

321309

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No. 3213-09 CON FECHA 16 - X - 1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



"GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA
EN CASO DE DIVORCIO"

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
ALICIA HERNANDEZ FLORES
ASESOR DE LA TESIS:
LIC. HECTOR SANTIAGO ROMERO FRIAS
CED. PROFESIONAL No. 1307989



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A Dios

Por concederme la maravillosa oportunidad de vivir y conocer a toda la gente que amo.

Jaime (q.e.d.)

La estrella que ilumina mi camino, de quien aprendí que la grandeza del ser humano se lleva por dentro y es infinita.

A mi madre Alicia Flores López

A quien considero mi luz y mi dirección en todo momento y sobre todo por ser la portadora de mi vida y la amiga que siempre soñé.

A mi padre Jaime Hernández Ortiz

Por su ejemplo tan grande de valores inmensos, por enseñarme a luchar y a vivir y por darme siempre su apoyo incondicional.

A mi hija María Regina Franco Hernández (Mi Regy)

La bendición más grande que me ha dado la vida, por ser la inspiración de mi existencia, el amor y la paz que me impulsa a seguir siempre adelante.

A mis grandes hermanos Alfredo y Enrique

Por sus enseñanzas y palabras duras que me exhortaron a crecer, por sus espíritus de competencia y su ayuda absoluta.

A Mami

Mujer sólida y admirable a quien le agradezco sus sabios consejos, su amor y toda la generosidad brindada.

Al padre de mi hija, Miguel Franco Gailegos

Por ser parte de mi realización como madre.

A mis tíos Irma y Argeo

Por su confianza y consejos siempre oportunos.

A mis tíos Yolanda y Guillermo

Por contar siempre con su amistad, su respeto y cariño.

A mis primos Argeo, Irma, Ruth y Edgar

Por compartir mis sueños e ilusiones y por su ejemplo de constancia y dedicación.

A mis primas Yola, Liz y Marie

A quienes por su desempeño académico excelente les auguro un futuro exitoso.

A mis amigas Lety y Gabi

Por los maravillosos momentos que hemos compartido juntas, por su amistad invaluable y por la dicha de contar con su incondicional apoyo.

Al Lic. Luis Jesús Bernardo Gutiérrez Navarrete

Hombre admirable, a quién por su lealtad y respeto le brindo un agradecimiento infinito.

Al Lic. Héctor S. Romero Frías

Mi agradecimiento por su valiosa colaboración en la asesoría y conclusión de este trabajo.

A todos mis Profesores

Mi reconocimiento, respeto y gratitud por brindarme los conocimientos que me conducen al camino del éxito.

A todas aquellas personas que por algún motivo forman parte de mi vida y que han hecho posible la realización de todos mis ideales.

A todos ustedes.....gracias

INDICE

INTRODUCCIÓN	I
CAPÍTULO I. MARCO JURÍDICO	
1.1 Derecho Civil	2
1.2 Derecho Procesal Civil	6
1.3 Los alimentos en los juicios de divorcio	9
1.4 Protección de los alimentos	16
1.5 Extinción de la obligación alimentaria	24
CAPÍTULO II. GUARDA Y CUSTODIA EN MÉXICO	
2.1 Diferencia entre guarda y custodia	29
2.1.1 Responsabilidad que se obtiene de un menor ante la guarda y custodia en el divorcio necesario	30
2.2 Convenios respecto a la guarda y custodia	32
2.2.1 Modificación del convenio	36
2.2.2 Cesación de efectos del convenio	40
2.3 Custodia provisional de los hijos	41
2.3.1 Reintegración de la custodia	42
2.4 Guarda provisional de los hijos	44
2.4.1 Guarda y acogimiento de los menores	45
2.4.2 La guarda de las entidades públicas de protección de menores	46
2.4.3 Derechos de la infancia en México	47
2.5 Extinción de la guarda	49
2.5.1 Incumplimiento de la guarda y custodia	50

CAPÍTULO III. EL DIVORCIO NECESARIO

3.1	Antecedentes Históricos	
3.1.1	Roma	54
3.1.2	Derecho Canónico	58
3.1.3	México Precolonial	59
3.1.3.1	México Colonial	62
3.1.3.2	México Independiente	62
3.2	Patria Potestad	66
3.2.1	Roma	66
3.2.2	España	67
3.2.3	México	68
3.3	Guarda y Custodia	70
3.3.1	España	70
3.3.2	México	72

CAPÍTULO IV. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

4.1	Derecho Comparado	74
4.1.1	España	74
4.1.1.1	Custodia Compartida	78
4.1.1.2	Propuesta de Hombres separados en España	78
4.1.2	Reforma del derecho de familia en Francia	81
4.1.2.1	Reforma de la autoridad parental	83
4.1.2.2	La custodia alterna	87
4.1.2.3	Sentencia	89
4.1.3	Argentina	94
4.1.3.1	Una sentencia con fundamento	95

PROPUESTA	100
CONCLUSIONES	103
BIBLIOGRAFÍA	110

INTRODUCCION

En el Derecho Romano y en el segundo sentido del término, se entiende por familia a las personas que de una o de otra forma están unidas por el *AGNACIO* entendiendo por ello el parentesco.

En el Derecho moderno también se le da un doble significado al concepto de familia, en la actualidad entendemos por familia al grupo de personas unidas por el vínculo del parentesco, en el segundo sentido que es un sentido más restringido, entendemos por familia al grupo de personas constituido por las esposas y los hijos que viven bajo un mismo techo.

Los individuos han decidido que la forma ideal de constituir una familia, es mediante el matrimonio, aún cuando sabemos que esa no es la única forma.

La familia en nuestro Derecho se considera como una institución y de conformidad con nuestra forma de ser y de actuar, la sociedad le da a la familia un contenido más ético o religioso que un contenido jurídico.

Según este criterio se considera a la familia como una institución de carácter social y que el derecho lo único que hace es sancionar y reconocer la unidad familiar, con base en esto, establece deberes y derechos entre los cónyuges y en relación con los hijos, en México resulta desconcertante el concepto que hay de la familia, ya que aún existen grupos aborígenes que tienen concepciones diferentes.

El grupo familiar en los tiempos modernos se ha reducido y la autoridad paterna prácticamente cesa cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad

bien cuando abandonan la casa familiar, para a su vez formar un nuevo grupo familiar.

En el lenguaje común, se entiende por alimentos, lo que el hombre necesita para su nutrición, este concepto prácticamente es un concepto biológico, ya que en el lenguaje jurídico, la palabra alimentos tiene una connotación más amplia y entendemos por alimentos la comida, el vestido, la asistencia médica, la educación, la preparación académica, el aspecto social, moral, etc.

Los alimentos más que obligación jurídica deberíamos considerarlos, como un acto de solidaridad, ante la responsabilidad que tenemos con nuestros semejantes, los cuales, los necesitan para vivir, de una manera digna, los alimentos además son obligaciones de tipo ético, si consideramos el proporcionar asistencia y soporte y no sólo deber existir entre cónyuge y parientes.

Los alimentos en Derecho abarcan, hasta proporcionar un arte, oficio o profesión adecuados a la condición del menor y también tienen un límite, que consiste en las cantidades necesarias para vivir, estos deben estar en proporción de las necesidades y de las posibilidades, esto significa que la cantidad que se otorga por alimentos es variable. La obligación de dar alimentos, toma su fuente de la Ley, esto es que no se requiere el consentimiento del obligado, pues con su voluntad o sin ella la Ley señala....

La Ley señala que esta obligación se debe cumplir. Son disposiciones imperativas que no pueden ser renunciadas, ni modificadas por voluntad de

las partes, otra característica de los alimentos es que no pueden ser objeto de transacción y entre parientes es una obligación que recae hasta los colaterales dentro del cuarto grado.

Los alimentos obligan desde el punto de vista de la filiación, independientemente de que exista o no el vínculo del matrimonio, esto es, que en la medida en que se reconozcan los hijos, estará la obligación de los alimentos, en este caso, basta que se pruebe la situación de hijo y su minoridad para que el padre esté obligado a proporcionar alimentos, a falta o imposibilidad de ascendientes, la obligación de los alimentos recae en los hermanos y en su caso a los medios hermanos, si no existen los mencionados o están imposibilitados según el Art. 305 del Código Civil, la obligación recae en los colaterales, dentro del cuarto grado.

El cumplimiento de la obligación alimentaria puede realizarse de dos maneras:

1. Asignando una pensión competente al acreedor alimentista.
2. Incorporándole al seno de la familia.

Normalmente el deudor es quién elige la forma de pago, menos gravosa para él, pero el acreedor se puede oponer a ser incorporado a la familia si existe causa fundada para ello. Cesa la obligación de dar alimentos cuando ya no es posible darlos o ya no hay necesidad de recibirlos, también puede cesar la obligación de dar alimentos, si el que debe recibirlos tiene una conducta viciosa o falta de aplicación para el trabajo, también se presenta el caso de abandono del hogar, sin causa justificada de quién debe recibirlos.

El matrimonio se considera desde dos puntos de vista:

- I. Un acto jurídico
- II. Un estado permanente de vida de los cónyuges

El matrimonio como Acto Jurídico entraña un conjunto de deberes, facultades, derechos y obligaciones. Como deberes que impone el matrimonio o los cónyuges, se menciona el deber de fidelidad, el deber de asistencia y socorro y el deber de cohabitación.

Estas finalidades del matrimonio exigen una permanencia y la colaboración conyugal, deben ser relaciones sólidas en donde existe una comunidad de vida entre el varón y la mujer.

Nuestro derecho lo eleva a la categoría jurídica para organizarla y sancionar las violaciones que al respecto se puedan presentar, significa el matrimonio también ayuda recíproca entre los cónyuges para realizar los fines individuales, los fines comunes y compartir ese común destino, esa ayuda mutua y la perpetuación de la especie es el destino común de los cónyuges.

El matrimonio ha sufrido evoluciones y sabemos que en épocas remotas, existió la exogamia, la que consistía en que los hombres de una tribu debían de tomar por esposas a las mujeres de otra tribu, o de otro clan, etc. Posteriormente aparece el matrimonio por raptó y por compra, esto ya va evolucionando hacia una etapa patriarcal y en Roma se simulaban las compras, en las cuales, el hombre daba o entregaba una cantidad de dinero

o de objetos al padre de la mujer y probablemente, este sea el antecedente remoto de las arras en el matrimonio católico.

El divorcio es la ruptura válida del matrimonio en vida de los cónyuges decretada por una autoridad competente y agregaríamos que deja a los cónyuges en aptitud de contraer un nuevo matrimonio.

En nuestro país en los códigos de 70 y de 84 no se reglamentaba el divorcio, en virtud de que éste no se autorizaba, fue hasta la ley de relaciones familiares cuando se acepta el divorcio, esta ley de relaciones familiares se expidió en Abril de 1917, quien recogiendo las disposiciones de la Ley de 1914 establece las bases del divorcio.

Nuestro código actual expedido en 1928 establece en términos generales, el divorcio por mutuo consentimiento que establece un procedimiento especial llamado Divorcio Administrativo que tiene como característica, la no intervención de la autoridad judicial, concediéndoles el Juez del Registro Civil, la competencia, siempre y cuando los cónyuges que pretendan divorciarse sean mayores de edad, no hayan tenido hijos, hayan liquidado de común acuerdo la sociedad conyugal, si bajo este régimen se casaron y haya transcurrido un año de la celebración del matrimonio.

El divorcio por mutuo consentimiento en la vía judicial, se tramita ante un Juez de lo familiar, se elabora la solicitud de divorcio y se presenta ante el Juez competente.

El Juez que conoce, les citará a una primera junta de avenencia, que se realizará después de ocho días y antes de quince, en donde acudirán las

partes y un representante del Ministerio Público y se exhortará a la reconciliación.

El divorcio necesario, también se conoce como divorcio contencioso o divorcio sanción, este divorcio lo puede pedir cualquiera de los cónyuges y en cualquier momento, siempre y cuando haya una causa legítima para sancionar, esto es, se necesita que la causal invocada se encuentre comprendida en una fracción del 267 del Código Civil o establecida en el 268 del mismo.

La autoridad competente para conocer del divorcio es el Juez de lo familiar del domicilio conyugal o en caso de abandono, el competente es el Juez del domicilio del cónyuge abandonado al recibir la solicitud de divorcio. Se dictarán medidas provisionales, esto se hace con el fin de evitar problemas de mayores consecuencias y estas medidas cautelares son las siguientes:

- I. Se ordenará que los cónyuges vivan separados.
- II. Si no hay acuerdo sobre cual de ellos queda al cuidado de los hijos, el que demandó el divorcio, propondrá a la persona quien se hará cargo de ellos.
- III. Se señalará la cuantía de los alimentos y el aseguramiento de los mismos a favor de los hijos y del cónyuge.
- IV. En caso de que la mujer quede en cinta, se dictan medidas cautelares que para este caso establece la Ley.

