica, ofrece un cúmulo de derechos que garantiza desde el ordenamiento constitucional, utilizando leyes reglamentarias como es el Código Civil del Distrito Federal.

De tal manera que la habitación, es, no solamente un derecho sino una garantía que se le ofrece al menor, de que su situación va a estar debidamente satisfecha como una obligación de aquellos quienes ejercen la patria potestad sobre de él.

La custodia ha de regirse principalmente por la casa habitación, ha de regirse por un lugar en el cual el menor de edad estará sometido para su buen desarrollo; por tanto, custodia y habitación, siempre se identificarán entre sí.

Ahora, cabe hacer notar que el Código Civil para el Distrito Federal, no hace mención respecto a la forma en que este derecho se

ha de ejercer; en otras palabras, es o no indispensable llevar a cabo la custodia de manera directa, personalmente.

Al respecto el artículo 413 del Código Civil para el Distrito Federal, en su segunda parte del primer párrafo dispone: "La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores...".

Aquí observamos que la ley solamente lo menciona de manera general. De esta manera, entendemos que aquel a quien se le ha asignado la custodia de los descendientes menores, los puede encargar a terceras personas, a centros de educación, pero atendiendo siempre a los intereses del menor.

2.5 LA GUARDA Y CUSTODIA EN LA TUTELA

En el contexto del derecho de tutela, vamos a encontrar también como uno de los objetivos principales, es la posibilidad de la guarda y custodia entre el tutor y su pupilo; así lo tenemos establecido en el Código Civil para el Distrito Federal, artículo 449 que dice: "El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos".

Efectivamente, encontramos que esta institución está para velar por los intereses de la niñez principalmente; es decir, fue creado con

la finalidad estricta de proteger a la infancia y a los que tienen algún tipo de incapacidad, para que estos nunca queden indefensos ni desamparados.

Ahora bien, para empezar a encontrar algunos conceptos que nos ayuden a explicar la forma y objeto de la tutela, vamos a citar las palabras de los autores Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Baez, quienes sobre el particular comentan lo siguiente: "Conceptualmente, la tutela es una institución jurídica cuya función está confiada a una persona capaz para el cuidado, protección y representación de los menores de edad no sometidos a patria potestad ni emancipados, y de los mayores de edad incapaces de administrarse por sí mismos... La tutela por tradición, se divide en: Tutela testamentaria, que es aquella que se establece por testamento para que surta efectos a la muerte del testador, y sólo se da en los siguientes casos:

- 1.- Cuando uno de los padres sobreviva al otro, previniendo que a su muerte la patria potestad de sus hijos recaiga en los abuelos y desea evitarlo, señala en su testamento un tutor para sus menores hijos...
- 2.- Cuando el testador deja bienes a sus menores e incapacitados, pueden nombrarles tutor para que los administre...

- 3.- Cuando el testador es padre y tutor de una hija mayor de edad incapaz, para designarle tutor en su testamento, cuando la madre es también incapaz o ha fallecido;
- 4.- Cuando el testador es padre adoptivo...".

"La tutela legítima, es la conferida por la ley a falta de designación por testamento, y recae en parientes del menor a los que no les corresponde ejercer la patria potestad, y en los parientes del mayor incapacitado que ya ha salido de la patria potestad...".

"La tutela dativa, es la que se establece por disposición del juez a falta de los dos anteriores; presupone que no existe tutor testamentario, ni pariente hasta el cuarto grado con obligación de desempeñar la tutela legítima". ²¹

Son varias las formas a través de las cuales puede darse la tutela desde el punto de vista civil, y, desde este ángulo, vamos a poder observar cómo se va a formar una cierta relación que en ningún momento establece un parentesco como en la adopción.

Debemos de recordar cómo en la adopción, el parentesco surge desde el punto de vista civil, mientras que en la tutela, la situación es diferente, ahí, encontramos una persona que está o es en sí un

²¹ BAQUEIRO ROJAS, EDGAR y BUENROSTRO BAEZ, ROSALÍA. "Derecho de Familia y Sucesiones"; 1ª edición, Editorial Harla, México, 1990, pp. 239 y 240.

administrador de los bienes, así como la guarda y educación de aquella persona que está sujeta a su tutela.

Por lo anterior, y debido a la relación tan estrecha, la propia legislación establece prohibiciones para el tutor frente a su pupilo.

Una de éstas es la que nos señala tajantemente el artículo 159 del Código Civil para el Distrito Federal al establecer las siguientes circunstancias:

ARTÍCULO 159.- "El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el Presidente Municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela".

"Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor".

En todo el órgano de la tutela, sea la clase que ésta fuere, ya sea testamentaria, dativa o legal, toda la relación que surge, va a identificarse con la necesidad de custodiar y de guardar los intereses del menor que está sujeto a dicha tutela.

De ahí que la confiabilidad en el tutor, es uno de los síntomas principales a través de los cuales se otorga la tutela.

Ahora bien, dentro de las obligaciones que tiene el tutor, vamos a encontrar la guarda y custodia del menor de edad, siendo esta obligación la más trascendental.

Sobre esto, Ignacio Galindo Garfias nos ofrece el comentario siguiente: "El tutor debe de cumplir obligaciones y ejercer facultades que la Ley le otorga y abstenerse de realizar los actos que expresamente se le prohíben. Podemos clasificar las facultades del tutor, en tres grupos:

- a).- Respecto de la persona del pupilo;
- b).- En relaciones a la representación del pupilo;
- c).- Por lo que se refiere al patrimonio del incapaz".

"Los deberes y facultades que tiene el tutor respecto a la persona del pupilo, son aquellos necesarios para la guarda, cuidado y educación del pupilo... El tutor debe de alimentar y educar al menor o incapaz con arreglo en las condiciones de éste. Tratándose de menores, los alimentos comprenden además de comida, vestido, asistencia en casos de enfermedad, los gastos necesarios para la educación primaria, para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales, e incluso debe añadir que el mismo tutor está obligado a dar alimentos al pupilo, cuando sea el obligado por razón de su parentesco con el

incapacitado y éste tuviere necesidad de ellos, en cuyo caso el curador ejercitará la acción correspondiente...".²²

En este momento, vamos a encontrar cómo la guarda y custodia, deberán ser uno de los objetivos directos en el ejercicio de la tutela. Lo anterior en virtud de que la protección en una casa, la protección en un hogar para los menores de edad o bien para los incapacitados, va a generar ese medio ambiente propicio a través del cual se llevará a cabo la dación de la preparación de dicha persona hacia un oficio, hacia una profesión y que de alguna manera, dicho menor de edad que está recibiendo los beneficios de un tutor, pues puede encontrar en éste, la posibilidad idónea para desarrollarse suficientemente y llegar a ser alguien en la vida. En este sentido lo indica el artículo 449 del Código Civil para el Distrito Federal, en su segunda parte del segundo párrafo, que dice: "En la tutela, su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores".

2.6 EL CONCEPTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA FRENTE A LA PATRIA POTESTAD Y TUTELA

Desde un plano totalmente general, no podemos decir que la legislación establezca un concepto valedero y suficiente sobre de lo

²² GALINDO GARFIAS, IGNACIO. "Derecho Civil": 11ª edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1991, p .692.

que es en sí la guarda y custodia, éste definitivamente es indispensable desglosarlo.

Esta necesidad que surge, debe contemplarse, no sólo de la ley, sino principalmente de lo que es del tratadista de derecho familiar.

Así, tomando las palabras de el autor Julián Güitrón Fuentesvilla, en el momento en que nos comenta sobre la guarda y custodia y la patria potestad nos dice lo siguiente: "El Derecho Familiar regula lo más íntimo de los esposos y los hijos. Como desgraciadamente se disuelve un matrimonio, surgen graves conflictos para la custodia, la guarda y el ejercicio de la patria potestad de los menores... La vida real, como usted se puede dar cuenta, supera la fantasía más fecunda de cualquier escritor, por ello, trataremos de dar respuesta a diversas interrogantes en virtud de las cuales el Derecho familiar es materia... No es posible llevar fuera del país a menores de edad sin la autorización por escrito del padre o la madre, según sea el caso; la Secretaría de Relaciones Exteriores está imposibilitada para expedir pasaportes en este sentido y tampoco lo puede hacer para permitir salir del país, a los niños en circunstancias mencionadas; sin embargo, si lo hacen, habrá responsabilidad oficial para el funcionario que lo hubiere permitido... Debe de distinguirse entre la guarda y custodia y la patria potestad, la primera consiste en entregar físicamente a los menores a sus padres o madres, según se haya acordado en el convenio de divorcio o en la sentencia respectiva, continúan ambos en el ejercicio de la patria potestad o vigilando, educando, alimentando y formando a sus hijos, lo cual trae como

consecuencia que si cualquiera de los esposos pretende llevar a aquéllos fuera del país, requerirá siempre el permiso del otro".²³

Dice bien el autor citado, en el sentido de que la patria potestad y la guarda y custodia sinceramente no son lo mismo.

Podemos encontrar cómo en los casos de divorcio, en el momento en que sobreviene la separación de los cónyuges, ambos pueden quedarse con el ejercicio de la patria potestad, pero en un momento determinado, no solamente los dos han de poder llevar a cabo la custodia de los menores, sino que sobre algunos de ellos deberá de tener que quedar dicha custodia.

En este sentido afirma el artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice: "En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores...".

"En este supuesto, con base en el interés superior del menor éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos".

Por lo anterior, observamos que las finalidades y los efectos que produce el establecimiento de la guarda y custodia, nos llevan a

²³ GUITRÓN FUENTEVILLA, JULIÁN. "¿Qué es el Derecho Familiar?"; 5ª edición, Promociones Jurídicas y Culturales, México, 1993, pp. 218-219.

pensar respecto de lo que es en sí la diferencia en el ejercicio de la patria potestad y la custodia.

Podemos decir que dentro de los términos de la patria potestad, se fija también el concepto de la custodia y de la guarda.

Lo anterior, en virtud de que la propia legislación, va a establecer esos conceptos, de los cuales inclusive ya habíamos citado uno que es el artículo 421, en donde se establece que mientras el hijo esté sujeto a la patria potestad, simple y sencillamente no puede dejar el hogar o la casa que forma el medio ambiente en donde la familia se ha de desarrollar.

Ahora bien, otro de los artículos que podemos citar, y que se refieren a esta facultad de custodia, es el artículo 423 del propio Código Civil para el Distrito Federal, el cual dice a la letra:

ARTÍCULO 423.- "Para los efectos del artículo anterior, los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo".

"La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica...".

Nótese cómo las consecuencias sobre lo que es en sí el ejercicio de la patria potestad, trae aparejado consigo mismo la facultad de la

guarda y custodia; pero la guarda y custodia en forma independiente, va a meritar incluso un litigio, va a meritar un problema o un debate, que ha de fijarse en base a lo que el artículo 380 y 381 que el Código Civil para el Distrito Federal, establece.

Esto es, que la propia patria potestad genera para sí la guarda y custodia, pero la guarda y custodia en ningún momento da derecho de patria potestad o alguna cosa similar, sino básicamente las posibilidades de corrección y de guiar la persona que se tiene en custodia.

De ahí, que si en algún momento existen algunas diferencias en cuanto a lo que es la tenencia de los hijos, pues entonces estas circunstancias se han de debatir conforme a lo que la propia legislación establece.

Así tenemos cómo el artículo 380 del Código Civil para el Distrito Federal, establece:

ARTÍCULO 380.- "Cuando el padre y la madre que no viven juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia; y en caso de que no lo hicieren, el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor".

Es importante subrayar cómo la legislación en el momento en que está frente a un debate sobre la guarda y custodia de los

menores, sí genera un procedimiento especial y además independiente.

Dicho de otra manera, que la legislación presupone un procedimiento para debatir exclusivamente la guarda y custodia de los menores.

Esto es importante subrayarlos, en virtud de que ya hay un antecedente concreto a través del cual se puede observar la potestad del Juez de lo Familiar para que intervenga directamente, en la posibilidad de establecer suficientemente la guarda y custodia de algún menor de edad.

Por otro lado, el artículo 381 del propio Código Civil para el Distrito Federal, establece lo siguiente:

ARTÍCULO 381.- "En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que se conveniera otra cosa entre los padres, y siempre que el Juez de lo Familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público".

La hipótesis que estamos fundamentando inicialmente, en el sentido de que el Juez de lo Familiar debe y tiene la obligación de establecer suficientemente un criterio en la separación de los cónyuges con respecto a la guarda y custodia de los menores, toma en

el artículo 381 del Código Civil para el Distrito Federal un auge que definitivamente es la solución al problema que estamos buscando.

Tenemos cómo en el momento en que dos padres que no viven juntos y que uno se apresura a reconocer la paternidad de un hijo, entonces éste empieza a tener o a generar un derecho sobre de él para llevar a cabo la guarda y custodia.

Pero si hay un convenio entre padre y madre, en el que se establece una cosa diferente, el mismo Juez de lo Familiar puede incluso modificar dicho convenio.

De tal manera, que las circunstancias que el artículo 381 del Código Civil para el Distrito Federal establece, van a ser de trascendental importancia, al otorgarle incluso la potestad al Juez de lo Familiar de poder sancionar un convenio estructurado por los propios padres, al poder causar diversos efectos de modificación de algún convenio que los padres han tratado de llevar a cabo para resolver sus diferencias en cuanto a la custodia de los menores.

Hemos de hacer incapie en este momento que el artículo 381 del Código Civil para el Distrito Federal hace mención de los padres y no de cónyuges, por tanto, hemos de entender que aquí se habla de hijos nacidos fuera de matrimonio; pero en este punto, lo trascendental que pretendemos resaltar es la facultad que en este caso tiene el Juez de lo Familiar para sancionar el convenio elaborado por los cónyuges.

De ahí, que problemas tan graves como es el abuso sexual a menores, el fenómeno del niño maltratado, el abandono de familia, está siendo considerado por nuestra legislación como una posibilidad de defensa hacia el niño maltratado en forma general..

Lo anterior, nos obliga a hablar cuando menos de algunas circunstancias sobre lo que es el abuso a dichos menores de edad, de los cuales, el propio Juez de lo Familiar debe de atender, porque en la guarda y custodia puede que se les ofrezca una mejor manera de vida o un mejor estatus social, pero si el padre o la madre que viven separados es abusador, pues simple y sencillamente es preferible entregárselos al otro padre que los debe de tratar con cariño y respeto.

Ahora bien, para fundamentar lo dicho, vamos a tomar las palabras del autor Jaime Marcovich quien sobre el particular nos comenta: "Puede considerar aquí la falta de apreciación del síndrome del niño maltratado, resultado en muchos casos de la pobreza de los conocimientos médicos. Empero, la escasez misma de publicaciones en lengua castellana es un factor limitante para que el pediatra se familiarice con el síndrome, generando así un círculo vicioso entre conocimiento y diagnóstico. Al considerar el síndrome del niño golpeado, debemos tener en cuenta que el médico tiene que valorar correctamente dos elementos: El niño lesionado y el padre agresor. El estado de las lesiones del paciente lesionado plantea las dificultades inherentes a la naturaleza del proceso patológico, causa por la que el niño es llevado a consulta; el agresor generalmente no ofrece

espontáneamente ninguna clave, ni datos en definitivo; aún cuando el pediatra son inseparables, enfermedad, factores psicológicos y sociales, lo peculiar de este síndrome, es que se busca demostrar un acto reprobable y punible".²⁴

Como consecuencia de lo dicho por el autor citado, las cosas hasta este momento, van a tomar otro giro y debe el Juez de lo Familiar indispensablemente comprometerse mucho más en los casos que se le plantean sobre menores de edad.

No solamente en los casos de divorcio, sino en cualquier otro caso en donde se discuta la custodia de un menor de edad, el Juez de lo Familiar está obligado a penetrar al fondo del asunto, a fin de detectar el fenómeno de las familias enfermas que están en ciclo de violencia, y con esto tratar de parar todo ese fenómeno que hoy en día se da, en virtud de las diversas malas administraciones gubernamentales y los escasos recursos del pueblo mexicano.

De ahí la necesidad de un compromiso más tajante y fiel por parte del órgano jurisdiccional; para que esto se logre, no deben haber limitaciones para el Juez de lo Familiar como la establecida implícitamente en la fracción VI del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, siendo ésta la que estamos tratando de criticar en este trabajo en desarrollo.

²⁴ MARCOVICH, JAIME. "Maltrato a los Hijos"; 11ª edición, Editorial Edicol, México, 1994, p. 29.

2.7 SUS EFECTOS JURÍDICOS

Habíamos hablado cómo el hecho de que se debate la guarda y custodia de los menores, puede ser en sí considerada como una vía totalmente separada y autónoma de cualquier otro procedimiento judicial de tipo familiar.

Aquí encontramos que el progenitor que no tenga la custodia, podrá reclamar buscando ser favorecido en la sentencia; así podemos interpretar la disposición del artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que dice: "No se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar cuando se solicite la declaración, preservación o constitución de un derecho... tratándose de alimentos, educación de hijos... y en general todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial".

Pues bien, en el inciso anterior habíamos tocado algunos conceptos importantes que son la razón filosófica jurídica social por la cual, el Juez de lo Familiar debe de tomar cartas en el asunto, debe inicialmente identificar a la familia enferma en ciclo de violencia, para poder llevar a cabo uno de los objetivos principales de toda la legislación como es seguir con la integración familiar.

Así tenemos cómo el autor Vicente Fontana, en el momento en que nos habla sobre este particular nos dice: "Para los padres maltratadores, más abrumados por la culpa y el remordimiento, es

muy difícil encontrar ayuda, pero para las instituciones de ayuda resulta aún más difícil descubrir a esos padres. Nuestras simpatías están de lado de los niños, pero no son sólo éstos quienes lloran. También lloran los padres por el dolor que causan y por el que ellos mismos sienten. A menudo hay una mirada de desconocimiento y desesperación en el rostro de un padre joven. Los rechazos repentinos son seguidos por remordimientos súbditos y terribles, hay sollozos de reminiscencias, mezclados con otros de alivio”.

“El ciclo de violencia empieza precisamente cuando el maltrato no es descubierto ni puesto en evidencia su contenido. El maltrato, no es asunto claramente definido de interacción entre el padre abusivo y el niño objeto de abuso. Es un asunto familiar que involucra al abusador-descuidados activos, al compañero invisible pasivamente cooperador, y a los demás niños de la familia que pueden, o no, ser partícipes activos pero que son ciertamente observadores”.²⁵

El efecto jurídico de la guarda y custodia, definitivamente no llega a ser permanente, ya que si en algún momento se demuestra este abuso hacia los menores de edad, pues entonces puede repetirse la acción y variarse la resolución, para otorgarle la guarda y custodia hacia otra persona, que definitivamente proporcione un medio ambiente correcto para los menores de edad; apoyamos este comentario en la segunda parte del artículo 94 del Código de

²⁵ FONTANA, VICENTE. “En Defensa del Niño Maltratado”; 3ª edición, Editorial Pax, México, 1991, pp. 128 y 131.

Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que dice: "Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afecten el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente".

Ahora bien, el efecto jurídico también que debe de prevenir el otorgamiento de la guarda y custodia, será el de prevenir el abandono del niño, el abuso sexual en su contra, la violencia interfamiliar, los abusos contra aquellas personas que tienen escasa estatura.

Así, la influencia familiar no va a curar en ningún momento, los efectos jurídicos trascendentales de una resolución de guarda y custodia, sino que será la superación misma de las personas afectadas, las que de alguna manera deban de cruzar con los traumas que se producen en la separación y en una nueva vida estando separados los cónyuges.

La guarda y custodia va a proporcionar, o bien, tratará de proporcionar un efecto de seguridad jurídica en la vida del menor, que le proporcione un estatus familiar.

Ahora bien, la autora María Nieves Pereida de Gómez, en el momento en que hace un estudio sobre la influencia de la vida familiar y la repercusión en la separación, nos comenta lo siguiente: "El estudio de las relaciones familiares no es un tema nuevo. Su

interés crece cuando las doctrinas psicoanalistas se proyectan en la familia. La psicología pretende entonces calar más hondo en el pequeño círculo familiar para estudiar a cada miembro en relación con los demás. En la familia, se establece antes una relación social hombre-mujer. Propiamente, todavía no es familia, pero sí su origen. De esta relación hombre-mujer de su acoplamiento psíquico, depende la unidad real de la familia como sociedad, cuando nazcan los niños. Ésta es una de las muchas ventajas que presenta el divorcio, o la posibilidad de efectuarse...".²⁶

Hasta este momento, todas y cada un de las circunstancias que hemos citado, nos van a ofrecer elementos de convicción o de criterios suficientes para poder sancionar o criticar las circunstancias respecto de la guarda y custodia y sus efectos dentro de lo que es en sí la separación de cónyuges.

Sin lugar a dudas, cuando la familia está unida, cuando existe la comunicación de el hombre y la mujer que procrean los hijos, es decir, los cónyuges, pues simple y sencillamente no hay problemas en cuanto a la guarda y custodia; el problema se suscita en el momento en que sobreviene la separación.

En este punto, vamos a encontrar la necesidad de un debate, de un litigio, en el que necesariamente el Juez de lo Familiar debe de

²⁶ PEREIDA DE GÓMEZ, MARÍA NIEVES. "El Niño Abandonado"; 3ª edición, Editorial Trillas, México, 1994, p.13.

intervenir, y no solamente el Juez de lo Familiar, sino también debe de utilizar la Licenciatura de Trabajo Social.

Al respecto tenemos la disposición del artículo 945 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, al indicar que: "El Juez de lo Familiar, para resolver el problema que se le plantee, podrá cerciorarse personalmente o con auxilio de trabajadores sociales, de la veracidad de los hechos. Aquéllos presentarán el informe correspondiente en la audiencia".

Aquí tenemos que es de suma importancia que personas de Trabajo Social, puedan tener un contacto directo con el medio ambiente en el que se desarrolla el menor, puedan evaluar si en algún momento hay un efecto patológico o bien están expuestos al abandono, al maltrato, a los diversos abusos de que son objeto los menores de edad.

De tal naturaleza, que un menor de edad, en su escasa estatura y su poca fuerza, y además con su poco poder de discernimiento que no comprende entre el bien y el mal, pues simple y sencillamente estará expuesto a los razonamientos de las personas adultas que supuestamente son maduras.

De ahí, que dentro de los efectos jurídicos en la resolución de la guarda y custodia, es necesario considerar diversos elementos que permitan al Juez de lo Familiar resolverla en una forma suficiente y

además efectivo, que tenga en sí una visión panorámica y clara de lo mejor para los menores.

Este es un aspecto prioritario que la ley debe de tomar en cuenta, a fin de lograr que los menores de edad queden debidamente protegidos.

Es por esta razón, que la Fracción VI del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, que nos habla de las medidas provisionales en la admisión de la demanda de divorcio y concretamente del cuidado de los hijos menores de los cónyuges, consideramos que debe de ser superada, ya que como hemos analizado en esta parte de nuestro trabajo, la propia legislación en referencia a través del artículo 380 y 381, que no es un caso de divorcio, por tanto no se trata de hijos de matrimonio, pero ya genera para el Juez de lo Familiar facultades incluso para modificar convenios en donde se fijan la guarda y custodia de los menores.

Así, no es posible que en un convenio de divorcio, puedan decidir los cónyuges o los futuros divorciados la manera en que se va a quedar fijada la guarda y custodia de sus menores hijos, ya que si los artículos 380 y 381 del Código Civil para el Distrito Federal le ofrecen facultades al Juez de lo Familiar incluso para modificar convenios, pues también es necesario que en la proposición que hacen los cónyuges que se separan, en relación a la guarda y custodia de sus menores hijos, sea evaluada correctamente por el Juez de lo Familiar y no solamente por esta institución, sino también por otra

como es el Agente del Ministerio Público adscrito al juzgado, el cual es el representante social en el litigio, y también tiene derecho a llevar a cabo un análisis profundo de lo más conveniente para los menores de edad.