La patria potestad tiene su origen de la filiación y corresponde en primer lugar a ambos padres, a falta de estos, al que sobreviva, a falta de ambos a los abuelos paternos o al que sobreviva, a falta de estos, a los maternos o al

que sobreviva, a falta de estos, se recurrirá a la tutela, la cual desempeñarán los parientes más próximos.

El objetivo que se persigue es la protección y asistencia de los menores no emancipados, la patria potestad se considera como necesaria y da cohesión al grupo familiar. Nuestro código lo considera como un derecho privado de interés público.

La patria potestad da la atribución a quien la ejerce para castigar mesuradamente al menor, en base a la confianza que, se tiene y que se inspira por razón natural en los ascendientes para desempeñar dicha función, ya que se considera que los padres, en primer lugar, son las personas idóneas para cumplir con esta importante misión.

CAPITULO I

MARCO JURÍDICO

1.1. Derecho Civil

Al escuchar la palabra Derecho regularmente la asociamos con rectitud o con un desplazamiento directo hacia un punto o lugar determinados, estas definiciones se deben a la locución latina *directus* que significa derecho, rígido, recto.

Para referirse a la disciplina que ocupa nuestro estudio los romanos utilizaron la voz "*jus*", el Doctor en Derecho Ignacio Galindo Garfias nos proporciona una mejor explicación: " La voz latina "*jus*" con la que se designa en Roma el concepto de derecho no es sino una contracción de *jussum*, participio del verbo *jubere* que significa mandar."¹

Encontramos pues que la noción de derecho nos invita a aceptar la existencia de un poder que manda que ordena, al cual por algún motivo especial supeditamos nuestros actos; tal vez el motivo propio del ser humano, trata de la intención de lograr una vida común armoniosa en sociedad.

Sabemos que la convivencia de los seres humanos determina la necesidad de establecer diversos tipos de normas, mismas que rigen su conducta bajo circunstancias particulares. Así es como distinguimos las normas morales, las religiosas, los convencionalismos sociales, pero por sobre todas ellas encontramos a las normas jurídicas.

¹ Ignacio Galindo Garfias. Derecho Civil. P. 75.

Por lo regular la conducta humana, determinada por la razón y la voluntad, tiende a alcanzar un fin propuesto; esa conducta se considera un discernimiento entre lo que debe ser y lo que no debe ser; el resultado impredecible debido a la complejidad que el ser humano representa inclusive para sí mismo; se ajusta a la norma jurídica que impera.

El deber Ser encuentra su expresión en normas de conducta que tienen como base diversos criterios de valor, compartidos por el colectivo, por la sociedad en que vive el hombre. Es la sociedad el ente que de una parte permite e inclusive llegue a exigir la observancia de una conducta y por la otra prohíbe la realización de una conducta determinada.

La conducta del hombre, dentro de la sociedad en la que se desarrolla, se rige por normas jurídicas que tienen un carácter imperativo, ordenan, prohíben o facultan; son válidas para una sociedad en tiempo y lugar determinados, por lo que la violación de ellas da lugar a su exigibilidad inclusive de manera coactiva. Para aspirar a que un grupo social subsista, tenga cohesión y presente un desarrollo armonioso es necesario una organización, una coordinación de la conducta humana, regularla mediante preceptos que hayan de respetarse de forma tal que una violación de la norma jurídica, la trasgresión a lo preceptuado, se constituye en un acto que lesiona los intereses del conglomerado social.

Es la norma jurídica, expresión del derecho objetivo la que postula obligaciones o deberes a cargo de una persona frente a otra o frente a un grupo de personas, estas últimas constituidas en titulares de la facultad legal exigible; la ley no hace otra cosa sino reconocerles un derecho llamado derecho subjetivo que se debe ejercer y reclamar al obligado.

La norma es un imperativo constituido por deberes a los que son correlativas ciertas facultades, es derecho objetivo, una regulación de la conducta. También tenemos el derecho subjetivo, la pretensión de obtener la satisfacción de una prestación.

Hay un concepto que es correlativo al de derecho subjetivo, ese concepto es el de deber jurídico, consistente en ajustar la libre determinación del hombre a la norma jurídica y para confirmar lo expuesto, citamos al Doctor Ignacio Galindo Grafias, quien nos dice " El deber jurídico debe distinguirse del concepto de obligación. El primero se refiere a la necesidad general y abstracta, sin específica indicación de un individuo determinado, de acatar lo dispuesto por la norma jurídica. La obligación es la denominación específica del deber de uno o de varios sujetos determinados, frente a uno o varios sujetos también determinados, de adoptar un cierto comportamiento, ya sea positivo o negativo, en virtud de un vínculo jurídico establecido entre ambos."²

El derecho Civil, parte del Derecho Privado, es un ordenamiento de las relaciones comunes u ordinarias de la vida del hombre que atañe a su personalidad, a su patrimonio, a las obligaciones que puede contraer y a la familia. Marcel Planiol y Georges Ripert nos dicen que el derecho civil Comprende la mayor parte de las materias del Derecho Privado y representa el derecho común de una nación. Reglamenta la familia, las sucesiones, la propiedad y la mayoría de los contratos. "Entendemos que el derecho privado, por oposición al derecho público, rige las relaciones de los particulares entre sí, por lo menos esa es la aspiración, tan extensa en cuanto a las relaciones que puede establecer, escapa a una reducción o limitación a la que la ley es capaz de circunscribirla."³

² Ibid, P. 29 cita a Roberto de Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil.

³ Marcel Planiol y Georges Ripert, Op. cit. P. 6.

El derecho civil es definido, en palabras del Doctor Ignacio Galindo Garfias de la siguiente forma: "Conjunto de normas que se refiere a la persona humana como tal y que comprende los derechos de la personalidad (estado y capacidad), los derechos patrimoniales (obligaciones, contratos, sucesión hereditaria) y las relaciones jurídico familiares (parentesco, filiación, matrimonio, patria potestad y tutela)".⁴

Dentro del derecho civil, el derecho de familia se encarga de la normatividad aplicable a la organización jurídica de la familia, lo concerniente al matrimonio, el parentesco y las relaciones paterno-filiales; la tutela, la patria potestad, los derechos y obligaciones relativos a esta materia no dependen de la autonomía de la voluntad, son de interés público, por tal motivo es un sistema normativo irrenunciable e imprescriptible, tal es el caso de la pensión alimenticia, el derecho de recibir alimentos y la obligación de ministrarlos.

Nuestro ordenamiento civil para el Distrito Federal, muestra la concepción que tuvo el legislador de un código sistematizado en el que se contemplan los puestos, fundamentos y características de la obligación alimentaria. La regulación aplicable especialmente es la contenida en los artículos 301 al 323, siendo importante referirnos a la legislación procesal; aquella que norma y sirve de guía para comparecer ante la autoridad competente a deducir nuestros derechos y en caso procedente, reclamar de otro u otros el cumplimiento de una prestación.

⁴ Ignacio Galindo Garfias, Op. cit. P. 94.

1.2. Derecho Procesal Civil.

“El respeto de las normas sustanciales se confía en un primer momento, a la libre voluntad de los individuos, a los cuales las mismas están dirigidas, sólo en un segundo momento, cuando aquellas no hayan sido observadas, voluntariamente, el Estado intervendrá para imponer su observancia mediante la puesta en práctica de la garantía jurisdiccional.

En este segundo momento cuando entra en juego el derecho procesal, la providencia en que esta garantía se concreta no puede, en efecto, darse si por el órgano jurisdiccional y por las personas interesadas en la providencia no han sido cumplidas ciertas actividades preordenadas a aquella finalidad común, en la forma y en el orden que la ley prescribe; y son precisamente las normas jurídicas que regulan el cumplimiento de estas actividades, o sea la conducta que las partes y el orden judicial deben tener con el proceso, las que constituyen en su conjunto el derecho procesal.”⁵

La actividad del hombre es determinada por su propia naturaleza, la norma sustantiva se encarga de regular esa actividad de ahí su importancia en la norma objetiva, la procesal, no es menos importante, en virtud de ella se hace posible la actualización de la obligación contenida en la normatividad sustantiva, cuando esta obligación no es observada voluntariamente hacemos uso del derecho procesal que se encarga de dirigirnos al momento

⁵ Carlos Arellano G., Derecho Procesal Civil, P. 2, cita a Piero Calamandrei, Instituciones de Derecho Procesal Civil.

de acudir ante la autoridad judicial a solicitar la solución de la problemática en que nos encontramos.

El Código de Procedimientos Civiles, que se aplica en el Distrito Federal desde el año de 1932, regula el aspecto objetivo de la pensión alimenticia nos lleva a lograr mediante un juicio la determinación del monto de esa pensión; una controversia del orden familiar, puede tratarse de un divorcio o de una demanda de divorcio.

Ha quedado claro que para poder demandar una pensión alimenticia se requieren dos presupuestos principales, a saber: 1. - El alimentista tiene que encontrarse en estado de necesidad económica, y 2. - El deudor debe tener la posibilidad de proporcionar los alimentos.

En materia procesal, el estado de necesidad inicia con la interposición de la demanda, toda vez que mediante este acto se da a conocer al juzgador que existe una persona que requiere le sean administrados alimentos y los reclama de otra u otras que están en posibilidad de proporcionarlos, estamos en el entendido que desde ese momento se exige el cumplimiento de la obligación, que los alimentos no se necesitaron antes ni sabemos si se necesitaran con posterioridad, es lógico basarnos en este principio toda vez que en tanto no se presente la necesidad no se solicitará el cumplimiento de la obligación, ni sabremos si en el futuro habrá de continuar el estado de necesidad.

No debemos olvidar que la familia es la célula social, en su seno iniciamos la satisfacción de nuestras necesidades afectivas, comenzamos a convivir a tolerar, es la integración de la sociedad, por la suma importancia

que tiene esta institución, sus problemas inherentes son considerados de orden público.

Diversa es la problemática que puede existir dentro de una familia, destacan por su trascendencia, sin menosprecio de otros problemas que cada familia tiene en lo particular, los concernientes a los menores de edad, a los alimentos y a la violencia familiar, estos problemas pueden provocar la desintegración de una familia, necesitan una atención especial, son considerados por orden público y por ello se faculta a la autoridad judicial, el juez de lo familiar para que tenga una intervención oficiosa en la solución de las controversias que al respecto existan.

La legislación objetiva civil del Distrito Federal no establece formalidades especiales cuando se trata de acudir a un juez familiar para solicitar declaración, preservación, restitución o constitución de un derecho, cuando se alegue la violación del mismo o se desconozca una obligación de alimentos, de hecho atendiendo a esa falta de formalidad, existe la posibilidad de comparecencia personal ante la autoridad judicial para realizar una concisa exposición de los hechos y con ello dar conocimiento al juez de una situación jurídica o de hecho que requiere su atención en ese instante se pondrá en funcionamiento al órgano judicial, para que mediante sus facultades se encauce a lograr la solución de los problemas familiares.

Lo anterior se puede resumir, para efectos de nuestra investigación en el hecho de que una persona puede ocurrir ante el juez familiar en demanda de alimentos sin que sea necesario contar con la asesoría de un licenciado en derecho, en todo caso puede contar con el servicio, gratuito de un defensor de oficio.

1.3 Los alimentos en los juicios de divorcio.

Divorcio, del latín "...*divortium* se deriva de *divertere*, irse cada uno por su lado."⁶

Julien Bonnecasse nos proporciona el siguiente concepto de divorcio, "Es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los esposos, por causas determinadas y mediante resolución judicial."⁷

En consideración de nuestro sistema legal el divorcio no necesariamente debe ser decretado por autoridad judicial, de hecho se contemplan tres tipos de divorcio: el administrativo, el divorcio por mutuo consentimiento y el divorcio necesario, los tres tienen como fin último la disolución del vínculo matrimonial y cada uno de ellos obedece a las circunstancias de cada caso.

El divorcio administrativo, se tramita ante un Juez del Registro Civil y tiene como requisitos indispensables que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del matrimonio, que los divorciantes sean mayores de edad; en caso de haberse casado bajo el régimen de sociedad conyugal que ésta se encuentre liquidada, la mujer no debe estar embarazada, que no tengan hijos en común o si los tienen sean mayores de edad y ni los hijos ni los cónyuges requieran alimentos.

Previsto en el artículo 273 del Código Civil y procesalmente regulado en los artículos 674 al 682 del Código de Procedimientos Civiles, es procedente el divorcio voluntario en la vía judicial por medio de solicitud de los cónyuges

⁶ Marcel Planiol y Georges Ripert, Op. cit. P. 153.

⁷ Julien Bonnecasse, Op. cit. P. 251.

presentada ante el Juez de lo Familiar, cuando ha transcurrido por lo menos un año desde la celebración del matrimonio y se acompañe a la solicitud un convenio cuyo clausulado estipule respecto de:

1.- La persona que se encargará de la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, tanto durante el procedimiento como ejecutoriada la sentencia de divorcio.

2.- La forma en que se ha de pagar y cumplir con la obligación alimentaria a favor de los hijos, tanto durante el procedimiento como una vez ejecutoriado el divorcio.

3.- Cónyuge que ha de ocupar la morada conyugal.

4.- El domicilio que ha de ocupar cada cónyuge, durante y después del procedimiento. Para el caso de existencia de menores o incapaces o el cumplimiento de la obligación de alimentos, los divorciantes deben comprometerse a notificar al juzgado sus cambios de domicilio.

5.-El monto y la forma en que se ha de pagar la pensión alimenticia a favor del cónyuge que resulte acreedor.

6.-En el caso de los matrimonios celebrados bajo el régimen de sociedad conyugal, independientemente de la debida exhibición de las capitulaciones matrimoniales, se ha de establecer la forma en que se administrarán los bienes que integran esa sociedad, la forma de liquidarla, el inventario, el avalúo y el proyecto de partición.

7.- El régimen de visitas a que se habrá de sujetar el cónyuge que no tenga la guarda y custodia de sus hijos para poder convivir con ellos.

Presentada la solicitud y el convenio, se cita a los interesados y al Ministerio Público a una junta, dentro de los quince días posteriores y no antes de ocho días con el fin de avenirlos para que desistan del interés de divorciarse, en caso de que manifiesten su voluntad de continuar se aprobará provisionalmente el convenio presentado, escuchando al representante legal en lo que respecta a la situación de los hijos menores o incapaces, la separación de los cónyuges y lo referente a los alimentos.

Los cónyuges serán citados a una segunda Junta, después de ocho y antes de quince días contados a partir de la primera, para nuevamente tratar de evitar el divorcio. En caso de no desistir, previa intervención del Ministerio Público por cuanto hace a los alimentos conducentes, el Juez dictará la sentencia que disuelva el matrimonio.

La solicitud que motiva este procedimiento se declara sin efecto al momento en que se cumplan tres meses de inactividad procesal.

El Ministerio Público tiene la obligación de realizar las observaciones necesarias respecto al convenio presentado por los divorciantes, con la finalidad de que no se lesionen los derechos de los hijos, es decir, para garantizar que les han de ser respetados.

Cuando las partes no estén de acuerdo con las modificaciones propuestas por el representante social, el Juez ha de resolver en la sentencia garantizando siempre los derechos de los hijos.

En caso de que el convenio no se apruebe no se decretará el divorcio solicitado. Cabe destacar que en este tipo de divorcio, la mujer tiene derecho a recibir alimentos por un tiempo igual al de la duración del matrimonio, en tanto no cuente con ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Otro tipo de divorcio es el divorcio necesario, requiere el perfeccionamiento de al menos una de las causales a que se refiere el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

El procedimiento se sujeta a la normatividad establecida en el Código adjetivo para los juicios ordinarios, salvo las excepciones que se mencionaran en párrafos siguientes.

Este proceso inicia con la presentación y admisión a trámite del escrito de demanda de divorcio, acto segundo se emplazará a la parte demandada concediéndole un plazo de nueve días para promover la contestación que de la misma formule.

En materia familiar, ante la falta de contestación de un hecho de la demanda, se entenderá contestado en sentido negativo; en caso de reconvencción se dará un término de seis días para que la demanda reconvenccionista de su contestación. Contestada la demanda así como la reconvencción si la hubiera, se fijará fecha dentro de los diez días siguientes para la verificación de una audiencia previa y de conciliación (este término será de cinco días tratándose de divorcios necesarios en que se invoque alguna de las causales contenidas en las fracciones XI, XVII o XVIII del artículo 267 del Código Civil), al efecto se ha de dar vista a la parte que

corresponda con las excepciones propuestas. Si alguna de las partes faltare injustificadamente a la audiencia previa se hará acreedora a una multa de hasta ciento ochenta día de salario mínimo vigente en la entidad. La finalidad de la audiencia conciliatoria, por lo menos en teoría, es que el conciliador del juzgado propone a las partes alternativas para solucionar su problemática mediante un convenio con el cual, en caso de aprobarse de plano, den por terminado el procedimiento iniciado elevándose a la categoría de cosa juzgada.

En caso de que continúe la controversia y realizadas las actuaciones de rigor propias de la audiencia conciliatoria a más tardar el día siguiente de celebrada la audiencia el Juez mandará a abrir el juicio a prueba.

Se abre un período de ofrecimiento de diez días comunes a las partes, el término correrá a partir del día siguiente a aquel en que surta efectos la notificación del auto que manda abrir el juicio a prueba. Cuando se trata de juicio de divorcio necesario en que se invoque alguna de las causales contenidas en las fracciones XI, XVII o XVIII del artículo 267 del Código Civil el término se reduce a cinco días.

Al día siguiente en que termine el período del ofrecimiento de pruebas se dictará un auto respecto a su admisión o desecamiento.

La recepción y desahogo de las pruebas se llevará a cabo en una audiencia, con citación de las partes dentro de los tres días posteriores al auto admisorio de pruebas, esta audiencia habrá de verificarse dentro de los treinta días siguientes a la admisión. En los juicios de divorcio necesario en que se invoque alguna de las causales contenidas en las fracciones XI, XVII

o XVIII del artículo 267 del Código Civil el término otorgado a este efecto es de quince días.

Las pruebas cuyo desahogo quede pendiente se desahogarán en una audiencia diferente, a verificarse dentro de los quince días siguientes.

En la misma audiencia de desahogo de pruebas se permitirá a las partes rendir verbalmente sus alegatos, primero a la actora y luego a la demandada. De esta audiencia ha de levantarse acta desde su inicio y hasta su conclusión. Desahogadas las pruebas y presentados los alegatos, el juez citará a las partes para oír sentencia, en el caso de que se trate de sentencia definitiva esta deberá dictarse y mandarse notificar dentro de los quince días siguientes a aquél en que se realizó la citación respectiva. En caso de sentencia interlocutoria se abra de dictar y mandar publicar dentro de los ocho días siguientes a aquel en que se realizó la citación correspondiente.

Promovido el divorcio necesario por alguna de las causales establecidas en el artículo 267 del Código Civil, el juez dictará medidas provisionales en relación con una pensión provisional a favor de los hijos del matrimonio en caso de que los hubiere, así como a favor del cónyuge acreedor de acuerdo con lo ordenado por el artículo 282 fracción II del Código Civil.

En el divorcio necesario hay supuestos en que las personas tienen derecho a disfrutar de una pensión alimenticia a cargo de su excónyuge, a saber es el caso del cónyuge inocente que durante el matrimonio se dedicó preponderadamente al hogar o al cuidado de los hijos o que simplemente se encuentre imposibilitado para el desarrollo de una actividad productiva, así como el excónyuge enfermo carente de bienes e imposibilitado para trabajar.

En ambos casos el derecho a percibir alimentos se extingue en el momento en que el alimentista contrae nuevas nupcias o se une en concubinato, esta pensión se sujeta a los principios que rigen a la pensión alimenticia en general.

La nota importante tratándose de divorcio es que el cumplimiento de la obligación alimenticia no se sujeta a la voluntad del cónyuge obligado. En efecto, el hecho de que se dicte un divorcio en el que, habiendo hijos menores o incapaces, la guarda y custodia de los mismos no se decretó a favor del cónyuge alimentante, no quiere decir que éste sea librado de su obligación de ministrar alimentos, la paternidad no se extingue aún en el supuesto de que además de la guarda y custodia haya perdido la patria potestad, sus obligaciones para sus dependientes económicos continúan hasta en tanto los alimentos sean necesarios, por lo menos a uno de los alimentistas.

Por cuanto hace al cónyuge que dedicó su tiempo a la atención del hogar, la administración del patrimonio y cuidado de los hijos, a pesar de que se quiera ver como una indemnización por su labor considero que es un derecho elemental que corresponde a una persona que ha participado de la vida en común de una familia y por tanto debe también participar de los beneficios económicos que reporta la misma, así como el o la alimentante se benefició con atención y el esmero puesto por el o la alimentista en el cuidado del hogar y la familia.

Se debe considerar que las actividades del cónyuge alimentante y del cónyuge alimentista son de naturaleza distinta, pero encaminadas a lograr un fin común que es el sano y próspero desarrollo del núcleo familiar. Al hablar

de indemnización pareciera menospreciarse la actividad desarrollada por aquella persona que sin realizar una actividad lucrativa, logró un cúmulo considerable de beneficios que se manifiestan en el desarrollo de los descendientes y la administración de la economía familiar; parece que se le equipara con un empleado o empleada doméstica que su función se limita a cumplir sus obligaciones de limpieza o atención personal; aún en este comparativo las diferencias elementales son grandes; por lo menos el empleado doméstico obtiene un ingreso y con el desarrollo de su actividad lograr una independencia económica que a la postre puede facilitar su desarrollo personal.

La pensión alimenticia no se trata de una indulgencia es una obligación generada en el seno familiar y es, en virtud de su importancia que la ley prevé los casos en que la misma subsiste aún entre personas en que en algún momento estuvieron unidas en matrimonio pero cuyo vínculo ha sido disuelto.

1.4 Protección de los alimentos.

Hemos visto que el Juez Familiar, particularmente en lo que respecta a alimentos, cuenta con facultades discrecionales para dictar sus resoluciones siempre atendiendo al beneficio de la familia, primordialmente de menores e incapaces. El juzgador encuentra todo el apoyo necesario en la legislación común, tanto la sustantiva como la adjetiva, en disposiciones que regulan desde las características de los alimentos y los medios para garantizarlos como aquellas que reglamentan el proceso para lograr salvaguardar y hacer cumplir el derecho de que es titular una persona. Existen diversas formas de garantizar el cumplimiento de la obligación alimentaria, de proteger a los

alimentistas con el fin de que efectivamente les sean ministrados los alimentos que necesitan; mismas que dependen de una determinación dictada por el Juez de lo familiar.

La obligación que tiene el Juez de garantizar alimentos, por lo menos a menores e incapaces, se consagra en artículos como el 213 y 941 del Código de Procedimientos Civiles. De la redacción de estos numerales se desprende el actuar oficioso del juzgador y con ello la posibilidad de usar sus facultades discrecionales en la protección de los hijos menores.

De acuerdo con el artículo 317 del Código Civil, el aseguramiento o garantía del cumplimiento de la pensión alimentaria puede consistir en hipoteca, prenda, fianza, depósito de cantidad bastante a cubrir la obligación o cualesquiera otra que a juicio del juez sea suficiente.

Respecto de la hipoteca necesaria hemos de decir que, a pesar de que el artículo 2935 del Código Civil no reconoce en el acreedor alimentario derecho alguno para exigir la hipoteca como garantía, toda vez que la obligación alimentaria no es asimilable a un crédito, el artículo 2904 establece que el deudor tiene la facultad de establecer la hipoteca sobre el bien salvo que se trate del derecho de percibir los frutos en el usufructo que la ley concede a los ascendientes sobre los bienes de sus descendientes (artículo 2898-IV Código Civil).

Cuando existe un bien que a consideración del alimentista sea bastante para garantizar la deuda de alimentos, pero es nula la posibilidad de que el deudor lo hipoteque a favor del alimentista se puede hacer uso del embargo precautorio sobre el bien determinado y de esta forma existirá, aún en contra

de la voluntad del alimentante, un derecho real que garantice el pago de los alimentos.

El aseguramiento, salvo el caso de la fianza que regularmente tiene vigencia por tan solo un año, ha de durar el mismo tiempo que la obligación en virtud de la cual es necesaria.

¿Quiénes tienen acción para pedir el aseguramiento de los alimentos? El acreedor alimentario, la persona que represente sus derechos por la patria potestad o la tutela, los hermanos del acreedor y sus colaterales hasta el cuarto grado, así como el Ministerio Público. Independientemente de estas personas facultadas por la ley, sostengo que en el caso de un divorcio voluntario o necesario, en que por defecto de parte se omita tanto la solicitud de pensión de alimentos como garantía de la misma, el juez oficiosamente ha de decretar la pensión y exigir la garantía de cumplimiento de dicha obligación, para ello cuenta con facultades discrecionales de las que puede hacer uso para una rápida determinación del monto que es necesario a efecto de cumplir con los alimentos de acuerdo a como lo ordena la ley.

Otras formas de garantizar que los alimentos han de ministrarse se encuentran contenidas en las características propias de la obligación.