De ahí, que en el siguiente capítulo cuando veamos situaciones de la función jurisdiccional y las instituciones que lo rodean, veremos también cómo el Agente del Ministerio Público tiene facultades para poder analizar correctamente cómo quedará la guarda y custodia de los menores de edad.

CAPÍTULO TERCERO

FACULTADES DEL JUEZ EN CASO DE DIVORCIO EN RELACIÓN A LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES.

Es indispensable establecer las diversas normas jurídicas que rodean a las facultades del Juez de lo Familiar en relación directa a la decisión de la guarda y custodia de los menores de edad.

Habíamos observado ya en el capítulo anterior, cómo iba a subsistir una cierta acción para solicitar al Juez de lo Familiar su decisión en el momento en que iba a existir algún problema, en lo que es la guarda y custodia de los menores de edad.

Con lo anterior tenemos cómo en la disposición que emerge del artículo 381 del Código Civil para el Distrito Federal, va a tener una trascendencia demasiado objetiva para nuestro estudio.

Esto quiere decir, que el propio artículo 381 del Código Civil para el Distrito Federal, permite que el Juez de lo Familiar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resuelva lo que más creyere conveniente a los intereses del menor cuando se enfrenta a problemas de custodia y de guarda, derivados en este caso, de padres que no viven juntos.

Así, en los casos de divorcio y concretamente de las facultades del Juez de lo Familiar para la guarda y custodia de los hijos menores, que es el que nos ocupa en este trabajo de tesis, el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, hace también esa aclaración de manera general en la última parte de la fracción VI, que dice: "El Juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente". De lo establecido consideramos que no hay una base precisa para afirmar que se trate de una facultad para el juzgador; por tanto, esta disposición no le permite al Juez de lo Familiar decidir lo más conveniente al menor de edad, como la situación que ya está planteada por el propio artículo 381 del mismo Código Civil para el Distrito Federal.

Es necesario plantear los dos casos específicos, ya que ambos artículos hablan de la separación de los padres, y un posible conflicto en lo que es la guarda y custodia de los mismos.

Ahora bien, para tener una mayor amplitud en cuanto a los conceptos que necesitamos vertir, es indispensable hablar sobre diversas facultades de los Jueces de lo Familiar, a fin de poder transplantar las facultades que presenta el artículo 381 del Código Civil para el Distrito Federal hacia el propio artículo 282 de este mismo Código Civil para el Distrito Federal que es el artículo que estamos criticando en esta tesis.

Y por lo mismo, vamos a abrir nuestro primer inciso:

3.1 LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y SU ALCANCE EN LA FAMILIA

Aquí hay dos circunstancias que es necesario establecer; uno, qué es la función jurisdiccional, y por el otro lado, la importancia de la familia para el Estado, cosa de la que ya establecimos algunos conceptos en el inciso 1.1.

En este momento debemos de hablar un poco de lo que es en sí la función jurisdiccional, la cual, nos ha de dar la pauta indispensable para poder elevar alguna crítica respecto de lo que es la intervención del Juez de lo Familiar en lograr lo más conveniente para los menores, en el caso en que los mismos cónyuges que solicitan la separación propongan la forma en que va a quedar la guarda y custodia de los menores, tanto durante el procedimiento de divorcio como una vez ejecutoriado el mismo.

Vamos a partir de lo que es la idea de la jurisdicción para poder encontrar sus fundamentos y conceptos, así, el autor Eduardo Pallares, en el momento en que nos habla respecto de el concepto de jurisdicción, nos dice lo siguiente: "Etimológicamente la palabra jurisdicción, significa decir o declarar el derecho. Desde el punto de vista más general, la jurisdicción hace referencia al poder del Estado de impartir justicia por medio de los tribunales o de otros órganos, como las Juntas de Conciliación y Arbitraje, en los asuntos que llegan a su conocimiento, pero este concepto es empírico y no penetra al fondo del problema científico... La etimología de la palabra

jurisdicción permite dar a esta expresión un sentido muy amplio, que comprende el poder legislativo lo mismo que el poder judicial; en efecto, decir el derecho, es reglamentar las relaciones sociales de los ciudadanos, sea creando la regla, sea aplicándola. De hecho, es cierto que a los romanos no les repugnaba que sus Magistrados, no tan sólo suplieran el silencio de la ley, sino que también con demasiada frecuencia modificaran la ley... La jurisdicción es, pues, en el sentido más amplio, el poder de los magistrados relativos a las contiendas a relaciones jurídicas entre particulares, sea que este poder se manifieste por medio de edictos generales, sea que se limite a aplicar a los litigios que le son sometidos, las reglas anteriormente establecidas".²⁷

Sin duda, las diversas circunstancias que rodean el concepto de jurisdicción, van a revelar un sometimiento de los individuos a un imperio de derecho, a una norma, a una situación de coercibilidad de imperio de la norma, y a través de ésta, la posibilidad de una cierta administración de justicia.

Así, desde el punto de vista conceptual, vamos a encontrar que la jurisdicción plantea solamente un fuero jurisdiccional, un imperio al cual se deben de someter las partes para que la regla encuentre su concretización.

²⁷ PALLARES, EDUARDO. "Diccionario de Derecho Procesal Civil"; 21ª edición, Editorial Porrúa, México, 1994, p. 506.

Ahora bien, para poder anotar correctamente en qué consiste la función jurisdiccional, es necesario tomar conceptos desde el ángulo de el derecho administrativo, y, para el efecto, tomamos las palabras del autor Gabino Fraga, quien sobre el particular comenta: "La función judicial como la legislativa pueden analizarse desde dos puntos de vista: Como función formal y como función material. Desde el punto de vista formal, la función judicial está constituida por la actividad desarrollada por el poder que normalmente, dentro del régimen constitucional, está encargado de los actos judiciales, es decir, del poder judicial".

"Como función considerada materialmente, algunos autores la denominan función jurisdiccional, por creer que la expresión judicial sólo evoca el órgano que la realiza, debiendo por lo tanto, reservarla para cuando se haga alusión a su aspecto formal... Para definir la función que es objeto de este capítulo, es necesario atender sólo a la naturaleza intrínseca del acto en que se concreta y se exterioriza, o sea, la sentencia".²⁸

Como consecuencia de lo mencionado por estos autores, encontramos que en la función jurisdiccional, el Estado procura la satisfacción de intereses tanto individuales como colectivos; en el caso de relaciones entre particulares, estos intereses se presentan como intereses tutelados frente al Estado.

²⁸ FRAGA, GABINO. "Derecho Administrativo"; 33ª edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1994, pp.46-47.

Por lo tanto, la función jurisdiccional y su alcance dentro de la familia, es el mismo alcance que tiene respecto de toda la organización social.

Así tenemos cómo para el arreglo de los conflictos entre los particulares, se ha instaurado una cierta función de tipo jurisdiccional, a través de la cual, se arma un juicio en donde las partes están ampliamente representadas y cada una puede defenderse completamente en sus extremos.

Esto sin duda, representa la posibilidad de un debate que guarda la trilogía procesal, entre alguien que acusa, otro que se defiende y otro distinto que es el que decide el derecho controvertido entre las partes.

De ahí, que la función jurisdiccional tiene alcance no solamente dentro de la familia, sino también dentro de todo lo que es la relación intersocial para regular las diversas circunstancias dentro de las cuales se desarrolla la sociedad.

Tenemos actos tan especiales como son los divorcios, las pensiones alimenticias, la discusión de la paternidad, de la filiación, el reconocimiento, problemas de patria potestad, de tutela y en general, todos los problemas relacionados con la familia, los ha de atender también un órgano especializado como es el Juez de lo Familiar, y, a través de esta institución, todos y cada una de las diversas circunstancias que rodean a la familia, encontrarán no

solamente una acción que deducir, sino también un órgano de tipo jurisdiccional frente al cual puedan deducir dicha acción.

3.2 CONCEPTOS GENERALES DE DIVORCIO Y CLASES DE DIVORCIO

En términos generales, el divorcio es la disolución de un vínculo de matrimonio, que se rompe por la declaración del Juez de lo Familiar hecha a través de una cierta sentencia, o bien, la declaración hecha por el oficial del Registro Civil.

Así lo establece el artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal que a continuación transcribimos:

Artículo 266.- "El divorcio disuelve el vínculo de matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

Actualmente ya tenemos esta disposición, pero cabe mencionar que en sus inicios, el matrimonio no podía disolverse, se autorizaba la separación de cuerpos pero no se disolvía el vínculo, situación que la legislación actual ya previene, y de esta forma, el vínculo matrimonial puede quedar disuelto una vez que se ha demostrado la necesidad de el divorcio o la separación.

Así, dentro de lo que es en sí la institución matrimonial, vamos a encontrar formas por medio de las cuales dicha institución puede desaparecer y una de éstas es sin duda el divorcio.

Ahora bien, para poder tener una idea más amplia y generalizada de lo que el divorcio es, vamos a citar las palabras de el autor Antonio de Ibarrola, quien en el momento en que nos habla del divorcio dice: "La disolución del matrimonio es la ruptura del lazo conyugal y la cesación de los efectos que la unión de los esposos producía respecto a ellos o respecto a terceros. La disolución de un matrimonio presupone su validez. En matrimonio nulo no puede disolverse: Cuando la nulidad se decreta, se reconoce que jamás ha existido ni ha producido efectos, o que los ya producidos queden retroactivamente destruidos, todo ello, salvo la aplicación de la teoría de los matrimonios putativos...".

"La disolución de un matrimonio pone fin a todos los efectos que produjo. Sin embargo, la alianza que estableció subsiste y crea ciertos impedimentos para una nueva unión. Los hechos que disuelven el matrimonio son: a).- La muerte de uno de los esposos; b).- El divorcio...".²⁹

El divorcio, es la ruptura de un matrimonio válido, es la disolución del vínculo que se forma a través de lo que es la institución matrimonial, de tal naturaleza que en nuestra época actual y en la legislación mexicana, podemos observar la existencia de tres tipos de divorcio, que son:

²⁹ IBARROLA, ANTONIO DE. "Derecho de Familia"; 4ª edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1993, p. 333.

- 1.- El administrativo.
- 2.- El voluntario.
- 3.- El necesario.

Por lo que se refiere al primero de éstos, es decir, el divorcio administrativo, la disolución del vínculo matrimonial, surge cuando los esposos son mayores de edad, no tienen o no procrearon hijos, y de común cuerdo hayan liquidado la sociedad conyugal si bajo ese régimen se casaron.

De esta manera, vamos a encontrar cómo este tipo de divorcio administrativo, se ha de llevar a cabo frente al oficial del Registro Civil correspondiente a su domicilio, presentando las actas certificadas en que consta que son casados y mayores de edad y manifestando su intención de manera clara de divorciarse; así lo expresa el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice: "Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos, haber liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el Juez del registro civil del lugar de su domicilio y manifestarán de una manera terminante y explícita, su voluntad de divorciarse".

Estos son los requisitos exigidos por este artículo en su primer párrafo y una vez reunidos procede el divorcio administrativo.

Ahora resulta necesario citar el segundo párrafo de este artículo 272 del mismo Código Civil para el Distrito Federal, ya que

aquí encontramos el procedimiento correspondiente para el divorcio administrativo; este segundo párrafo dice: "El Juez del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior".

Por otro lado, en cuanto al divorcio voluntario, siempre presupone la existencia de hijos, y por tal motivo la necesidad de darle vista al Agente de el Ministerio Público como el representante social que es en caso de divorcio; apoyamos este comentario en el último párrafo del artículo 272 comentado para el divorcio administrativo, que a la letra dice: "Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al Juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles".