Por ejemplo, los artículos 321, 1372 y 2950 fracción V del Código Civil establecen que los alimentos son irrenunciables e intransigibles, con ello se elimina la posibilidad de que, por presión o coacción, el alimentista se encuentre obligado a renunciar a su derecho. Hay una excepción a la regla de la intransigibilidad de los alimentos, esta la constituyen las cantidades vencidas; estas a pesar de ser deuda alimenticia son susceptibles de

transacción puesto que al momento presente ya no son necesarias para la subsistencia del alimentista, ha transcurrido el tiempo y subsistió aún sin el pago de las mismas.

El Código Civil en su artículo 2192 determina que las deudas por alimentos tampoco son compensables, es la reafirmación de la intransigibilidad de los alimentos y atiende a que la naturaleza de la obligación es satisfacer necesidades de supervivencia del alimentista.

La obligación alimentaria tampoco prescribe (artículo 1160 del Código Civil), el simple transcurso del tiempo no libra al deudor de su obligación. El único caso de prescripción existente en materia de alimentos refiere a las pensiones no cobradas que prescriben en cinco años, salvo que se trate de una pensión determinada por sentencia, pues entonces la prescripción es de diez años, mismo tiempo que se tiene para pedir la ejecución de una sentencia.

Otra forma de proteger al alimentista para el cumplimiento de la obligación alimenticia la da la ley mediante la declaración de inoficiosidad de aquella disposición testamentaria en la cual teniendo el testador la obligación de ministrar alimentos no dispone de bienes a fin de satisfacerla mediante su testamento. En este caso el testamento será declarado inoficioso y se realizará el descuento de lo que por concepto de obligación alimentaria corresponda quedando subsistente el testamento en todo lo que no perjudique a esta obligación.

Cabe hacer notar que la ley común protege el derecho de los acreedores alimentarios, lo anterior se desprende del contenido del artículo 2348, en que

se establece que las donaciones serán inoficiosas en cuanto perjudiquen la obligación del donante de suministrar alimentos a aquellas personas a quienes los debe conforme a la ley (artículo 2348 Código Civil).

La donación podrá revocarse si sobrevienen hijos nacidos viables al donante, pero será irrevocable si han pasado cinco años desde la realización de la donación sin que el donante haya tenido hijos o teniéndolos no haya revocado la donación hecha. Si dentro de estos cinco años sobreviene un hijo póstumo al donante, la donación se tendrá por revocada en su totalidad.

En el caso que sobrevengan hijos al donante y no revoque la donación está habrá de reducirse si perjudica la obligación que tiene el donante de suministrar alimentos, a menos que él o los donatarios tomen la obligación de dar los alimentos y la garanticen debidamente.

La acción de reducción que deriva de la supervivencia de hijos corresponde al donante y al hijo póstumo; pero la reducción en razón de alimentos tienen derecho a pediría todos los acreedores alimentistas. La revocación de las donaciones inicia por la más reciente, si varias son de la misma fecha se procederá con la reducción a prorrata, y ha de continuar hasta lograr lo bastante para la ministración de alimentos.

En virtud de que la ley concede a quienes ejercen la patria potestad el derecho de gozar de la mitad del usufructo de los bienes que los hijos adquieren por cualquier medio diferente de su trabajo (artículo 430 Código Civil) el importe de los alimentos ha de deducirse de esa mitad y en caso de insuficiencia, el excedente será por cuenta de los que ejerzan la patria potestad. Una figura que bien puede servir como garantía de cumplimiento de

la obligación alimenticia es el patrimonio familiar, que de acuerdo con el artículo 723 del Código Civil tiene como objeto afectar uno o más bienes para proteger económicamente a la familia y sostener el hogar. Susceptible de ser creado por la madre, el padre conjunta o separadamente, al igual que la concubina o el concubinario, los abuelos, los descendientes, en fin cualquier persona que tenga la intención de proteger jurídica y económicamente a la familia.

Los bienes que conforman este patrimonio son inembargables (artículo 544 fracción I Código de Procedimientos Civiles), inalienables e imprescriptibles; tampoco estarán sujetos a gravamen alguno. Para el caso de muerte de alguno de los miembros de la familia sus herederos tendrán derecho a una porción hereditaria al liquidarse el patrimonio, en caso de que no tenga herederos su porción del patrimonio se repartirá entre los demás miembros de la familia. Dos de los supuestos de extinción del patrimonio familiar son la cesación del derecho de percibir alimentos de los beneficiarios y cuando se demuestra la gran necesidad o notoria utilidad para la familia de extinguirlo; lo que va de acuerdo con su finalidad de protección económica de la familia, muy en particular de los alimentos.

El contrato de renta vitalicia puede constituirse también en garantía de pago de una pensión alimenticia, a ese efecto la renta que por este concepto se pague queda exceptuada de embargo, salvo la cantidad que a juicio del juez exceda el monto necesario para cubrir los alimentos.

En lo que se instituye como una medida tendiente a castigar el incumplimiento de la obligación alimentaria, el Código Penal para el Distrito Federal en su Título Séptimo Delitos Contra la Seguridad de la Subsistencia

Familiar, Capítulo Único, Artículos 193 a 199; tipifica como delito y castiga con una pena que va de tres meses a tres años de prisión o de noventa a trescientos sesenta días multa; privación de los derechos de familia y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente, a aquella persona que abandone a cualesquiera otra respecto de la cual tenga la obligación de suministrar alimentos, cuando lo deje sin recursos para su subsistencia o que viviendo en el mismo domicilio no proporcione los recursos necesarios para satisfacer las necesidades existentes por concepto de alimentos; el delito se perfecciona aunque el alimentista se encuentre bajo el cuidado de un pariente o casa de asistencia. Igual sanción ha de aplicarse al que sin causa justificada deja de proporcionar alimentos a pesar de tener la obligación de hacerlo.

Mayor es la penalidad establecida para aquel que se coloque en estado de insolvencia con la finalidad de evadir el cumplimiento de la pensión alimenticia, así como aquellos que teniendo el conocimiento del monto de los ingresos de un individuo y ante la obligación de hacerlo del conocimiento de la autoridad judicial competente, optan por la omisión de la acción determinada. En estos casos se habrá de aplicar una pena de entre uno y cuatro años de prisión.

La persecución de este delito será por querrela únicamente para el caso de abandono de cónyuge, concubina o concubinario; en cualquier otro caso se perseguirá de oficio.

La pretensión punitiva se extingue, siempre que la autoridad judicial oiga previamente a la representación de los ofendidos, cuando el procesado cubra los alimentos vencidos y otorgue garantía del futuro cumplimiento que a juicio

del Juez sea suficiente. Queda claro que los asuntos relacionados con la familia, muy en especial aquellos problemas que se susciten respecto de menores o incapaces así como por alimentos son de interés público y las disposiciones legales al respecto establecidas han de hacerse observar por todos los medios posibles.

En el caso de los alimentos, por ser esenciales en el desarrollo del individuo y en consideración de que en diversas etapas de la vida de la persona requiere que le sean proporcionados, el Derecho ha de instrumentar los medios necesarios para cumplir con su función protectora y tutelar los derechos de los alimentistas para que sean respetados.

Si bien es cierto que castigar a la persona que comete un delito contra la seguridad de la subsistencia familiar no beneficia al alimentista, porque la imposición de la pena no satisface su necesidad de alimentos, igualmente cierto es que en virtud de que se trata de un delito de peligro no se ocasiona un daño a la persona del acreedor de alimentos.

La razón aparente de la tipificación de este delito la podemos encontrar en que la ley busca lograr el cumplimiento de los deberes de asistencia familiar, el cumplimiento de las obligaciones que, por ejemplo, tienen los progenitores con sus hijos en razón del parentesco; de ahí que uno de los castigos previstos, tal vez el más severo de todos, sea la privación de los derechos familiares como lo es la pérdida de la patria potestad.

El ejercicio de la acción penal no implica que el alimentista deje de tener expedita la acción civil para obtener una pensión alimenticia; mediante el tipo penal se pretende una tutela efectiva del derecho a recibir alimentos.

1.5 Extinción de la obligación alimentaria

El Código Civil establece las causas por las cuales cesa o se suspende la obligación de dar alimentos. Mismas que a continuación se comentan.

- I.- Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla;
- II.- Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos.

Por cuanto hace a la primera fracción, tal como se estableció desde el segundo capítulo, para que se origine la obligación alimentaria se requieren dos supuestos, la necesidad del alimentista y la posibilidad del alimentante. Es máxima del derecho que nadie está obligado a lo imposible, por tanto ante la falta de recursos del obligado es imposible cumplir con lo que la ley le ordena, aunque mucha sea su voluntad; en este supuesto el cumplimiento de la obligación correrá a cargo del resto de los obligados de acuerdo a como lo dispone la legislación común. En la segunda fracción resulta una consecuencia lógica pues desde el momento en que el alimentista deja de necesitar los alimentos se deja de cumplir el presupuesto requerido para que se perfeccione la obligación.

La tercera fracción determina: III.- En caso de violencia familiar o injurias graves inferidas, por el alimentista mayor de edad, contra el que debe prestarlos. No olvidemos que la base de la obligación alimentaria la encontramos en un deber moral que se manifiesta en la solidaridad entre individuos; en una especie de 'dar hoy sabiendo de la reciprocidad para el mañana', sin embargo, lo mínimo esperado por parte del alimentista hacia el alimentante, independientemente del agradecimiento, es respeto; por tanto justo es que, en caso de que no existan esas 'contraprestaciones' la ley

determine la privación del derecho de exigir alimentos, por lo menos de esa persona vista como un potencial alimentante.

IV.- Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al estudio del alimentista mayor de edad.

Hablamos también de que los alimentos se destinan a la satisfacción de necesidades básicas de la persona, comida, vestido, estudios y que los padres se encargan no solo de proporcionarlos a los hijos, también son responsables de su formación y educación, para ello deben mostrar el rigor necesario y encausar su desarrollo. Es evidente que los estudios merecen disciplina, concepto contrario a la vagancia y el vicio, por ello es justificable retirar el derecho de los alimentos a aquellos que no lo aprovechan en su beneficio, pues lejos de favorecerlos se les fomenta la holgazanería, se convierten en entes irresponsables, no solo dentro del núcleo familiar, también en la sociedad.

Otra causa, que nos parece más de suspensión que de cesación es la contenida en la fracción V por cuanto hace a que el alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables. Es obvio que se pretende la estancia del alimentista dentro del núcleo familiar, tanto por el proceso formativo que en el mismo encontramos, como por la facilidad y economía que para el alimentante representa proporcionar alimentos en esta forma. La fracción VI, final del numeral en comento establece que son causa de suspensión o cesación de la obligación de dar alimentos, además de las mencionadas, las que señale este Código u otras leyes.

Tratándose de una sentencia de divorcio el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes y tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Son las obligaciones con los hijos las importantes, el numeral hace patente la obligación que los padres tienen de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a la satisfacción de las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de estos hasta que lleguen a la mayoría de edad; término a que se sujeta la obligación de heredar a los descendientes de acuerdo en el artículo 1368 fracción I del Código Civil; sin embargo, cabe señalar que la obligación con los descendientes puede prolongarse hasta después de la mayoría de edad, en tanto continúen con sus estudios, pero siempre de acuerdo con las circunstancias especiales de cada caso.

Por otro lado, es clara la ley cuando establece que la obligación de los hermanos y parientes colaterales concluye con la mayoría de edad del alimentista, no así con los discapacitados ni con los parientes adultos mayores pues para ellos se presume la imposibilidad de satisfacer sus propias necesidades. Al hablar de los alimentos a cuyo pago puede ser condenado el cónyuge culpable a favor del cónyuge inocente en un juicio de divorcio necesario, también establece la extinción del mismo cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato y que en caso de divorcio voluntario por vía judicial, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos, por el mismo lapso de duración del matrimonio, si no tiene ingresos y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

De acuerdo con el contenido del artículo 291-*Quintus*, el mismo supuesto se aplica a los concubinos; quienes al cesar la convivencia y en

caso de que alguno carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tienen derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. Pero este derecho no podrá reclamarse por aquel que haya demostrado ingratitud o viva en concubinato o contraiga matrimonio.

CAPÍTULO II

GUARDA Y CUSTODIA EN MÉXICO

2.1 Diferencia entre guarda y custodia

La guarda es el derecho del menor para habitar con sus padres en el domicilio conyugal de éstos.

El padre guardián de su hijo, puede, por tanto obligarlo a que habite con él, y en caso necesario hacerlo regresar a su domicilio mediante la fuerza pública. El hijo menor no emancipado no tiene derecho para abandonar el domicilio paterno, salvo cuando haya cumplido 18 años y trate de darse de alta en el ejército.⁸

Custodia significa tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado. La custodia debe de ser con cuidado lo que significa la intensidad o profundidad en relación paterno filial.

Una de las prerrogativas en la patria potestad es la custodia, cuidado y vigilancia de los menores y dicha guarda no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades.⁹

⁸ Marcel Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil. P. 283.

⁹ Manuel Armas Vázquez y otra. Amparo directo 82 32 86, 12 de enero de 1983. 5 votos. Ponente José Manuel Villagorda Lozano. Secretario Agustín Bidaprieta Trueba. Antecedentes: Amparo directo 73 87.

En la custodia están comprendidos otros deberes y derechos correlativos como lo son que la convivencia familiar se logre con afecto, calor humano, presencia personal y respaldo espiritual.

2.1.1 Responsabilidad que se obtiene de un menor ante la guarda y custodia en el divorcio necesario

1.- El deber de convivencia es la natural consecuencia de la función de la patria potestad. Es una consecuencia del deber de cuidado y custodia. Esta convivencia tiene por objeto lograr la estabilidad personal y emocional del menor. Como deber correlativo también corresponde al hijo que está el de ser respetado en su persona y en su intimidad, necesarios para lograr la convivencia familiar. Esta convivencia entre padres e hijos que normalmente se da en la relación familiar, sufre un cambio cuando hay crisis conyugal y el divorcio y, como consecuencia la separación de los progenitores. Surge en este supuesto el derecho de visita, que tiene su origen en esta convivencia.

2.- Protección a la persona. Dentro del cuidado y custodia está la protección de la persona del hijo "frente a todo peligro que pueda amenazar su salud física y moral"¹⁰ Esta misión especial de los padres corresponde al deber del hijo de aceptación y respeto de la protección que le brindan sus padres. En cuanto a las facultades, son recíprocas puesto que a los padres les corresponde el derecho de cuidarlo y amonestarlo, y al hijo el de ser protegido.

3.- Vigilancia de sus actos. Dentro del deber de guardar va implícito el deber de vigilancia, por lo cual los padres responderán de las consecuencias

¹⁰ Puig Peña. Tratado de Derecho Civil Español. Tomo II

dañosas en que hayan incurrido sus hijos en cuanto a ellas se deban a la falta de vigilancia. Este deber es para la formación de sus hijos. Se les vigila en la familia y fuera de ella, no sólo para evitar daños sino en plan de promoción humana. Al hijo le corresponde la obediencia y respeto como deberes para evitar la responsabilidad de los daños con cargo a quienes ejercen la patria potestad. En cuanto a las facultades, corresponde a los padres el derecho a la corrección y amonestación, y a los hijos el derecho a ser protegidos.

4.- El deber de educación de los hijos implica el deber y el derecho de ocuparse de la educación física, espiritual y moral del menor, así como atender a la preparación para una profesión o actividad determinada, que represente utilidad al menor y a la sociedad. Pero ese deber es al propio tiempo un derecho constituyendo así una de las funciones integrales de la patria potestad. Cabe distinguir la instrucción, como desarrollo de la inteligencia o adquisición de conocimientos básicos para la vida de relación, de la educación que tiene un sentido más amplio y general procurando el desenvolvimiento de todas las facultades físicas y psíquicas, a lo que agregamos la orientación que posee y que se traduce en arribar un desarrollo pleno del hijo como persona.

5.- Corrección. Directamente vinculado con el deber de educación a punto tal que se considera una consecuencia del mismo, se encuentra el derecho deber que tienen los padres de corregir o hacer corregir moderadamente a sus hijos. Los límites de este accionar se encuentran en la propia finalidad que lo justifica, pudiendo determinar sus extralimitaciones una conducta delictiva.

Como también se contempla la posibilidad de hacer detener al hijo en un establecimiento correccional por el lapso de un mes y con intervención judicial y lo ideal sería que los jueces deben examinar la procedencia de la solicitud de la internación.

6.- La asistencia paterna comprende los aspectos morales y materiales, confundándose en el caso del primero con el deber de educación, atento a la generalidad de éste.

En cuanto a la asistencia material es la obligación de alimentar a los hijos según la condición y fortuna de los padres.

La fuente de que deriva la obligación alimentaria es el parentesco y no la patria potestad, como se advierte con la subsistencia de este deber pese a enervarse la vigencia de la Institución.

2.2 Convenios respecto a la guarda y custodia

En la fracción primera del artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, se previene que en el convenio se deberá designar la persona a quien serán confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio, en el Divorcio Voluntario Judicial, es necesario mencionarlo puesto que da un panorama completo dentro de los convenios que se realizan a través de los órganos jurisdiccionales. Este numeral hay que relacionarlo con el nuevo artículo 416 del Código Civil citado, que posibilita a los que ejercen la patria potestad convenir los términos de la guarda y custodia de los menores.

Confiado en algunos artículos conjuntamente, y en otros hace referencia tan sólo al cuidado. Si se emplean conjuntamente indica que son conceptos distintos. Así encontramos en el artículo 259 del Código Civil referido a las nulidades, que previene que los progenitores se pondrán de acuerdo en la forma y términos del cuidado y custodia de los hijos; el artículo 283 del Código Civil en su fracción VI sólo habla del cuidado. Cuidado se entiende como solicitud y atención para hacer bien alguna cosa. Al usarse conjuntamente los dos términos que pretende señalar lo profundo de esta relación jurídica, que no se limita sólo a la guarda y vigilancia del menor, sino que se acentúa con el cuidado, es decir, la solicitud y atención para que la custodia sea bien desempeñada.

El artículo 273 del Código Civil principia señalando que los cónyuges están obligados a presentar un convenio en que se fije el siguiente punto:

Debería de designar a quien serán confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio; con esta redacción se estaría expresando que se confiarían a alguno de los cónyuges.

En el artículo 282 fracción VI del Código Civil del Distrito Federal, tanto en la versión original como en la modificada, señala que el juez dictará provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, entre otras disposiciones la de poner a los hijos al cuidado de una persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos, esto nos confirma que el término personas, no debe limitarse sólo a los cónyuges, pues nuestra legislación permite separar la custodia de la patria potestad.

Debemos partir que en principio son inseparables la custodia de la patria potestad, y que sólo en circunstancias especiales es posible su desdoblamiento.

La patria potestad, implica no sólo derechos sino también deberes, sobre todo, el interés y protección del menor, sin dejar de considerarse los derechos que el padre posee. En ese complejo de derechos y deberes, o función de paternidad, en que se conjuga el interés paterno con el familiar y social, se encuentra la custodia del menor, ubicándola en el campo social. Así en primer término si los padres tienen el derecho de tener consigo a sus hijos conviviendo personalmente con ellos, esa fórmula legal no coincide siempre con el ejercicio personal de quien posee el derecho y en algunos casos en que las circunstancias hagan necesario para el bien del menor tiene que desvincularse, pero sin diluir el derecho de la patria potestad con las implicaciones que el mismo conlleva.

En el caso de que fueran los abuelos paternos o maternos los custodios, no se puede aceptar que a éstos se les transfiera la patria potestad, pues el único caso permitido en la ley es en la adopción mencionado en el artículo 403 del Código Civil, por lo tanto en este especial supuesto la custodia la tendrán los abuelos designados con el ejercicio de los derechos, obligaciones y deberes que conlleva la patria potestad sin tenerla, pero el ejercicio limitado de la misma continuará a cargo de los progenitores, lo cual deberá anotarse en el convenio, sino también por establecer esta posibilidad el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles. Por lo que sería conveniente fijar en el documento las situaciones por las cuales puede operar el cambio de la custodia a favor de otro progenitor o de los otros abuelos, para que presentándose la situación prevista, opere

Falta página

N° 35

automáticamente por virtud del convenio. Si en el convenio no se pacta esta posibilidad, deberá acudir al Juez de lo Familiar, expresando las razones por que procede el cambio de custodia, si no hubiere acuerdo.

También es conveniente tomar providencias para caso de muerte, pues nuestra legislación permite consignar en el convenio quienes tendrán la custodia en caso de defunción de los progenitores. Está como posible la tutela testamentaria, y el artículo 470 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, previene que el ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deban ejercer la patria potestad conforme a lo dispuesto al artículo 414 del mismo código, tiene derecho aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos quienes ejerza con inclusión del hijo póstumo. En el artículo siguiente señala que el nombramiento de tutor testamentario de hecho en los términos citados, excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de menor grado; esto significa que podría haber un compromiso de los progenitores de otorgar un testamento para estos efectos, y excluir a los abuelos paternos o maternos del ejercicio de la patria potestad y consecuentemente de la custodia.

2.2.1 Modificación del Convenio

El convenio original debidamente aprobado por el juez y contenido de la sentencia puede modificarse con posterioridad, para la cual los aspectos que se deben de tomar en cuenta son los siguientes:

- 1.- Posibilidades. Existen dos posibilidades para la modificación de lo

originalmente pactado. Por haberse así convenido en el documento la modificación operando con base en el mismo convenio al haberse presentado el acontecimiento que origina el cambio, o bien por necesidad o conveniencia posterior que dará origen a un documento adicional al pacto original y a una nueva decisión judicial.

Respecto a la primera posibilidad, ésta opera automáticamente al presentarse la circunstancia señalada en el convenio sin necesidad de agregar documento modificado alguno, puesto que el evento y la modificación señalada estén previstos.

En relación a la segunda, se requiere de un incidente conforme a lo dispuesto en el artículo 680 y 955 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal vigente y la aprobación por el Juez, con la intervención que le corresponda al representante del Ministerio Público, del documento adicional que modifica el original.

2.- Justificación. Desde el punto de vista legal la modificación está fundada en el artículo 94 del Código Procesal, que señala que las resoluciones, tanto provisionales como definitivas, pueden ser modificadas cuando afecten al ámbito familiar. En el Código Civil está clara la facultad del juez para modificar su decisión sobre los hijos. Además el juez está facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia artículo 9041 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

a) Los divorciados. Tienen la posibilidad legal para proponer y obtener modificaciones que afecten las relaciones que permanecen entre ellos como

divorciados, que pueden concretarse, a la pensión alimentaria cuando cambien las circunstancias, bien sea porque el acreedor deje de necesitarlos o porque el deudor estuviere en dificultades o en imposibilidad de darlos, en cuyo caso debe buscarse una solución.

b) Los padres. Como la relación paterno filial continúa, éstos siguen con sus deberes y obligaciones vigentes y tienen la posibilidad, legal para plantear modificación al convenio original. Facultades implícitas en el artículo 273 del Código Civil. Ambos ejercen la patria potestad, previenen los artículo 413 y 414 del Código Civil.

c) Los hijos. Cuando existan intereses opuestos entre los padres e hijos a éstos se les nombrará un tutor; por lo tanto, el hijo tiene derecho a solicitarlo y a través de él, participar en la revisión y modificación del convenio dispuesto en el artículo 440 del Código Civil.

d) Los abuelos. El artículo 284 del Código Civil otorga el derecho de petición a los abuelos para actuar ante el juez en lo relativo a la patria potestad o tutelar de sus nietos, así como cualquier otra medida que considere benéfica para los menores, antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad. Para solicitar la intervención judicial por la mala administración de los padres, tienen la facultad otorgada a todo interesado en el artículo 441 del Código Civil.

e) Hermanos. También tienen éstos el derecho de petición para actuar ante el juez en relación a la patria potestad o tutela de sus hermanos y todo lo que los beneficie. Pueden actuar en relación al convenio original, o bien en

la modificación artículo 284 del Código de Procedimientos Civiles. Tienen también la acción para el aseguramiento de la pensión alimenticia en los términos del artículo 315 fracción IV del Código Civil del Distrito Federal.

f) Ministerio Público. Este actúa revisando y dando su opinión sobre el convenio original; debe consecuentemente, también opinar sobre la modificación que se solicite por alguno de los legitimados. En concreto tiene acción para pedir el aseguramiento de los bienes, artículo 315 fracción V del Código Civil del Distrito Federal, y para actuar por sí mismo lo considere oportuno, o bien a petición de alguno de los interesados o de extraños cuando fuere de interés para el menor, tanto en el aspecto patrimonial como en el aspecto personal de convivencia conforme a lo dispuesto en el artículo 441 del Código Civil del Distrito Federal.

g) El Juez. El artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles previene que el juez está facultado para intervenir de oficio en asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y de alimentos, decretando las medidas que tiendan a preservarla y proteger a sus miembros. Consecuentemente, al ejercer esas facultades está afectando el convenio original por medio de los decretos y las medidas que decida. El juez no tiene facultad para modificar el convenio.

h) Formalidad. Toda modificación debe seguir la misma forma o solemnidad del original para que surta todos sus efectos legales, conforme a lo dispuesto en los artículos 1832 y 1834 del Código Civil del Distrito Federal. En los casos de convenio por divorcio voluntario, la ley exige forma escrita, homologación ante el juez y ser comprendida en la sentencia que éste dicte de divorcio.