Por ello, afirmamos que prospera este tipo de divorcio ante la solicitud por mutuo acuerdo de ambos cónyuges, ante el Juez de lo Familiar correspondiente al domicilio conyugal; debe acompañarse también un convenio en donde se señale a la persona que tendrá la custodia de los hijos menores de edad de manera provisional, modo de garantizar y cubrir alimentos de los hijos, domicilio de cada cónyuge; también se debe especificar todo lo relacionado a sus bienes.

Expresamente el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal señala:

ARTICULO 273.- "Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

Fracción I.- Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

Fracción II.- El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

Fracción III.- La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;

Fracción IV.- En los términos del artículo 288, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo;

Fracción V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de

liquidadores. A este efecto se acompañará un inventario y avalúo de todo los bienes muebles o inmuebles de la sociedad”.

Es preciso mencionar que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su artículo 674 se establece que además del convenio comentado, los cónyuges deben presentar una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de sus hijos menores.

Recibida la solicitud de divorcio, el tribunal citará a los cónyuges y al Ministerio Público a una primera junta de avenencia en la que se identificará plenamente ante el Juez, que se efectuará después de los ocho días y antes de los quince días siguientes de admitida la solicitud, a la cual deben acudir personalmente los cónyuges porque su objetivo es intentar su reconciliación; si no se logra la reconciliación, será aprobada provisionalmente el convenio, oyendo el parecer del Ministerio Público. Enseguida, el Juez de lo Familiar citará a los cónyuges a una segunda junta, en los mismos términos ya mencionados; de existir el mismo propósito de disolución del vínculo y habiéndose aprobado el convenio se dictará sentencia de divorcio; este es el procedimiento que contempla el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en sus artículos 675 y 676 respectivamente.

Por último, el divorcio contencioso o divorcio necesario, es aquel en donde se ha de litigar; las partes no están de acuerdo en la disolución del vínculo, y éste se ha de romper en virtud de que opera

alguna de las causales previstas en la legislación, concretamente en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, siendo éste el que enumera todas las causales de divorcio permitidas y que hacen que en la pareja no pueda subsistir la vida en común como es el objetivo directo del matrimonio.

En cuanto al procedimiento de este tipo de divorcio, comentaremos lo siguiente: se sigue en la vía ordinaria civil y para que proceda su trámite se requiere, la existencia de un matrimonio válido, la cual se comprueba mediante la copia certificada del acta de matrimonio; el ejercicio de la acción será ante el Juez de lo Familiar del domicilio conyugal, debe expresarse mínimamente una de las causas que señala el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 267 y que esta acción se ejercite dentro del tiempo determinado por la ley, es decir, dentro de los seis meses siguientes al día en que el actor haya tenido conocimiento de los hechos en que funde la demanda.

Este tipo de divorcio es el que tiene relación con el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, de cuya fracción VI deriva nuestro tema de tesis. Tiene relación debido a que en cada una de las fracciones de este artículo se observa que debe imperar la disposición que dicte el Juez de lo Familiar y también por que en la fracción VI de este mismo artículo hace mención de un cónyuge que pide el divorcio, siendo éste elemento como distintivo para separarlo del divorcio voluntario.

Por esta razón hemos de decir que encontramos su fundamento e inicio de este tipo de divorcio principalmente en el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, mismo que analizaremos por separado en el inciso 3.4.

3.3 EL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO COMO REPRESENTANTE SOCIAL EN EL CASO DE DIVORCIO

Ahora en la actualidad, el Agente del Ministerio Público tiene bastantes funciones que hacen su autoridad más versátil.

Claro está, que la particular y más efectiva que podemos mencionar, es la derivada del artículo 21 Constitucional y que se refiere a la persecución del delito. Dice el artículo 21 de nuestra Constitución, en el segundo planteamiento de su primer párrafo: "La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél".

Pues bien, el Agente del Ministerio Público no nada más ha de servir para perseguir el delito, sino que también tiene otras funciones especiales y específicas como son en primer caso el constituirse en representante social.

Dicho de otra manera, que la institución de el Agente del Ministerio Público, tiene alcances más profundos respecto de lo que

es su función, y por esta razón, la naturaleza de su actividad se amplía a todo lo que es en sí la representatividad social de la comunidad en general, para que los principios de legalidad puedan cumplirse suficientemente.

Ahora bien, para tener una idea generalizada de lo que es en sí este Agente de el Ministerio Público, vamos a citar las palabras de el autor Guillermo Colín Sánchez, quien sobre lo que es el Agente del Ministerio Público, nos ofrece los comentarios siguientes: "El artículo 21 Constitucional establece en forma terminante la atribución específica del Ministerio Público en general, es decir, la persecución de los delitos; pero tomando en cuenta la organización política que nos rige y por otra parte el artículo 102 Constitucional, el tipo de leyes sustantivas en materia penal y en algunos casos el carácter del sujeto que comete el delito, podemos establecer que en la República Mexicana existe el Ministerio Público del Distrito, el Ministerio Público Federal, el Ministerio Público Militar y el Ministerio Público del Fuero Común... En términos generales se puede decir que la encomienda también establece la misión de preservar a la sociedad del delito. De lo apuntado concluimos que el Ministerio Público tiene asignaciones y funciones específicas tanto en el Derecho Penal, el Derecho Civil, el Juicio Constitucional; actúa como consejero, auxiliar y representante legal del ejecutivo".

"En el Derecho Penal primordialmente debe preservar a la sociedad del delito y en ejercicio de sus atribuciones como representante de la misma, ejercitar las acciones penales...".

"En el Derecho Civil, tiene encomendada fundamentalmente, una función derivada de leyes secundarias en aquellos asuntos en los cuales el interés del Estado debe manifestarse para la protección de ciertos intereses colectivos o cuando éstos mismos requieren, por su naturaleza y trascendencia, de una tutela especial".

"En el Juicio Constitucional y como consejero auxiliar del ejecutivo, estas funciones concretizan al Agente del Ministerio Público".³⁰

Dentro de lo que es en sí el procedimiento civil, vamos a encontrar cómo el Agente del Ministerio Público, debe de observar y establecer una estricta vigilancia sobre los bienes e intereses de los menores de edad que de alguna manera han de litigar o de ser partes en algún juicio.

Así tenemos cómo dentro de lo que es en sí la facultad de dicho Agente del Ministerio Público, será el que si existe un delito dentro del Procedimiento Civil, se deberá consignar ante el Agente del Ministerio Público adscrito al juzgado, situación que definitivamente, permite que esta institución esté continuamente velando por los intereses de la sociedad e incluso en el Procedimiento Civil.

³⁰ COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales"; 13ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1992, pp. 105-107.

Ahora bien, específicamente en el proceso civil, y más que nada en lo que es en el caso de el divorcio, se especifica la necesidad de su intervención, para cuando existe la voluntariedad de las partes en divorciarse dicho Agente del Ministerio Público, también debe de aprobar el convenio que establece el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal; dicho convenio establece que se debe señalar a la persona que tendrá la custodia de los hijos menores de edad, modo de garantizar los alimentos de estos hijos, domicilio de cada cónyuge así como en todo lo relacionado a sus bienes de los cónyuges.

De tal naturaleza, que este convenio al ser aprobado también por el Agente del Ministerio Público, realmente debe establecer todos y cada uno de las protecciones que la legislación otorga para que los menores de edad, puedan subsistir en una forma segura.

Con esta razón, tenemos cómo el propio artículo 675 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, va a regular ciertas normas para ajustar estas circunstancias.

Específicamente tenemos cómo el artículo 675 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece lo siguiente:

ARTÍCULO 675.- "Hecha la solicitud, citará el tribunal a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a una junta en la que se identificará plenamente ante el Juez, que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días siguientes, y si asistieren los interesados los exhortará para procurar su

reconciliación. Si no logra avenirlos, aprobará provisionalmente, oyendo al representante del Ministerio Público, los puntos de el convenio relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados, a la separación de los cónyuges y a los alimentos de aquéllos y de los que un cónyuge debe de dar al otro mientras dure el procedimiento, dictando las medidas necesarias de aseguramiento”.³¹

Como consecuencia de lo que hasta este momento hemos dicho, vamos a encontrar que esa idea del Agente del Ministerio Público como representante social, sí tiene su interés dentro de lo que es el caso de divorcio, para asegurar que las protecciones hacia los menores de edad deban de ser los correctos y se puedan llevar a cabo la mayor seguridad jurídica en la persona, en los bienes y derechos de dichos menores de edad.

En la participación que tiene el Agente del Ministerio Público para sancionar el convenio, si considera que hay alguna violación en los derechos de los hijos o que no hay una plena garantía para estos, podrá oponerse a la aprobación y efectuar los cambios que considere pertinentes. Así lo establece el artículo 680 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que dice: “En caso de que el Ministerio Público se oponga a la aprobación del convenio, por considerar que viola los derechos de los hijos o que no quedan bien

³¹ “Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal”; Editorial SISTA, México, 1997, p. 112.

garantizados, propondrá las modificaciones que estime procedentes y el tribunal lo hará saber a los cónyuges...”.

3.4 DESGLOSE DEL ARTÍCULO 282 FRACCIÓN VI DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Estamos llegando ya a un punto definitivamente medular para nuestro trabajo de tesis, es necesario presentar en este momento, todo lo que es el contenido del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, desglosando especialmente los diversos elementos que conforman la fracción VI.

Enseguida vamos a pasar a su transcripción:

ARTÍCULO 282.- “Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes, conforme a las disposiciones siguientes :

Fracción I.- (Derogada);

Fracción II.- Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles;

Fracción III.- Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos.

Fracción IV.- 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;

Fracción V.- Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede encinta;

Fracción VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez, previo el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente.

Fracción VII.- La prohibición de ir a un domicilio o lugar determinado para alguno de los cónyuges, así como las medidas necesarias para evitar actos de violencia familiar.

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre".

Las circunstancias sobre las cuales se va a establecer la idea del artículo que comentamos, reflejan claramente la necesidad de una cierta seguridad jurídica para los menores que se ven en el complejo vaivén del divorcio.

Por ello, tenemos la necesidad de desglose de los diversos términos de la fracción VI así como el último párrafo de este mismo

artículo 282, los cuales establecen un concepto generalizado de lo que es la protección de los intereses de los menores de edad.

Así, los deberes que impone esta fracción VI y último párrafo del Artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal son:

- 1.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hayan designado los cónyuges.
- 2.- Esta persona puede ser uno de los cónyuges.
- 3.- Cuando no hubiere el acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deban quedar provisionalmente los hijos.
- 4.- El Juez de lo Familiar, previo el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente.
- 5.- Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

Nótese cómo la posibilidad de protección de los menores de edad, va bajando en cascada en relación directa a lo que es en sí las potestades en la guarda y custodia de los menores de edad.

Tenemos que, la ley inicialmente establece que la decisión la deberán de tener los propios cónyuges; esto es, les otorga una cierta potestad a los mismos para que puedan decidir qué persona o

personas ejercerán la custodia sobre dichos menores, y bajo qué términos deberán hacerlo.

Ahora bien, sobre de este particular, el autor Manuel Chávez Asencio, nos ofrece el comentario que sigue: "También están las medidas previstas relativas a la custodia de los hijos habidos de los cónyuges. Nuestro Código parte de la conveniencia de que los padres se pongan de acuerdo sobre la persona que debe cuidar a los hijos, en defecto de ese acuerdo el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deban quedar provisionalmente los hijos, lo que parece razonable pues se presume que el que pide el divorcio es el cónyuge inocente y éste tiene más derechos que el demandado para designar persona para la custodia de los hijos, que, inclusive puede ser el mismo cónyuge actor en el juicio".

"Como no siempre es posible tener el acuerdo de los cónyuges, el Juez de lo Familiar, previo procedimiento que fija el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, resolverá lo conveniente para los hijos, pero salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre. Por lo tanto, si no se acredita fehacientemente que la madre incurre reiteradamente en conductas u omisiones que afecten el normal desarrollo de sus menores debe otorgársele la custodia definitiva. Para tal efecto, el Juez de lo Familiar deberá exhortar los interesados a lograr un avenimiento. Para decidir en favor de la madre no importa la situación económica y a la madre debe otorgarse la guarda y custodia del menor, si posee una situación

económica estable que garantice la satisfacción de las diversas necesidades del menor, aún cuando el padre posea una situación más elevada".³²

Sin duda, en la fracción VI del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, se contemplan dos momentos en el que el Juez de lo Familiar puede llegar a ordenar provisionalmente la situación de los menores de edad. Uno, cuando no hay un acuerdo de los padres, y dos, cuando no existe ni siquiera dicho acuerdo en que los padres puedan resolver la situación.

Ahora bien, es necesario decir que la propia legislación es un poco inestable, cuando al final de la fracción VI del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal establece que: "El Juez, previo el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente".

Tal vez sea aquí, en donde podemos intercomunicarnos fácilmente con los diversos lineamientos que plantea el artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal, en los que se establece que "En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público..."

³² CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL. "La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales"; 2ª edición, Editorial Porrúa S.A., México 1990. p.548.

“En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación...”.

En estas dos situaciones, vamos a encontrar que se les permite a los padres decidir, es decir, el que sea voluntad de éstos lo que se considere primero y solamente por falta de ese acuerdo o porque no lo haya intervendrá el Juez de lo Familiar para resolver lo conducente.

Ahora bien, en este instante es necesario evaluar las circunstancias, tenemos en primer lugar, cuatro intereses principales; uno el máximo de todos que es el de los menores de edad; luego el de los padres; en tercer lugar, el de la sociedad representada por el Agente del Ministerio Público y por último el del Juez de lo Familiar que decidirá las circunstancias en donde las partes no se ponen de acuerdo.

Estos son los intereses que siempre estarán presentes en una situación de divorcio cuando hay menores de edad de por medio, estos últimos deben quedar perfectamente protegidos.

Consideramos que es aquí en donde el Juez de lo Familiar debe de ocupar mucho de lo que es Trabajo Social, para poder establecer correctamente cuál es el medio ambiente que favorece al desarrollo de los menores, pero éstas son circunstancias de las que hablaremos en el capítulo cuarto.

3.5 EL ACUERDO DE LOS CÓNYUGES FRENTE A UN MEJOR AMBIENTE EN LA GUARDA Y CUSTODIA

Hemos podido observar hasta este momento que tanto la fracción VI del artículo 282 como los artículos 381 y 416 todos del Código Civil para el Distrito Federal, hacen una aclaración bastante severa en cuanto a permitir que sea la voluntad de los cónyuges, la voluntad de los padres, quienes en un término específico, deban de resolver sus diferencias.

Así, es aquí en donde debemos de pensar en lo que es la teoría del interés preponderante, para poder elevarnos la pregunta en el sentido sobre qué es lo más importante para la ley, proteger un derecho de los padres para decidir el futuro de los hijos, o bien, proteger a los propios hijos en contra de las decisiones de los padres.

Para poder responder esta pregunta, es necesario fijarnos cuando menos dos conceptos, uno que se refiere a lo que es en sí el interés preponderante, y otro que se refiere básicamente a los derechos de la paternidad y la filiación.

Para poder resolver el primer concepto planteado que es el del interés preponderante, es necesario citar las palabras de el autor Sergio Vela Treviño quien sobre el interés preponderante nos dice: "La vida misma en sociedad produce frecuentemente situaciones conflictivas, por oposición de intereses jurídicamente tutelados. Cuando se está en este caso, en que el juicio respecto de la

antijuridicidad debe resolverse de tal manera que se afecte un bien jurídicamente tutelado, el juzgador puede acudir válidamente al principio del interés preponderante”.

“Ya ha quedado establecido que la norma jurídica protege y trata de preservar bienes que han sido valorados por el legislador como acreedores a esta tutela; sin embargo, es frecuente que en una escala jerarquizada de valores tutelados, en un momento determinado y respecto de ciertas conductas típicas, se considere de mayor importancia un bien jurídicamente protegido que otro igualmente tutelado. En tal colisión de intereses con identidad en su consideración de intereses jurídicos, necesariamente se recurren a los principios de jerarquización, consistentes en determinar cuál de los intereses en conflicto es más importante para el orden jurídico”.³³

Si los intereses en juego son la guarda y custodia como una decisión de la paternidad y por otro lado, el bienestar de los menores de edad en su propia persona, aquí es en donde el juego del interés preponderante debe de decidir su causa.

Así tenemos cómo la idea de la paternidad, pues sí genera circunstancias específicas para los padres, pero, también el derecho de los hijos a preservar su situación y a mejorar sus condiciones también debe de preponderarse para tomarse en cuenta.

³³ VELA TREVIÑO, SERGIO. “Antijuridicidad y Justificación”; 3ª edición, Editorial Trillas, México, 1990, p. 200.

El autor Efraín Moto Salazar, en el momento en que nos hace una definición de lo que es en sí la paternidad y la filiación dice lo siguiente: "La filiación es la relación que se establece entre dos personas, de las cuales una es padre y la otra madre de otro. La filiación tiene un carácter presuncional, es decir, resulta de los hechos que la presupone o exteriorizan a presumirla. Se le define diciendo que es la presunción que tiene un individuo a su favor de ser hijo de otro. La relación de filiación tomada desde el punto de vista del padre, se llama paternidad. La paternidad es la presunción que tiene un individuo a su favor de ser padre de otro. La filiación de un hijo con respecto a sus padres puede ser legítima, legitimada y natural; en otras palabras, los hijos pueden ser legítimos, legitimados o naturales".³⁴

Como consecuencia de las circunstancias hasta este momento expuestas, las situaciones trascendentales que se exponen, llegan a ser de gran importancia.

Lo anterior lo decimos, en virtud de que la patria potestad es uno de los elementos que surgen de ese efecto de la paternidad y la filiación y por tal motivo, surge un imperio de derecho sobre los hijos, para decidir lo más viable para su futuro.

Pero no siempre la circunstancia y la idea de la patria potestad es lo más benéfico para los menores, en algunas ocasiones ese

³⁴ MOTO SALAZAR, EFRAÍN. "Elementos del Derecho"; 36ª edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1990, p.173.

derecho de la patria potestad, debe de estar o quedar limitado en beneficio del menor de edad, que no puede defenderse de un ataque de sus propios padres.

Así, otro concepto que es necesario analizar es el de patria potestad.

De éste, los autores Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Baez nos ofrecen el comentario siguiente: "La patria potestad se considera como un poder concebido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes. Es por ello que se equipara a una función pública, de aquí que por patria potestad le vamos a entender el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal periodo".³⁵

Los efectos y la trascendencia jurídica de la patria potestad, nos hace pensar cómo los padres han de ejercitar un cierto imperio sobre los menores de edad, pero este imperio otorgado por el derecho, y más aún siendo un deber constitucional derivado del artículo 4º de nuestra Constitución la cual en su último párrafo dice: "Es deber de los padres preservar el derecho de los menores, a la satisfacción de

³⁵ BAQUEIRO ROJAS, EDGAR y BUENROSTRO BAEZ, ROSALÍA. "Derecho de Familia y Sucesiones"; 1ª edición, Editorial Harla, México, 1990, p. 297.

sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas".

Aquí observamos que no solamente es un derecho, es una garantía de los padres y obligación además, el hecho de garantizarle a sus menores de edad que éstos lograrán un oficio, lograrán una cierta posibilidad a través de la cual puedan desarrollar sus aptitudes, y lo que es mejor mantenerse así mismos.

Al respecto, cabe citar el artículo 422 del Código Civil para el Distrito Federal que dice: "A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente".

Nos damos cuenta sin lugar a dudas que el objetivo principal de todo lo que es el enfoque legal sobre la patria potestad, la paternidad, y la filiación, es esa posibilidad de que el menor tenga la seguridad de que será educado, de que a futuro podrá incluso contar con un cierto desarrollo que garantice su evolución.

Es evidente que esto es demasiado trascendental, por lo que este valor es de preponderancia, es decir, los intereses del menor es lo que debe considerar el juzgador al emitir su decisión.

Pero por el otro lado, la madre al quedarse sola o el padre al quedarse solo con el hijo, no va a tener la misma actitud ni tampoco

va a obtener el tiempo suficiente para poder atender correctamente las necesidades del menor.

Estamos observando que esta situación de la separación de los cónyuges, de por sí es una situación extraordinaria, por lo tanto, se podría aceptar dejar al acuerdo de los cónyuges el establecimiento de la guarda y custodia de los menores, pero sí sería conveniente que de alguna manera, se permitiera al Juez de lo Familiar introducirse un poquito más al medio ambiente de los menores, para que sus determinaciones realmente fueran lo efectivas que la ley presupone.

3.6 LA SOCIEDAD, LOS MENORES Y EL DERECHO COMO PROTECTOR DE SUS INTERESES

En este momento hemos de recordar algunos lineamientos que ya hemos establecido en el inciso 1.4. Recordemos que hablábamos de lo que era en sí la seguridad jurídica como ese conglomerado de derechos que forman una esfera jurídica de protección hacia la persona, que le protegen tanto sus intereses, sus derechos, su patrimonio y su persona.

Pues bien, es necesario relacionar todo ese concepto de seguridad jurídica con lo que es el desarrollo de la sociedad y los menores de edad, y, la forma en que la propia sociedad trata de establecer reglas por medio de las cuales, esa protección pueda darse sistemáticamente hacia dichos menores de edad.

Si queremos hablar de lo que es en sí la sociedad, pues inicialmente debemos de saber en qué consiste dicha sociedad, para esto, vamos a tomar las palabras de el autor José Nodarse, quien sobre el particular nos comenta: "Vamos a ceñir ahora el concepto de sociedad a una clase de agrupación humana, permanente, que tiene una cultura definida y un sentimiento y una conciencia más o menos vivos de los vínculos que unen a sus miembros en la coparticipación de intereses, actitudes, criterios de valor, etc. Sociedad es cualquier grupo humano relativamente permanente capaz de subsistir en un medio físico dado y con cierto grado de organización que asegura su perpetuación biológica y el mantenimiento de una cultura, y que posee, además, una determinada conciencia de su unidad espiritual e histórica". ³⁶

El conglomerado social, requiere siempre de una cierta organización. Esa organización, va asegurar su perpetuación biológica, va a darle a ese conjunto de la comunidad, la posibilidad de que sus derechos, sus personas y sus patrimonios queden de alguna manera asegurados a través de el concepto de seguridad jurídica del que ya hablamos en el inciso 1.4.

Así, en el momento en que se sufre un ataque en contra de esos bienes que protege el Derecho, en ese momento, entonces la propia ley le otorga el ejercicio de la acción a la persona afectada para que

³⁶ NODARSE, JOSÉ. "Elementos de Sociología"; 31ª edición, Editorial Selector, México, 1989, p. 3.

ésta ocurra en la vía jurisdiccional a hacer valer sus derechos, a través del tribunal correspondiente.

Esto es, que trata de que sus intereses no sean afectados, y si de alguna manera, los mismos en un momento determinado sufrieron algún daño, éste pueda ser reparado fácilmente.

Ahora bien, en lo que se refiere a el Derecho como protector de sus intereses, vamos a encontrar que en todas y cada una de las legislaciones o cuando menos en la mayoría de las legislaciones, se ha de establecer los diversos derechos y obligaciones que rodean a los intereses de los menores de edad.

Por ello tenemos, cómo desde el plano constitucional parte el artículo 4º. de la Constitución el cual nos dice que: “Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental”, comentado más ampliamente en el inciso 1.2 de nuestro presente trabajo; luego, los Códigos Civiles reglamentan la patria potestad, la necesidad de alimentos, educación, las leyes de educación, las legislaciones de los Seguros Sociales, las legislaciones Penales; en fin, todo lo que es el Derecho, trata de ofrecer un cúmulo de reglas a través de las cuales, se protege el derecho de los menores de edad.

De hecho, desde un punto de vista generalizado, se ha establecido que el menor de edad, no puede ejercitar sus derechos por sí solo, requiere siempre de un mayor de edad para que se haga el

ejercicio de sus acciones, de manera consciente y correctamente además. Para efecto de reforzar lo dicho, citaremos el artículo 424 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice: "El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho".