Cuando no se cumpla con la forma, la modificación no será válida conforme a lo dispuesto en el artículo 1833 del Código Civil del Distrito Federal. Para adolecer la nulidad relativa será conforme al artículo 2228 del Código mencionado.

2.2.2 Cesación de efectos del convenio

El convenio deja de tener efectos cuando uno de los progenitores, deja de intervenir como parte en el convenio, lo que puede suceder por diversas eventualidades, dentro de las cuales se puede señalar:

1.- En relación a los divorciados. Cesan los efectos en relación al estatuto de los divorciados cuando el acreedor deja de tener derecho a los alimentos, lo que puede suceder, bien sea porque tenga capacidad económica suficiente, porque el acreedor se hubiere casado nuevamente o se hubiere unido en concubinato, porque hubiere concluido el plazo de duración de la obligación, que coincide con el mismo plazo de duración del matrimonio en el divorcio voluntario.

En el caso de divorcio contencioso la obligación de la pensión alimentaria no termina, porque se considera sanción y permanecerá aun cuando su cuantía se pueda reducir considerablemente.

2.- En relación a los hijos. La cesación de efectos puede originarse por diversas circunstancias: Por la terminación de la institución de la patria potestad al morir quienes puedan ejercerla o el hijo, o al llegar éste a la mayoría de edad.

2.3 Custodia provisional de los hijos

En caso de divorcio necesario salvo peligro grave para el mejor desarrollo de los hijos, los menores de doce años deberán quedar bajo el cuidado de la madre, si ambos cónyuges fueran culpables, el juez decidirá el régimen más conveniente al interés de los hijos, según las circunstancias del caso.

La tenencia como derecho integrante de la patria potestad corresponde tanto al padre como a la madre sean legítimos o extra matrimoniales, reconocidos o declarados tales, siempre que medie convivencia con el hijo.

Existen situaciones donde la proximidad física entre el hijo y su progenitor se ve alterada por circunstancias ajenas a la voluntad del padre. La tenencia a su vez, constituye el presupuesto para el debido cumplimiento de las restantes conductas que se ven entorpecidas y hasta anuladas cuando se produce el distanciamiento material.

La tenencia del hijo legítimo se muestra afectada por las vicisitudes que afectan al grupo familiar, donde la convivencia constituye uno de sus elementos caracterizantes.

Siendo la plataforma de sustentación el cumplimiento de los restantes deberes paternos, la tenencia determina cuando la unión matrimonial se desestabiliza, debe ineludiblemente confrontarse la idoneidad de uno y otro progenitor para que se la otorgue. Constituirá grave perjuicio para el hijo la circunstancia de quedar físicamente próximo a quien no resultara capaz de lograr la finalidad de la institución.

2.3.1 Reintegración de la custodia

Puede suceder que quien esté ejerciendo la patria potestad sea privado de la custodia del menor. En este caso debe de recuperar al menor para poder cumplir su función que es obligatoria. Independientemente de quien prive al padre de su hijo puede cometer un delito, quien ejerce la patria potestad tiene acción para obtener del juez la restitución de la custodia del menor. Por su parte el niño tiene derecho de convivir con sus padres y no ser separado de sus parientes contra la voluntad de éstos.

Lo que implica también un derecho de los padres a conservar la custodia de los hijos. Sólo podrá lograrse la separación por resolución judicial que lo determine, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, de tal forma que la separación sea necesaria para el interés superior del niño, tal como lo expresa el artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño que agrega como ejemplo el caso en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos vivan separados y debe adoptarse una decisión acerca de la resistencia del niño.

Sin embargo, aun cuando no existe acción expresa, nuestros Tribunales reconocen el derecho del padre, la madre o ambos para ejercer la acción siguiente:

Para recuperar la guarda y custodia de un menor hijo que es una de las prerrogativas que tiene el padre que ejerce la patria potestad, se requiere de los siguientes elementos:

- 1.- La calidad con que se demanda, como ser el padre o, en su caso, la madre, y por lo tanto el ejercicio de la patria potestad del menor.
- 2.- La violación de ese derecho deducido, o sea la privación de la guarda y custodia del menor.
- 3.- El hecho de que se haya traducido en la desposesión del menor hijo, frente a otra u otras personas con menor derecho para ello.

En los casos que han llegado al conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se han planteado como interdictos para recobrar la posesión, no obstante que estos se refieren a bienes y no a la custodia de un menor de edad. El ejercicio de la acción interdictal para recuperar la posesión de un hijo cuando el padre es despojado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- 1.- Que esté en posesión de los derechos del padre o hijo legítimo.
- 2.- Que fuere despojado de esos derechos o perturbado en su ejercicio.
- 3.- Que ese despojo o perturbación se ejerza sin que exista sentencia previa, en contra del titular de ese derecho. En este caso no es materia de la litis ante la autoridad judicial la comprobación de la maternidad o paternidad del menor.

2.4 Guarda provisional de los hijos

En principio los hijos se encuentran bajo la guarda del padre. Por sí sólo ejerce durante el matrimonio la patria potestad. En consecuencia le corresponde su guarda durante el juicio; pero diversas circunstancias pueden hacer que se le prive de él, ya sea que por su corta edad exija los cuidados maternos, acaso la lactancia, o debido a la brutalidad o la mala conducta del padre. Pueden confiar los hijos a la madre, o los abuelos, y tercera persona confiándolos por ejemplo en un internado educativo o en un asilo.

Estas medidas diferentes son dictadas, ya sea a petición de la parte actora o de los diversos miembros de la familia que pueden hacerlo individualmente, sin limitación de grado o por último, a petición del Ministerio Público y hasta de oficio por el tribunal.

El Tribunal no está obligado a respetar convenios que los esposos hayan podido celebrar entre sí sobre la custodia de sus hijos.

El esposo a quien no se haya confiado la custodia de los hijos tiene sin embargo el derecho de vigilar a la persona que se le haya conferido, a fin de vigilar la educación y alimentación de aquellos.

La situación de los hijos provoca en la práctica, grandes dificultades. Con frecuencia uno de los esposos se los lleva, los esconde o rehusa entregarlos, cuando el tribunal se lo ordena.

Los jueces emplean diferentes medios para obligarlos a ellos; unas veces la retención de sus ingresos, otras un apremio que es una condena por pago de daños y perjuicios a razón de un tanto por día de retraso, o el pago de una multa.

2.4.1 Guarda y acogimiento de los menores

1.- La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores por ministerio de ley, la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo, la que se produce de hecho a causa de incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

2.- La entidad pública asumirá solo la guarda durante el tiempo necesario, cuando quienes tienen potestad sobre el menor lo soliciten justificando no por poder atenderlo, por enfermedad u otras circunstancias graves, o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.

3.- La guarda podrá ejercerse, bajo la vigilancia de la entidad pública, por el director de la casa o establecimiento en que el menor esté internado, o por la persona o personas que lo reciban en acogimiento.

4.- Se procurará la reinserción del menor en la propia familia y que la guarda o el acogimiento de los hermanos se confíe a una misma institución o persona, siempre que redunde en interés del menor.

2.4.2 La guarda de las entidades públicas de protección de menores

1.- **Ámbito de aplicación.** El incumplimiento forzoso de los deberes de protección establecidos por ley para la guarda de los menores. Los casos que pueden cobijarse de imposibilidad de ejercicio de los deberes de protección definidos como una de las alternativas típicas del que se extrae, en una fórmula de estilo más expresiva y ejemplificadora, para regular sus efectos específicos en torno a la guarda. No poder atenderlo es gramaticalmente equivalente a imposibilidad, y por enfermedad u otras circunstancias graves viene a enumerar las causas de la misma. Las familias que viven en la marginalidad y que carecen de los mínimos medios para proveer a sus hijos de asistencia, se verían doblemente castigadas y discriminadas primero, por la carencia de la adecuada política social que subvenga a sus necesidades y por la privación completa de la patria potestad, derivada justamente de esas carencias.

2.- **Temporalidad.** Durante el tiempo necesario tiene un carácter completamente temporal, predicable tanto de la guarda pública como de las causas optativas que fundamentan su aparición. Ante el estado de grave privación de asistencia material o moral del menor detectada habrá de suprimirse salvo que haya datos probatorios en contra. Que no haya culpa ni dolo y que la situación generada no es irreversible en el sentido expuesto, procediendo que la entidad pública asuma sólo la guarda sin perjuicio de adoptar las medidas protectoras urgentes si fueran necesaria. Lo normal es que al principio sea difícil establecer un pronóstico de futuro que parezcan entremezclados factores subjetivos de desinterés o descuido con impedimentos objetivos. Por ello en el expediente habrá de reunirse

elementos probatorios sobre la actitud de los padres y la previsión de soluciones.

3.- Titularidad y ejercicio de la guarda. Tras la aparición de una situación de desamparo el legislador hace un llamamiento a la Administración para que asuma la guarda del menor y ejercite el contenido personal de la patria potestad. Ante el desamparo se atribuye a las entidades públicas una titularidad formal de guarda constituida, desde el principio, como legitimación de intervención inmediata para remediar la urgente situación. Quedando así leyes investidas de un poder jurídico, de un título legal, para el ejercicio de facultades tuitivas de orden personal sobre el menor. Por eso la ley habilita al ente público, con diversos procedimientos, a crear el estado material de guarda.

2.4.3 Derechos de la infancia en México

Aunque la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que los Convenios Internacionales ratificados por el senado como la Convención de los Derechos de la Infancia (CDI) tienen el carácter de ley suprema para el país; desde que se ratificó la CDI, organismos nacionales e internacionales insistieron en la necesidad de armonizar el marco legal mexicano a los principios y compromisos de dicho tratado.

No fue sino una década después, es decir a finales de 1999 (luego de dos recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño de la ONU en tal sentido), cuando la legislación mexicana ha iniciado un complejo camino de modificaciones dirigidas a dar cuenta de este tratado.

La legislación sobre derechos de la infancia vigente en México:

1.- Reforma al artículo 4º. Constitucional. Esta iniciativa fue aprobada por el legislativo mexicano en diciembre de 1999. Con lo cual se introduce la noción de los derechos de la infancia, se enuncian algunos de estos derechos y se establecen ciertas obligaciones de parte del estado, la familia y la sociedad.

2.- Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Esta Ley fue aprobada por la Cámara de Diputados en abril del 2000. Establece principios, derechos y medidas de protección.

3.- Ley de los derechos de las niñas y niños en el Distrito Federal. Esta Ley fue aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en diciembre de 1999 y constituye hasta el momento la primera Ley local sobre los derechos de la infancia. En esta Ley además de que se establecen los principios y derechos de la niñez, se crean medidas especiales de protección y un mecanismo dirigido a su seguimiento: el Consejo de los Derechos del Niño del D.F.

El 13 de Diciembre de 1999 se aprobó en la Cámara de Diputados una Reforma Constitucional relativa a los derechos de la Niñez. A continuación presentamos el texto íntegro de la misma, como aparece en el decreto correspondiente.

En el mes de marzo del 2000 la Reforma fue ratificada al menos por la mitad de los Estados de la Federación, por lo que a partir de entonces, ya es decreto.

En el decreto por el que se reforma el párrafo sexto del artículo 4º. De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos conforme a la letra dice:

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

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

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

2.5 Extinción de la Guarda

Habiendo convenio cesa por decisión del ente público de los que tienen potestad, cuando han desaparecido las causas que lo justificaban, determinado un plazo temporal habrá que estar a él, salvo que antes de su cumplimiento desaparezcan asimismo las circunstancias originadoras del desamparo. Habrá de reconocerse legitimación para pedir la extinción de los padres o tutores y más dudosamente al guardador de hecho, que ha dejado de ejercer de facto los poderes tuitivos. En los casos de guarda judicial estarán legitimados para interesar su cesación, la administración y los que han de formular la solicitud, con la excepción antedicha, así como el Ministerio Público.

En lo que se ha determinado guarda por Ministerio de la Ley, la intervención judicial posterior es de mera autorización, no constitutiva y por ello, aplicado por analogía el ente público cesará en la guarda por la propia decisión de sus representantes cuando dejen de tener actualidad los presupuestos que la motivaron.

En este caso de disconformidad, los interesados podrán pedir la Constitución Judicial de la Guarda Administrativa.

Al extinguirse la guarda el menor se reintegrará al medio familiar o se procederá la tutela o la adopción.

2.5.1 Incumplimiento de la Guarda y Custodia

1.- Grado de incumplimiento. El incumplimiento debe relacionarse con una ausencia de ejercicio, caracterizada por una omisión general. El inadecuado ejercicio supone que los deberes se ejercitan, pero en el contexto de una realización irregular o idónea. Ha de tratarse no de la mera infracción formal de deberes, sino del incumplimiento real, material de los mismos cuya gravedad justifique, en interés del que sufre la situación. El desamparo no es la privación del ambiente familiar idóneo, sino una situación de bastante mayor intensidad por sus perjuicios para el menor y determinante, de importantes efectos jurídicos en el mundo de las relaciones paternas filiales y tutelivas.

2.- Causas de incumplimiento y casos concretos concluidos. Las expresiones incumplimiento o inadecuado ejercicio hacen referencia a

actuaciones culposas de los titulares de las potestades deberes familiares y son reconducibles a la idea de abandono, descuido o desinterés, despreocupación y en general falta de la debida responsabilidad. Se dividen en comportamientos externos e internos. Los primeros son los contrarios a las exigencias ético sociales que impidan una adecuada asistencia al menor, bien por su valor ejemplificador del modelo perjudicial o por que resulte incompatible con la atención que él requiere. Los segundos son el núcleo familiar caracterizados por la agresividad y violencia, el desequilibrio, la desviación de conductas o la total omisión de afectos y atenciones.

Las hipótesis más relevantes serían los malos tratos de obra y psicológicos, éstos en casos de especial significación y perjuicio para el niño, las situaciones de explotación del menor de orden sexual, laboral o para la mendicidad y las actitudes de absoluta indiferencia y omisión que hacen prácticamente inexistente la relación con los hijos o personas sometidas a las potestades tutelares. Todas las demás hipótesis de impedimento forzoso son las siguientes:

- 1.- Enfermedades físicas y mentales, aún no determinadas por incapacidad. Situaciones de drogadicción, alcoholismo, etc., que impidan el ejercicio de deberes tutelares.
- 2.- Necesidad económica provocada por el paro o emigración.
- 3.- Déficit socio cultural caracterizado por su intensidad.
- 4.- Estancias forzosas en el extranjero sin el menor.

5.- Ingreso en prisión de los titulares de la patria potestad.

6.- Sujetos de incumplimiento. El desamparo puede proceder de todo aquel que ostente deberes de guarda sobre el menor. En este apartado hay que incluir en el primer lugar, a los padres y tutores, aunque estos últimos no tienen el deber de convivencia si ostentan la titularidad de todas las atribuciones personales de la patria potestad, debiendo dirigir, vigilar y controlar en todo caso, el cuidado material del sometido a tutela.

7.- Nexos causales entre el incumplimiento de deberes y la privación de asistencia. La inasistencia material o moral debe de ser consecuencia directa del incumplimiento voluntario o forzoso de los deberes tutelivos. Así cuando padezca una enfermedad grave física o mental que obstaculice el efectivo ejercicio de asistencia tuteliva. En algunas hipótesis se tratará de situaciones de incapacidad del menor que habrá de declararse judicialmente bajo el remedio de la patria potestad, prorrogada en la mayor edad o de la tutela y en otros, los casos de intensidad de las deficiencias del menor demandará medidas asistenciales de apoyo de orden jurídico administrativo. Las conductas inadaptadas, rebeldes o delincuenciales del menor pueden constituirse de hecho también en causa de imposibilidad de ejercicio de los deberes de protección.

CAPÍTULO III

EL DIVORCIO NECESARIO

*

3

3.1 Antecedentes Históricos

3.1.1 Roma

El divorcio fue admitido legalmente desde el origen de Roma, sin embargo, los antiguos romanos no disfrutaban de esta libertad que, sin duda alguna no coordinaba con la severidad de las costumbres primitivas.

Tenía lugar en diferente forma, si el matrimonio había sido celebrado *cum manus* o *sine manus*, es decir, quedando la mujer bajo la potestad del marido, en el primer caso, o libre de ella, en el segundo.

En el matrimonio *cum manus*, el divorcio consistía en un derecho de repudio por parte del marido. Según Cicerón, este tipo de divorcio fue admitido desde la Ley de las XII tablas. En esta forma el repudio era un acto unilateral y exclusivo del marido, quedando el mismo, con la única obligación de restituir la dote a la mujer. El matrimonio celebrado en forma solemne por medio de la *confarreatio*, se disolvía por la *disfarreatio* en la que se necesitaba también ciertas formalidades, como hacer una ofrenda a Júpiter, Dios tutelar del matrimonio, acompañada de expresiones verbales.

El matrimonio celebrado por *coemptio* que era la compra de la mujer, se disolvía por la *remancipatio*, otra especie de venta a semejanza de una *manumissium*, forma de salir de la esclavitud. La *remancipatio* de la mujer

casada, equivalía a la emancipación de la hija, era realmente un repudio. La mujer, era sometida casi siempre a la *manus* del marido, era como una hija bajo la autoridad paterna, reduciéndose a un derecho de repudiación, la facultad de divorciar en estas uniones que sólo el marido podía ejecutar y siendo por causas graves. Fue solamente en los matrimonio sin *manus*, donde tenían los dos esposos derechos iguales; así que, en efecto, en los dos primeros siglos apenas hubo divorcios. Pero, hacia el fin de la República, y sobre todo bajo el imperio, habiéndose relajado extraordinariamente las costumbres y siendo más rara la *manus*, podía la mujer con mayor frecuencia, provocar el divorcio.

En el matrimonio celebrado *sine manus*, el derecho de disolver el vínculo era recíproco y asumía a su vez dos formas:

“El divorcio *Bona gratia*, es decir, por la mutua voluntad de los esposos, no siendo requerida de esta manera ninguna formalidad, pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido. Por repudiación de parte, es decir, por la voluntad de uno de los esposos, aunque sea sin causa. La mujer tiene este derecho, lo mismo que el marido, excepto la mujer manumitida y casada con su patrono. Bajo Augusto, y para facilitar la prueba de la repudiación, la Ley Julia del Adulterio, exige que el que intente divorciarse notifique al otro esposo su voluntad en presencia de siete testigos, oralmente o por acta, que le era entregada por un *manumetido*.”¹¹

El divorcio *Bona gratia* también llamado *divortium comuni consesu*, el cual requería únicamente darle carácter de seriedad y notoriedad a la intención de divorciarse a través de una declaración expresa; repudio sin

¹¹ Petit, Eugene. Tratado Elemental del Derecho Romano. P. 109.

causa *repudium sine nulla causa*, por la sola voluntad de uno de los esposos y sin la intervención del magistrado o sacerdote, sin necesidad del consentimiento de la otra parte.

La Ley Julia Adulteris exigía la notificación de la voluntad mediante un acta *libellus repudii*, o por medio de palabras, bastando decir *tua res tibi habeto* o sea, ten para ti tus cosas.

En la legislación del Emperador Constantino en el año 331, quedó establecido el principio de que ni el marido ni la esposa, les era lícito disolver el matrimonio por cualquier causa y éstas fueron limitadas a tres: “en la mujer debía ser el adulterio o el maleficio y en el marido, o ser homicida, o el maleficio, o ser violador de sepulcros; por otras causas solamente probadas y demostradas las causales legales, podía procederse al libelo de repudio.”¹²

Según el Derecho Romano, había dos clases de adulterio: Era adúltera la mujer casada que tuviese comercio carnal con cualquier hombre que no fuese su marido; era adúltero el marido que se unía a una mujer casada; pero si él se unía a una mujer no casada, en este caso no había para el Derecho Romano, adulterio. Este concepto de adulterio, que se hará totalmente de la doctrina de la Iglesia, que consideró siempre adulterio a toda unión carnal del casado con cualquier persona.¹³ En el Derecho Romano, el matrimonio termina cuando cesa la *afectio* en cualquiera de los cónyuges. La influencia del cristianismo restringe el divorcio, pero no lo suprime siendo válido por pérdida del *afectio*, pero no es lícito si no concurre alguna de las causas que lo justifican.

¹² Petit, Eugene. Op. Cit. P. 109.

¹³ Clemente Pujol. El divorcio en las Iglesias Ortodoxas Orientales. El vínculo matrimonial. P. 273.

Bajo el Imperio de Justiniano, se reconocían cuatro tipos de divorcio:

- a) El mutuo consentimiento, suprimido posteriormente;
- b) A petición de un cónyuge invocando una causa legal;
- c) La voluntad unilateral y sin causa legal con sanción para el cónyuge demandante: y
- d) La *bona gratia* que se fundaba en la impotencia, la cautividad prolongada o el voto de castidad.

Las causales de divorcio eran para el hombre, las siguientes:

- a) Que la mujer hubiera encubierto algún crimen contra la seguridad del estado;
- b) Adulterio probado por la mujer;
- c) Atentado contra la vida del marido;
- d) Tratos con otros hombres contra la voluntad del marido o haberse bañado con ellos;
- e) Alejamiento de la casa marital sin voluntad del esposo;
- f) Asistencia de la mujer a espectáculos públicos sin permiso del marido.

Los causales para la mujer:

- a) La traición oculta del marido;
- b) Atentado contra la vida de la mujer;
- c) Tentativa de prostituirla;
- d) Falsa acusación de adulterio;
- e) Que el marido tuviera su amante en la propia casa conyugal o fuera de ella, en el mismo pueblo;

f) Locura.

3.1.2 Derecho Canónico

Tiene como característica la indisolubilidad del matrimonio por ser considerado un sacramento perpetuo. Al respecto al canon 1118 declara; el matrimonio válido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte.

Establece solamente ciertas formas de disolver el matrimonio no consumado entre bautizados y no bautizados. Al respecto el canon 1119 señala; El matrimonio no consumado entre bautizados o entre una parte bautizada y otra que no lo está se disuelve tanto por la disposición del derecho en virtud de la profesión religiosa solemne como por dispensa concedida por la Sede Apostólica con causa justa, a ruego de ambas partes, o de una de ellas, aunque la otra se oponga.

La segunda forma de disolver el matrimonio consiste en el llamado privilegio paulino, expresado en el canon 1120; El matrimonio legítimo entre no bautizados aunque no esté consumado, se disuelve a favor de la fe por el privilegio paulino. Este privilegio no tiene aplicación en el matrimonio que se ha celebrado con dispensa del impedimento de disparidad de cultos entre una parte bautizada y la otra que no lo está.

De acuerdo con los canones 1121, 1123, 1124 y 1126, el cónyuge convertido y bautizado puede contraer un nuevo matrimonio válido. Aparte de las dos causas señaladas se permiten la disolución del vínculo matrimonial y otorgan la libertad a los excónyuges de contraer nuevo matrimonio,

el Derecho Canónico regula el llamado divorcio de separación. Consiste el mismo en la separación de lecho, mesa y habitación con persistencia del vínculo.

Las causas para pedir la separación son varias, entre ellas el adulterio, el separarse un cónyuge de los principios católicos, llevar vida de vituperio o ignominia y la sevicia.

3.1.3 México Precolonial

También llamado Derecho Precortesiano. Los pueblos antes de la llegada de los Españoles tenían culturas y civilizaciones varias y estaban unidos entre sí por estrechas ligas étnicas o sociales que fueron causa de afinidades numerosas.

Entre los aztecas, el vínculo matrimonial era susceptible de disolución durante la vida de los cónyuges, porque se trataba de un matrimonio temporal, cuya subsistencia estaba sujeta a la voluntad del hombre, ya que había causas que ameritaban la disolución.

El divorcio requería para su validez y para que produjera efectos de rompimiento del vínculo, que la autoridad judicial lo autorizara y que él pidiera la autorización y se separara efectivamente de su cónyuge. Las causas del divorcio eran variadas. El marido podía exigirlo en caso de que la mujer pendenciera, impaciente, descuidada o perezosa, sufriera una larga enfermedad o fuera estéril.

Realizada la separación los hijos quedaban con el padre y las hijas con la madre. El cónyuge culpable era castigado con la pérdida de la mitad de sus bienes y ambos divorciados podían contraer nuevo matrimonio, salvo entre ellos mismos.

El divorcio no era frecuente ni bien visto en los aztecas. Los jueces resistían otorgarlo y solamente después de reiteradas gestiones lo autorizaban al peticionario.

Entre los indígenas de Texcoco:

Cuando se ofrecía algún pleito de divorcio, que eran culpado, y les decían que mirasen con cuanto acuerdo se habían casado y que no echasen a vergüenza y deshonor a sus padres y parientes que habiendo entendido en los casar y que serían muy notados del pueblo, porque sabían que eran casados y les decían otras cosas y razones, todo a efecto de los conformar.¹⁴(sic)

Entre los Tepehuanes "Se extendían en Durango, Jalisco, Sinaloa, Chihuahua y Coahuila. Conocían el matrimonio y el repudio por causa de la infidelidad de la mujer."¹⁵

Entre los Mayas:

¹⁴ Pormar y Zurita. Relación de Texcoco y la Nueva España. P. 101

¹⁵ Balleasca y Cia. Sucesores y Editores. México a través de los siglos, Tomo II, P. 152.