Ahora bien, desde un punto de vista sociológico, vamos a observar que el menor de edad también debe de estar jurídicamente protegido, para que pueda desarrollarse de una manera más completa y seguro.

El autor Henry Pratt Fairchild, en el momento en que nos habla de este concepto dice lo siguiente: "El derecho del menor, es un concepto biológico impreciso del que derivan efectos diversos de orden jurídico y administrativo. Biológicamente es un menor de edad la persona que todavía no ha alcanzado su madurez orgánica y la plenitud de su desarrollo. Jurídicamente la minoría de edad se determina con referencia a las distintas edades, en las cuales fijan las leyes la plenitud de la capacidad civil y política y de la responsabilidad criminal. Las leyes administrativas pueden establecer asimismo, otros topes de edad en relación con los cuales cesen o comiencen a producirse determinados efectos. En general, la menor edad da lugar a un tratamiento tutelar del Estado sobre los niños, es causa de excepción o limitación en la capacidad jurídica en sus distintas manifestaciones y da lugar al nacimiento de jurisdicciones

especiales de carácter protector. Con el mismo fundamento tuitivo se extienden los beneficios de la menor edad a los adultos anormales".³⁷

Derivado de lo dicho por el autor citado, vamos encontrando cómo la relación que existe dentro del ordenamiento social, va a estar ligado íntimamente con la seguridad jurídica que el derecho y la ley le proporcionan al menor de edad, para que éste de alguna manera esté protegido, y no sea objeto de abusos usuales, como lo es en la actualidad.

De ahí, que desde el punto de vista sociológico, pudiese otorgarse mayores facultades al Juez de lo Familiar para que determine claramente la situación de los menores de edad, no solamente en el caso de divorcio, sino también cuando se discute la patria potestad de los mismos.

³⁷ PRATT FAIRCHILD, HENRY. "Sociología"; 15ª reimpresión, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1991, p. 185.

CAPÍTULO CUARTO

LA NECESIDAD JURIDICO SOCIAL DE DARLE MAYOR PRIORIDAD A LA DECISIÓN DEL JUEZ AL ESCOGER QUIEN DEBE LLEVAR LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD EN CASO DE DIVORCIO

Nótese claramente que desde el título que hemos escogido para este último capítulo, es el revelar la necesidad jurídico social que tienen los menores de edad a que se le brinde mayor protección en su persona y demás derechos, esto es, que desde el punto de vista sociológico, y desde el punto de vista de la seguridad jurídica, vamos a tratar de fundamentar la ponencia que como hipótesis nos hemos propuesto en la elaboración de este trabajo de tesis, y, para estar en aptitud de elevar una propuesta de reforma al artículo 282 del Código Civil vigente para el Distrito Federal en su fracción VI, que contempla el acuerdo de los cónyuges para la designación de la guarda y custodia de los hijos en la admisión de la demanda de divorcio.

Vamos a finalizar nuestro estudio realizando los siguientes conceptos así como mencionando los elementos que a nuestro juicio son elementales para saber la situación que rodea a los menores de edad.

4.1 LA PATERNIDAD Y SU DEBER DE PROTECCIÓN HACIA LOS HIJOS

Ya habíamos citado los diversos conceptos de lo que es la paternidad, incluso, habíamos ya establecido algunas ideas respecto de el artículo 4º. Constitucional en el que se establece como una obligación Constitucional de los padres del cuidado de los hijos, y una garantía individual por parte de los menores el tener una cierta protección respecto de lo que es en sí alguien que se ocupe de ellos mientras éstos están en su desarrollo.

Así, la paternidad eleva un planteamiento de gran trascendencia, en virtud de que genera derechos y obligaciones tajantes como es en sí por un lado la patria potestad, y por el otro, la obligación de los menores a obedecer y respetar a aquellos que llevan a cabo dicha patria potestad; tal como lo establece el artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal que dice: "En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición".

Ahora bien, para tener una idea más especializada sobre lo que es la patria potestad, vamos a citar las palabras de el autor Antonio de Ibarrola quien sobre el particular dice lo siguiente: "La patria potestad era muy amplia. El padre solía vender a sus hijos como esclavos cuando a causa de su pobreza le era imposible mantenerlos. También estaba facultado para casar a sus hijos, y el matrimonio que

se celebraba sin el consentimiento del padre era tenido por ignomioso".

"Para castigar a los hijos, podían los padres usar la violencia. Generalmente los herían con espinas de maguey; les cortaban el cabello, y cuando el hijo era tenido por incorregible, el padre, previo permiso de las autoridades, podía venderlo como esclavo o exponerlo a los helados rigores de la noche en la montaña, atado y desnudo a un charco con lodo. Eran los Náhuatl muy estrictos; podían reprender con azotes, con punzamientos, con aplicación de humo de chile en el rostro de los mal educados, y con incisión pequeña en los labios de los mentirosos".³⁸

La trascendencia que significaba el hecho de ejercer una cierta patria potestad, le daba a los padres, incluso la posibilidad de vender al hijo o incluso de matarlo sin que esto tuviere repercusiones criminales.

Ahora en la actualidad, la patria potestad, genera básicamente un derecho de los padres sobre los hijos, para que éstos se sometan básicamente a los efectos de la educación.

Por ello, los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición deben de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes; de esta manera, la patria potestad ha de ejercerse sobre

³⁸ IBARROLA, ANTONIO DE. "Derecho de Familia"; 4ª edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1993, p.109.

la persona y los bienes de los hijos. Y su ejercicio quedaría sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que impriman las resoluciones que se dicten, y, todo de acuerdo con las diversas legislaciones que rodean la seguridad jurídica de los menores.

De ahí, que la idea de la patria potestad, que va generándose respecto de la paternidad, surge un deber de protección hacia los hijos, que definitivamente debe de quedar en favor de los padres.

De tal manera, que lo que anteriormente se fijaba y se formaba a través de lo que era una patria potestad en donde el padre, incluso podría liquidar a sus hijos o venderlos como esclavos, en la actualidad ya no, en la actualidad se genera un derecho y una cierta obligación, en la que el padre debe necesariamente proteger a sus hijos cuando menos hasta que éstos logren un oficio y puedan producir o conducirse en la vida con un oficio o profesión.

4.2 ELEMENTOS QUE DEBE DE TOMAR EN CUENTA EL JUEZ PARA EMITIR SU DECISIÓN

Sin lugar a dudas la idea que sustenta la Legislación y que básicamente está vertida no solamente en el artículo 282 Fracción VI del Código Civil para el Distrito Federal sino también en los artículos 381 y 416 del mismo Código Civil para el Distrito Federal, mismos que hemos estado citando a lo largo de este trabajo de tesis, vamos a encontrar que en ninguno de éstos se establecen los elementos a

través de los cuales el Juez de lo Familiar debe de llevar a cabo una cierta decisión cuando hay problemas en la guarda y custodia de los menores de edad.

De hecho, la intervención del Juez de lo Familiar se reduce a una consecuencia indirecta cuando los padres no se han puesto de acuerdo respecto de cuál de ellos tendrá la guarda y custodia de los menores.

Razón por la cual, debemos de considerar algunos elementos para poder darle al Juez de lo Familiar una capacidad plena a través de la cual su decisión pueda ser justa y el derecho logre su debida eficacia.

4.2.1 Capacidad Económica

Hemos visto en la secuela de este trabajo, que la consideración respecto de la capacidad económica, no es en sí una determinante para que cualquiera de la pareja tome en sí la patria potestad para llevarla a cabo; de hecho, no es requisito ni tampoco significa una alteración a los derechos el hecho de que la mujer no tenga recursos suficientes para vivir, ya que, estos recursos en un momento determinado, los ha de aplicar el hombre hacia sus menores de edad.

De tal naturaleza, que a pesar de que definitivamente no sea un requisito significativo porque puede variar, la capacidad económica es en sí una de las circunstancias que el Juez de lo Familiar debe de

tomar en cuenta, para colocar debidamente al menor de edad en una situación en la que pueda gozar de ciertas comodidades y como consecuencia tener un mejor futuro.

Pero, dentro de esta circunstancia, también debe de preponderar, cómo la mujer a pesar de que no tenga la gran capacidad económica que pudiese tener el hombre, podrá competir por la guarda y custodia de los menores, siempre y cuando así la mujer lo determine mediante el ejercicio de su correspondiente derecho a solicitar alimentos, para atender las principales necesidades de su o sus hijos menores de edad.

Al respecto podemos tomar como referencia el artículo 311 de nuestro Código Civil vigente en el Distrito Federal, que dice: "Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos. Determinados por convenio o sentencia".

De esta manera, vemos que la capacidad económica, realmente es trascendental, pero llegado el momento, gracias a lo que es el ejercicio de la acción de la petición de alimentos, esta capacidad económica puede sustituirse, y la mujer en todo caso tendría el derecho de lograr para sí la guarda y custodia de sus menores de edad, aún a pesar de que la misma no tuviese una gran capacidad económica.

4.2.2 Medio Ambiente

Sin lugar a dudas, el medio ambiente es una de las circunstancias claves que el Juez de lo Familiar debe de valorar con una gran especialidad.

De hecho, se hace indispensable que ocupe a la Licenciatura de Trabajo Social, para que pueda llevar a cabo una mejor evaluación en la situación de la familia en relación a su propio medio ambiente.

Así tenemos, cómo se debe de esperar un cierto diagnóstico familiar por parte de lo que es en sí el Trabajo Social.

De ahí, que nuestra propuesta deba también de tomar en cuenta todo ese sistema de Trabajo Social, en el que se evalúe correctamente cuál es la situación que rodea al medio ambiente de el menor de edad, que está sujeto a un debate sobre su guarda y custodia.

Esto debe de hacerse oficiosamente para el fin y efecto de que se tenga a ciencia cierta, cuál sería la situación de la familia frente a los diversos cambios e influencias sociales y culturales.

La autora Florensen Lieberman en el momento en que nos habla sobre este particular, nos comenta lo siguiente: "En todas las sociedades, las notas se logran por medio de comportamientos culturales adquiridos. La cultura consiste en un sistema de creencias,

formas sociales, prescripciones de comportamiento, tradiciones y reglas para regular la comunicación entre los individuos y un grupo racial, religioso, étnico o social en particular”.

“Las diferencias culturales tienen distintos puntos de vista sobre los procedimientos psicológicos de los niños, según su percepción de la naturaleza de éstos, y de lo que ayudará a su desarrollo. Tales percepciones se ven influidas por el punto de vista de la sociedad mayor sobre el tipo de adulto que se requiere. Los padres son los portadores de la cultura: sus valores conscientes e inconscientes determinará la práctica de la crianza de los niños que ellos consideren apropiados y saludables. El medio ambiente físico, también influye este punto de vista en un grado considerable, ya que, las necesidades y los patrones de desarrollo del niño, no deben de estar separados del medio ambiente en que éstos crecen ni de las necesidades de la comunidad, así como tampoco de las demandas que ésta hará al niño para que se convierta en un adulto útil a dicha sociedad”.³⁹

Las consecuencias que se deriven de lo dicho por la autora citada, realmente merecen una gran trascendencia lógica para nuestro estudio, el medio ambiente y la relación determinante con los patrones de vida de los padres, influyen en el desarrollo sistemático de el menor de edad.

³⁹ LIEBERMAN, FLORENSE. “Trabajo Social, el Niño y su Familia”; 1ª edición en español, Editorial Pax, México, 1991, p. 54.

Esto hace que de alguna manera, dicho menor de edad, deba necesariamente de gozar de un cierto medio ambiente en donde permita tomar correctamente los patrones de vida por parte de sus padres.

Sí existe un medio ambiente hostil, grosero, entonces a pesar de que los padres puedan tener una gran cultura, el menor de edad puede caer en ese tipo de medio ambiente impropio y como consecuencia se vería obstaculizado paulatinamente su buen desarrollo.

De tal manera que en los casos de divorcio, en los casos de separación, tanto la mujer como el hombre, ya no podrán atender correctamente al menor de edad, y será el medio ambiente quien lo absorba, y de esta manera, el hecho de que se requiera el Trabajo Social y un reporte específico sobre el medio ambiente en donde pueda vivir el menor de edad, hacen que la determinación en relación a la resolución de la guarda y custodia, pueda ser más completa y eficaz.

4.2.3 Tiempo disponible para la educación del menor

Sin duda, como resultado de lo que hemos dicho anteriormente, referente a que la situación tanto del padre como de la madre va a variar en el momento de la separación, vemos que es indispensable considerar el tiempo que se destinaría para el cuidado del menor de edad en estas circunstancias.

De tal naturaleza, que tanto el padre como la madre deberán de alguna manera de trabajar, y por esta razón, el tiempo que anteriormente se pudo haber dispuesto para la educación y atención de los menores de edad, ahora debe de quedar dispuesto a el perseguimiento de la economía para poder subsistir tanto ellos mismos como para sus hijos menores de edad.

Esto hace que ahora los menores de edad queden sujetos a otras circunstancias, queden sujetos a la contratación de institutrices en el mejor de los casos, o bien, queden sujetos a un internado, a un medio internado, y simple y sencillamente no ver a sus padres sino en la mañana y hasta en la noche.

Situaciones todas éstas que se presentan en virtud de la separación de los padres, por medio del divorcio, cuando ya no pueden vivir en armonía

Claro está que la vida moderna, también hace que tanto la esposa como el marido, tengan que trabajar de sol a sol, para poder vivir correctamente.

De tal naturaleza, que de todos modos los menores de edad quedan libres para que el medio ambiente los absorba, y si no se establece un sistema a través del cual puedan los menores de edad quedar en buen resguardo, pues entonces, el propio medio ambiente los destrozará y los formará al modo de dicho medio ambiente, y, su personalidad será totalmente variante.

De ahí, que en lo que se refiere al tiempo disponible para la educación del menor, si en un determinado caso se le expone al Juez de lo Familiar que la madre se puede conformar con una pensión alimenticia y que tendrá todo el tiempo disponible para la educación del menor, pues esto es un factor de mayor trascendencia que el hecho de darle la oportunidad de ir a la mejor escuela o el mejor internado al menor de edad y, se podría lograr un mayor y mejor desarrollo del infante, en relación a sus propias metas y circunstancias.

4.2.4 La opinión del menor en su caso

Una circunstancia bastante especial que debemos de tomar en cuenta, es el hecho de que si el menor ya tiene la posibilidad de hablar y de poder escoger no se desestime su comentario, ya que puede ser una opinión bastante trascendental el hecho de que pueda decir con quién de los padres le gustaría vivir.

A efecto de resaltar mas la importancia que merece este punto en particular, vamos a citar las palabras de la autora Alicia Perez Duarte, quien nos dice lo siguiente: "En los casos de divorcio, en donde el padre y la madre se disputan la custodia del menor, es una circunstancia relevante en México. Por ello, la posibilidad de que el menor exprese sus opiniones lejos de la presencia de los progenitores en conflicto y de sus abogados debe de dar elementos de juicio importante en la toma de decisiones en cada caso concreto. Es importante no provocar reacciones culpigenas del menor en estas

manifestaciones; de no ponerlo a elegir entre el padre y la madre; de no exigirle que se convierta en Juez de las personas que de alguna manera representan un referente afectivo para él o ella".⁴⁰

De acuerdo al enfoque que orienta la autora, observamos que efectivamente es necesario que quede bien determinado que el menor de edad sí debe manifestar su opinión válidamente y que este derecho quede expresamente fundamentado en las medidas provisionales señaladas en el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal en su fracción VI. Como consecuencia inmediata de este derecho del menor, surgiría una facultad precisa del juzgador a escuchar al menor de edad.

La posibilidad del menor a hablar y de escoger, surge aproximadamente desde los cinco años de edad, pero, claro está y en congruencia con el Código Civil para el Distrito Federal, la mejor edad para tomar esta decisión podría venir a partir de los siete años de edad.

Lo anterior en virtud de que las circunstancias que establece el último párrafo del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, realmente tienen razón de ser, ya que antes de los siete años, los menores de edad deben de quedar al cuidado de la madre, porque desde el punto de vista pedagógico, entre los cinco y siete años

⁴⁰ PEREZ DUARTE, ALICIA. "Derecho de Familia" 2ª edición, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 362.

de edad, el menor termina con una etapa bastante importante para la creación de su personalidad.

De ahí, que si el menor de edad ha tenido una cierta personalidad recia y definida durante este tiempo, pues dicha personalidad le ha de soportar para lograr que él mismo se supere frente a sus demás compañeros.

La opinión que en un momento determinado puede emitirse, debe de partir de la edad de los siete años en adelante, y, a pesar de que ésta no sea determinante, sí puede ser definitivamente trascendental para la toma de decisiones por parte del Juez de lo Familiar, a fin de establecer sobre qué persona debe de recaer la guarda y custodia del menor.

4.3 ESPECIAL REFERENCIA A LAS CAUSAS EN QUE SE PIERDE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad se suspende, se termina, se pierde o se limita.

Tenemos que estas causales, deben de quedar debidamente evaluadas por el Juez de lo Familiar, e incluso hacer razonamientos específicos sobre el particular.

Así, tenemos cómo el artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal establece lo siguiente:

ARTÍCULO 444.- “La patria potestad se pierde por resolución judicial:

Fracción I.- Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho.

Fracción II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;

Fracción III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal;

Fracción IV.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

Fracción V.- Cuando el que la ejerza sea condenado por la comisión de un delito doloso en el que la víctima sea el menor.

Fracción VI.- Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delito grave”.

Respecto a la fracción I y II que transcribimos, se deduce que debe prevalecer la decisión del juzgador en la sentencia dictada, debido a que si alguien pierde la patria potestad es porque no garantiza los más elementales derechos del menor, por tanto, no debe ejercer más ningún derecho sobre algún menor.

Por otro lado, en lo que se refiere a las costumbres depravadas de los padres o los malos tratamientos o el abandono, esto no lo ha de saber el Juez de lo Familiar, más que a través del Trabajo Social, de que este Trabajo Social se encargue de preguntar a los vecinos, la forma a través de la cual dichos padres tratan a sus menores de edad, y en base a esto, ofrecerle a los mismos una cierta circunstancia por medio de la cual se logre detectar cualquier maltrato al menor.

De hecho puede llevarse a cabo un análisis médico, en el que se examinen a los menores de edad, para el efecto de observar si tienen cicatrices o alguna circunstancia que revele el maltrato a sus personas.

En relación a la fracción IV, la exposición que de alguna manera hayan hecho los padres de los menores, también debe de tomarse en cuenta ya que, si en algún momento se les otorga la guarda y custodia, pudiesen llevar a cabo la exposición de los menores de edad de nueva cuenta en un futuro no muy lejano.

En la fracción V, hemos de señalar que si el que ejerce la patria potestad comete un delito doloso, esto demuestra que no tiene la madurez ni la conciencia suficiente para atender a los menores necesitados de protección.

Respecto a la fracción VI, decimos que en el momento en que un padre es condenado por un delito dos veces, y que éstos sean catalogados por la ley como delitos graves, eso quiere decir que hay

algo, que hay una cierta desestabilidad, y que el padre por sí solo no ha tenido el talento suficiente para subsistir en el medio ambiente.

De esta manera, el ejemplo cultural que el padre ofrece al menor podría reeditar a la sociedad en un delincuente más, e incluso mucho más especializado.

De tal naturaleza, que es conveniente tomar en cuenta que el Juez de lo Familiar , en el momento en que ha de decidir si otorga la guarda y custodia a tal o cual padre, tiene que evaluar o hacer una investigación sobre los antecedentes penales de ambos cónyuges.

Es así que consideramos necesario que el Juez de lo Familiar también deba de analizar todas y cada una de las causas a través de las cuales se pierde la patria potestad, y razonarlas en el acuerdo del cual, otorga o no la guarda y custodia a cierto padre.

4.4 EFECTOS JURÍDICOS

Inicialmente, el efecto jurídico que tendría una evaluación correcta de tipo sociológico de lo que es en sí el medio ambiente que rodea a el menor de edad antes de decidir su guarda y custodia, sería la obligación del órgano jurisdiccional de analizar todos y cada uno de estos elementos que hemos comentado para determinar correctamente la posición del menor de edad, no en relación a los intereses de los padres sino en relación al interés directo del menor.

De ahí, que a través de una reforma a lo que es el contenido del artículo 282 en su Fracción VI del Código Civil para el Distrito Federal, se establecerá en ese caso, la legalidad suficiente para que el Juez de lo Familiar tenga mayores facultades de llevar a cabo un análisis minucioso del convenio o acuerdo de los cónyuges que la legislación le establece en los casos en que se lleve a cabo el debate sobre la patria potestad o de la guarda y custodia de los menores de edad.

Incluso, los artículos 380, 381 y 416 del propio Código Civil, para el Distrito Federal también deben de quedar reformados para el fin y efecto de que en el otorgamiento de toda guarda y custodia, exista la necesidad de que el Juez de lo Familiar deba de determinarla aunque exista un acuerdo o convenio de los cónyuges.

A estas alturas y tomando como base todo lo anteriormente expuesto, consideramos necesario la siguiente propuesta de reforma.

4.5 PROPUESTA DE REFORMA

Es necesario reformar el artículo 282 en su fracción VI del Código Civil para el Distrito Federal y derivado de la reforma de esta fracción, podría tomarse la misma idea para los artículos 380, 381 y 416 de este mismo Código Civil.

Cuando menos, convendría fijar los lineamientos para el establecimiento de la guarda y custodia, y que los artículos 380, 381 y 416 del propio Código Civil para el Distrito Federal lo consideren y lo apliquen al caso concreto que se trate.

Ahora bien, la reforma, podría establecerse en la siguiente manera:

ARTÍCULO 282.- "Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes, conforme a las disposiciones siguientes:

Fracción VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos; siempre y cuando el Juez de lo familiar lo autorice así, después de haber evaluado la situación más favorable para el menor de edad; tomando en cuenta entre otras circunstancias la capacidad económica, medio ambiente, tiempo disponible para la educación del menor, la opinión del menor en su caso, hacer un especial estudio e investigación sobre las causas por medio de las cuales se pierde la patria potestad, un análisis médico en el que conste que el cuerpo de los menores de edad, no ha sido objeto de algún maltrato, haber analizado los diversos medios de prueba que los propios cónyuges puedan ofrecerle. Este común acuerdo, debe de estar aprobado por el Juez, una vez hechos los estudios e investigaciones anteriores a través de Trabajo Social.

Ahora bien, cuando no existe este común acuerdo, entonces, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder puedan quedar provisionalmente los hijos, el Juez, previa investigación a la persona propuesta, basado en todos, en algunos u otros elementos de los citados en el párrafo anterior inmediato, resolverá si es conducente o no aceptar dicha propuesta".

Con todo lo anteriormente expuesto, vamos observando cómo la problemática que se ha propuesto en este trabajo, y que se refiere en establecer la posibilidad de poner a los hijos de matrimonio sobre la guarda y custodia de una persona elegida entre ambos cónyuges de común acuerdo, o bien, de una persona propuesta por el cónyuge que pide el divorcio, este común acuerdo debe de estar debidamente sancionado por el Juez de lo Familiar.

Es muy importante que se tome en cuenta esta circunstancia; lo anterior, en virtud de que los padres, a pesar de que puedan ejercer la patria potestad de los menores así como su propia guarda y custodia, en el momento de la separación, las circunstancias van a cambiar por los diversos estados emocionales que atraviesan los padres durante y después del divorcio.

Por esta razón, hay la necesidad de que el Juez de lo Familiar comprometa más su poder jurisdiccional sobre los menores de edad, y les permita un medio ambiente mejor que los salve de los diversos abusos de que son objeto.

Situaciones como el abuso sexual, el abandono del menor, el maltrato a los niños, que en la actualidad son circunstancias casi usuales en la familia mexicana, deben de evitarse por bien de los menores de edad.

Consideramos que estas situaciones pueden prevenirse a través de otorgarle facultades, de manera expresa y enunciativa, al Juez de lo Familiar para que analice todos los elementos que hemos señalado en la propuesta de este trabajo de tesis.

Las facultades de las cuales estamos hablando que debe de gozar el Juez de lo Familiar, de manera muy general se señalan también en el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que dice: "El Juez de lo Familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia especialmente tratándose de menores y de alimentos, decretando las medidas que tiendan a preservarla y a proteger a sus miembros".

Por ello, si se tratara de asuntos que afecten a los menores en caso de divorcio, resulta necesario recurrir a las medidas provisionales establecidas en el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal fracción VI, en la cual estamos ofreciendo ciertos elementos que a nuestro juicio se deben considerar a fin de que las decisiones del juzgador estén apoyadas en disposiciones expresas.

Ahora bien, el problema que tratamos de evitar a través de darle una mejor protección al menor de edad, nos lo escenifica el autor

Jaime Marcovich en la siguiente redacción: "El maltrato infantil ha existido desde los albores de la historia y en todas partes del mundo. Es apenas durante los cien años que los derechos naturales de los niños han sido objeto de serias consideraciones. De ser una simple propiedad del padre, como cualquier otro bien, se empieza a reconocer gradualmente el derecho del niño a la vida, a un cuidado razonable, a una protección en contra de los castigos crueles e infames, así como la explotación sexual".

"El síndrome del niño golpeado es sólo una fría expresión para referirse a aquella situación del maltrato que incluye heridas graves, barreras al desarrollo normal, explotación sexual y abuso emocional. El intento de sacar a la luz estos problemas familiares es el primer paso importante que han dado las naciones de todo el orbe para mejorar tal situación".⁴¹

Las circunstancias que reviste todo lo que hasta este momento hemos podido observar, van a revelar la necesidad de que el menor de edad quede a salvo de los ataques de los propios padres, o bien, que no sean atendidos debidamente, y que de esa forma, todo lo que es la guarda y custodia que se ejerce a través de la patria potestad, pues de alguna manera quede protegida y que se le ofrezca al menor de edad, sistemas jurídicos a través de los cuales su derecho pueda lograr una mayor y mejor seguridad jurídica.

⁴¹ MARCOVICH, JAIME. "El Maltrato a los Hijos"; 11ª edición, Editorial Edicol, México, 1994, p. 13.

Ya de por sí, en la actualidad, el menor de edad ha sido y es bastante ofendido, maltratado, como para que todavía deba de llevarse a cabo una aceptación del acuerdo de los padres para que éstos queden bajo la guarda y custodia de aquella persona que dichos padres han elegido, pudiendo ser uno de éstos.

Así, estas circunstancias definitivamente deben de ser trascendentales; ya es mucho el fenómeno del niño maltratado, del abuso sexual, del niño de la calle, de los niños en situaciones extraordinarias, del abandono, y de la crisis familiar; es el tiempo de establecer normas a través de las cuales dicha protección se dé suficientemente, y se establezca lo más favorable para los intereses de aquellos que están más necesitados de protección.

CONCLUSIONES

- 1.- Es de suma importancia para lo que es la institución del Estado, que la familia quede debidamente resguardada. Hemos de recordar que un elemento básico para la formación del Estado es la población, y la población ha de formarse en base a la procreación de la familia, a la integración de las diversas familias en barrios o en clanes, para que éstas lleven a cabo la interacción social de una manera integrada, y pueda lograrse el desarrollo de los menores de edad dentro de esa comunidad familiar.
- 2.- La familia, debe de establecer en sí la protección para aquellos que necesitan tal auxilio, y en este caso los necesitados de protección son los menores de edad, aquellos que no tienen el poder de discernimiento suficiente para hacerlo, aquellos que todavía no tienen las facultades necesarias para lograr una mayor trascendencia en lo que se refiere a sus derechos y obligaciones.
- 3.- Sin lugar a dudas, el problema más grave dentro de la desintegración familiar a través del divorcio o a través del abandono es el que sufren las víctimas de dicha disolución, nos referimos a los menores de edad.

- 4.- Ambos cónyuges deben ser más conscientes y llevar a cabo su divorcio de una manera civilizada, porque no siempre la resolución que toman es la correcta, no siempre las decisiones que llevan a cabo dichos cónyuges son las indicadas, de tal manera que es necesario un mayor compromiso por parte del órgano jurisdiccional, no para defender los derechos de los cónyuges sino básicamente para defender el derecho de los menores de edad, para que éstos queden debidamente asegurados.
- 5.- En el caso del divorcio, el planteamiento que establece la Fracción VI del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, no lleva a cabo una gran seguridad jurídica en protección de los intereses de los menores de edad, ya que solamente plantea la posibilidad de que los padres de común acuerdo, hayan establecido ya quien ejercerá la guarda y custodia de los menores, y esto definitivamente no es suficiente.
- 6.- El problema que plantea la situación establecida por la Fracción VI del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, es que los padres de común acuerdo, hayan establecido quién de ellos ejercerá provisionalmente la guarda y custodia de los menores de edad, pero esta decisión puede ser impositiva, o bien, puede ser no grata para cualquiera de los cónyuges; tal vez ninguno de ellos quisiera soportar la carga de un solo menor de edad.

- 7.- De lo anterior, vemos que se hace indispensable evaluar correctamente las circunstancias, y ofrecer ahora una cierta reforma para que la función jurisdiccional, esté mayormente comprometida con los diversos lineamientos que plantea la seguridad jurídica, y ofrecerle al menor de edad, una mayor protección en sus derechos.

- 8.- Tenemos entonces, cómo en los casos, ya sea los que fija el divorcio o ya sea los que fijan los debates en relación a la guarda y custodia, en todos y cada uno de estos casos, se hace indispensable, que el Juez de lo Familiar deba de comprometerse aún más con los menores de edad para observar, entre otros, el medio ambiente en donde han de quedar para su guarda y custodia, observar también la capacidad económica, que de alguna manera podría ser un requisito sustituible, ya que debemos de tomar en cuenta que va surgir de esto una cierta pensión alimenticia; luego podemos tomar en cuenta el tiempo disponible para la educación del menor e incluso la opinión del menor de edad en su caso, hacer un razonamiento especial sobre los antecedentes penales de los cónyuges por ser una de las causas que a través de las cuales se pierde la patria potestad y por último, un certificado médico de los menores de edad, hecho para observar si no hay cicatrices o huellas a través de las cuales se pueda observar un maltrato a los menores de edad.

- 9.- Sin duda, estas circunstancias resultarían un poquito tediosas para el juzgador, ya que se le acumularía más el trabajo, pero

son indispensables, y debemos de pensar que aquellos que se han de beneficiar por esto, son los menores de edad que de alguna manera no tienen esa posibilidad de defenderse así mismos, y que el darles y otorgarles una mejor resolución en cuanto a su guarda y custodia, los defenderá en contra de los fenómenos actuales como son el maltrato a los hijos, el niño abandonado, el abuso sexual a los niños, el niño de la calle, los niños en estado extraordinario, y situaciones tan generalizadas que sufren los menores de edad por el simple hecho de que no han sido canalizados correctamente; estos fenómenos también pueden surgir de lo que es una mala separación, o bien, circunstancias que no fueron tomadas en cuenta en el momento en que se llevó a cabo el divorcio y se estableció la guarda y custodia sobre uno de los cónyuges que definitivamente no tenía la intención de educar al menor y simple y sencillamente, por evitarse una pensión alimenticia o por ganarse una cierta pensión, obtiene dicha guarda y custodia; esto, definitivamente no revela en sí el interés directo de lo que es el menor de edad.

BIBLIOGRAFÍA DOCTRINARIA

- 1.- AVENDAÑO LÓPEZ, RAÚL EDUARDO. "La Constitución explicada para alumnos de secundaria, preparatoria y pueblo en general", 1ª edición, Editorial Pax, México, 1995, p. 31.
- 2.- BAÑUELOS SÁNCHEZ, FROYLAN. "El Derecho de Alimentos y Tesis Jurisprudenciales"; 2ª edición, Orlando Cárdenas Librero Editor, México, 1989, pp. 95-96.
- 3.- BAQUEIRO ROJAS, EDGAR y BUENROSTRO BAEZ, ROSALÍA. "Derecho de Familia y Sucesiones"; 1ª edición, Editorial Harla, México, 1990, pp. 239 y 240.
- 4.- BURGOA, IGNACIO. "Derecho Constitucional Mexicano"; 8ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991, p. 97.
- 5.- COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales"; 13ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1992, pp. 105-107.
- 6.- CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL. "La Familia en el Derecho, relaciones jurídicas conyugales"; 2ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990, p. 200.

- 7.- CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL. "La Familia en el Derecho, relaciones jurídicas paterno filiales"; 2ª. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1992, pp. 21 y 22.
- 8.- FONTANA, VICENTE. "En Defensa del Niño Maltratado"; 3ª edición, Editorial Pax, México, 1991, pp. 128 y 131.
- 9.- FRAGA, GABINO. "Derecho Administrativo"; 33ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1994, pp. 46-47.
- 10.- GALINDO GARFIAS, IGNACIO. "Derecho Civil"; 11ª edición, Editorial Porrúa, México, 1991, pp. 431-432.
- 11.- GUITRÓN FUENTEVILLA, JULIÁN. "¿Qué es el Derecho Familiar?"; 5ª edición, Promociones Jurídicas y Culturales, México, 1993, pp. 218-219.
- 12.- IBARROLA, ANTONIO DE. "Derecho de Familia"; 4ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, p. 441.
- 13.- LIEBERMAN, FLORENSE. "Trabajo Social, el Niño y su Familia"; 1ª edición en español, Editorial Pax, México, 1991, p. 54.
- 14.- MARCOVICH, JAIME. "Maltrato a los Hijos"; 11ª edición, Editorial Edicol, México, 1994, p. 29.
- 15.- MONTERO DUHALT, SARA. "Derecho de Familia"; 11ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1995, p. 267.

- 16.- MOTO SALAZAR, EFRAÍN. "Elementos de Derecho"; 36ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990, p. 162.
- 17.- NODARSE, JOSÉ. "Elementos de Sociología"; 31ª Reimpresión, Editorial Selector, México, 1989, p. 3.
- 18.- PEREZ DUARTE, ALICIA. "Derecho de Familia"; 2ª edición, Editorial, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp 192-193, 362.
- 19.- PEREIDA DE GÓMEZ, MARIA NIEVES. "El Niño Abandonado"; 3ª edición, Editorial Trillas, México, 1994, p.13.
- 20.- PRATT FAIRCHILD, HENRY. "Sociología"; 15ª reimpresión, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1991, p. 185.
- 21.- PRECIADO HERNÁNDEZ, RAFAEL. "Lecciones de Filosofía del Derecho"; 20ª edición, Editorial Jus, México, 1989, p. 233.
- 22.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. "Compendio de Derecho Civil"; 23ª edición, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990, pp. 158, 164.
- 23.- VELA TREVIÑO, SERGIO. "Antijuridicidad y Justificación"; 3ª edición, Editorial Trillas, México, 1990, p. 200.

LEGISLACIONES

- 1.- “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.
- 2.- “Código Civil para el Distrito Federal”.
- 3.- “Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal”.
- 4.- “Código Penal para el Distrito Federal”.
- 5.- “Seminario de Orientación e Informes a los Presidentes de los sistemas del DIF”. Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia; México, 1991, pp. 14-15.
- 6.- RABASA, EMILIO y CABALLERO, GLORIA. “Mexicano esta es tu Constitución”. 8ª. edición, Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial, México, p. 48.

OTRAS FUENTES

- 1.- PALLARES, EDUARDO. "Diccionario de Derecho Procesal Civil"; 21ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991, p.506.
- 2.- PINA VARA, RAFAEL DE. "Diccionario de Derecho"; 21ª edición, Editorial Porrúa, México, 1995, pp. 258-259.