Parece que la poligamia existía pero en la clase guerrera: Los mayas casaban con una sola mujer a los veinte años de edad, y los padres buscaban esposas a sus hijos. La infidelidad de la mujer era causa de repudio si a tiempo del repudio los hijos eran pequeños llevaba la mujer; si eran grandes las hembras pertenecían a la esposa y los varones al esposo. La mujer repudiada podía unirse con otro hombre y aun volver con el primero; había la mayor facilidad para tomarse o dejarse.¹⁶

En relación a los jueces y procedimientos, encontramos lo siguiente:

Las quejas del matrimonio se presentaba al gran sacerdote, *Petamuti*. Las tres primeras veces los amonestaba reprendiendo al culpable; a la cuarta decretaba el divorcio: si la culpable era la esposa, seguía sin embargo, viviendo en la casa marital; a no ser en el caso de adulterio en que entregada al *Petamuti* la mandaba matar. Si la culpa era del varón, recogían a la mujer sus parientes y la casaban con otro. No se permitía un segundo divorcio.¹⁷

"Habían tres señores principales en la Nueva España, a los cuales estaban sujetas las más principales provincias y pueblos de toda aquella tierra, que eran señores de México, el de Texcoco y el de Tacuba."¹⁸

Al haber observado que los indios dejaban a sus mujeres con facilidad e investigando él por que de tanto repudio, se pudo saber que lo habían usado sólo después de que habían sido sujetos a los españoles.

¹⁶ Idem. Tomo IV, P. 152.

¹⁷ Idem. Tomo IV, P. 18.

¹⁸ Idem. Tomo V. P. 56.

Y perdido el temor cobraron atrevimiento para alargarse y extenderse a su voluntad en lo que antes pocas veces se les permitía. Con el tiempo de su infidelidad usaron el repudio, fue según pareció por vía de sentencia de los jueces que terminaban los demás pleitos. Llegadas ambas partes ante los jueces en su sala, oían primero al querellante, y hecha su plática y dicha queja, preguntaba luego al otro si era ello verdad y si pasaba así como delante de ellos se había propuesto una queja.(sic)

3.1.3.1 México Colonial

El Derecho Colonial en la rama que nos ocupa y en toda materia de derecho privado, rigió la legislación española, siendo muy parecido al divorcio vincular en el pasado. Es hasta la Ley de julio de 1981, con excepción de un breve periodo durante la República de 1932 a 1939 que España había establecido esta forma de divorcio. En el México colonial en materia de divorcio rigió el derecho canónico, mismo que imperaba en la España peninsular. El único divorcio admitido por esta legislación que ya fue mencionado fue el llamado divorcio separación, que no otorga libertad para contraer un nuevo matrimonio mientras vive el otro cónyuge.

3.1.3.2 México Independiente

En la Ley de Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859, se estableció el divorcio como temporal, "y en ningún caso deja hábiles a las personas para contraer nuevo matrimonio, mientras viva alguno de los divorciados."¹⁹

¹⁹ De Mendieta, Fray Jerónimo. Historia Eclesiástica Indiana. Ed. Salvador Chávez Hayhoe. México.

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no aceptaron el divorcio vincular, reglamentado en cambio sólo el divorcio por separación de cuerpos.

Entre ambos Códigos solo existe una diferencia de grados es decir el de 1870, estatúa mayores requisitos, audiencias y plazos para que el juez decretara el divorcio por separación de cuerpos, los que redujo considerablemente el Código de 1884. Algunas de las causales se repiten en el actual Código de 1928.

En el Código de 1870 se parte de la noción de que el matrimonio es una unión indisoluble, por lo que se rechaza el divorcio vincular. Se señalan siete causas de divorcio, es decir de separación de cuerpos, cuatro de las cuales constituyen delitos.

El artículo 239 prevenía que el divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo alguna de las obligaciones civiles, que se expresan en los artículos relativos a este Código.

En el artículo 240 expresaba; Son causas legítimas de divorcio:

1. El adulterio de uno de los cónyuges;
2. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el marido lo haya hecho indirectamente, con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer, o cuando el marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.

3. La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea incontinencia carnal;
4. El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o la convivencia en su corrupción;
5. El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años;
6. La sevicia del marido con su mujer o con la de ésta con aquél; y
7. La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

Código de 1884: En este Código el artículo 226 señala como único divorcio el de la separación de cuerpos, por lo tanto subsistía el vínculo matrimonial, suspendiéndose algunas obligaciones civiles que imponía el matrimonio. Como causas, a las contenidas en el Código Civil de 1870, se agregaban: El que la mujer diera a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes del contrato de matrimonio y que judicialmente se declarara ilegítimo; el hecho de negarse a ministrar los alimentos conforme a la Ley; los vicios incorregibles de juego, embriaguez, enfermedad crónica e incurable que fuera contagiosa y hereditaria, anterior al matrimonio la infracción de las capitulaciones matrimoniales; y el mutuo consentimiento.

Leyes Divorcistas de Venustiano Carranza: Para tratar de complacer a dos de sus ministros: Palavicini y Cabrera que planeaban divorciarse de sus respectivas esposas, Venustiano Carranza, que a la sazón era sólo jefe de una de las facciones en plena guerra civil, expidió sorpresivamente dos

decretos: uno del 29 de diciembre de 1914 y el otro del 29 de enero de 1915, por lo que introdujo en México el divorcio vincular y suprimió el contrato de matrimonio civil.

En el decreto del 29 de diciembre de 1914, en la exposición de motivos se decía que si el objeto esencial de matrimonio es la procreación de la especie, la educación de los hijos y la mutua ayuda, los contrayentes no siempre alcanzaban los fines por los cuales se contrajo.

El artículo 1º, se reforma la fracción IX del artículo 23 de la Ley del 14 de diciembre de 1874 (que señala al matrimonio como indisoluble), reglamentaria de las adiciones y de las reformas de la Constitución Federal, decretada el 25 de diciembre de 1873, en los siguientes términos:

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

El artículo 2, entre tanto se establece el orden constitucional de la República, los gobernadores de los Estados, quedan autorizados para hacer en los respectivos Códigos Civiles, las modificaciones necesarias a fin de que esta Ley pueda tener aplicación.

Ley sobre Relaciones Familiares: a partir de esta Ley, expedida en 1917 por Venustiano Carranza, se logra el paso definitivo en materia de

divorcio, al establecer que el matrimonio es un vínculo disoluble y permite por lo tanto, a los divorciados celebrar nuevas nupcias. En el artículo 75 de la Ley Sobre Relaciones Familiares establecía que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Se conserva el divorcio por separación de cuerpos, que se relegó a segundo término, quedando como excepción relativa la causal señalada en la fracción IV del artículo 76 que se refería a enfermedades crónicas e incurables, contagiosas y hereditarias, dejando a la voluntad del cónyuge sano, pedir el divorcio vincular o la simple separación de lecho y habitación.

El artículo 102 prevenía que los cónyuges recobraran su entera capacidad de contraer matrimonio salvo lo dispuesto por el artículo 140 y cuando el divorcio se haya decretado por causa de adulterio, pues en este caso el cónyuge culpable no podía contraer matrimonio, sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio. El artículo 140 prevenía que la mujer no podía contraer matrimonio, sino hasta pasados trescientos días de la disolución del primero. En casos de nulidad o de Divorcio, puede contarse ese tiempo desde que se interrumpe el acto de cohabitación.

3.2 Patria Potestad

3.2.1 Roma

En Roma las consecuencias de la patria potestad son las siguientes:

- a) No se modifica a medida de este desarrollo las facultades de los que están sometidos, ni por edad ni por el matrimonio se les puede liberar.

- b) Sólo pertenece al jefe de familia, aunque no siempre es el padre el que la ejerce; mientras esté sometido, su autoridad se borra delante de la del abuelo paterno.
- c) La madre no puede tener nunca la potestad paternal.

La legitimación es una manera de hacer legítimo lo que antes no lo era, y más concretamente, a hacer legítimos a los hijos nacidos fuera del matrimonio.

En la adopción plena el derecho transferible a los padres de los adoptantes, esto es como si fueran los abuelos.

3.2.2 España

En Castilla se impone, a través de las Partidas, la doctrina romanista. La patria potestad no se acaba porque el hijo llegue a la mayoría de edad. Pero este estado de sumisión se suaviza con la ampliación, en la práctica de la doctrina de los peculios y con la admisión de la emancipación por matrimonio (expresamente se admite en la Ley 47 Toro).

En el siglo XIX, la patria potestad, va a sufrir importantes cambios:

- a) La Ley del matrimonio civil del 17 de junio de 1870 parte del carácter funcional de la patria potestad y tiene un fin eminentemente moral; en la educación del hijo. Entre otras modificaciones están las siguientes:
 - 1) La madre también es llamada a la patria potestad. Si bien sólo en defecto del padre.

- 2) La patria potestad termina con la mayor edad del hijo. Desde que el hijo adquiere la plenitud de sus facultades, la protección paterna o lo que es lo mismo, la patria potestad carece razón de ser.

En el Código Civil del Distrito Federal se regula la patria potestad con las siguientes características:

1. Persiste la preferencia del varón, la madre solo es llamada a la patria potestad, en defecto del padre.
 2. Persisten restos del carácter absoluto de la patria potestad romana. El padre puede imponer a su hijo, como castigo, hasta un mes de detención en un establecimiento correccional, en lo patrimonial el padre tiene en principio, el usufructo de los bienes que adquiera el hijo, por ejemplo la herencia de su madre.
- b) La Ley del 13 de mayo de 1981.

Se acentúa con la Ley de 1981, el carácter funcional de la patria potestad. Se ejercerá siempre en beneficio de los hijos y respetando su responsabilidad. Las posibles correcciones a los hijos han de ser razonables y moderadas. Se suprime el derecho de usufructo sobre los bienes de los hijos; aumentan los supuestos de intervención judicial.

La patria potestad termina como antes de la reforma de 1981, con mayor edad o la emancipación. Pero se hace excepción con los incapacitados. La figura de la patria prorrogada introducida por la ley de 1981 es una de las grandes novedades de esta reforma.

3.2.3 México

En el Código Civil de 1870 para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, encontramos el primer antecedente de la patria potestad en nuestro país donde se limita a su ejercicio por el padre, a falta de éste, a la madre, el abuelo paterno, etc., situación que nos permite ver con más claridad la poca significación de la mujer. Hasta en el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928 como en la adopción, donde se establece en el artículo 397, fracción primera que el que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar. Cuando se trata de la patria potestad se encuentran en los artículos 415, 416, 417, 418 y 419 que reglamentaron la manera de ejercer la autoridad paternal sobre un hijo reconocido, habido fuera del matrimonio, igualmente quien debe ejercer la potestad cuando mueran los padres, asimismo sobre el hijo adoptivo.

También se reformó el artículo 438, que dice: El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, se extingue:

- I. Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos
- II. Por la pérdida de la patria potestad.
- III. Por renuncia.

En la Ley de Guatemala y en la Ley de Relaciones Familiares de Don Venustiano Carranza de 1917, realizó aportaciones importantes como la consignada en el artículo 442 al asentar: las personas que ejerzan la patria potestad deban entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen en relación con la patria potestad.

En el artículo 443, expresa; la patria potestad se acaba:

- a. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga
- b. Con la emancipación derivada del matrimonio
- c. Por la mayor edad del hijo

En el Código del Menor para el Estado de Guerrero de 1956 establece en el artículo 44:

En los conflictos sobre el ejercicio de la patria potestad, así como en las gestiones relativas a la pérdida, suspensión o establecimiento de modalidades para su ejercicio, se observarán las siguientes disposiciones:

- I. Se resolverá de plano y provisionalmente, respecto de la guarda y alimentos del menor. Contra la resolución que se dicte procederá la apelación en el efecto devolutivo.
- II. La sentencia definitiva se pronunciará en juicio sumario con audiencia del Ministerio Público y de los padres que ejercieren la patria potestad del menor.

3.3 Guarda y Custodia

3.3.1 España

En el Decreto 121/88 del 23 de noviembre, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor (Boletín Oficial Comunidad de Madrid 16-12-88).

Donde se encuentran los puntos básicos para ejercer el derecho de guarda entre los cuales se encuentran los siguientes:

Principales puntos del Capítulo IV en el procedimiento para Constitución de la guarda:

1. Podrá solicitarse directamente la Comisión de Tutela del Menor, la guarda temporal de un menor por quienes ostentan potestad para él, justificando no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves. Dicha solicitud podrá ser realizada también a través de los servicios sociales del municipio en que resida la familia (artículo 16).
2. Formulada la solicitud ante la comisión de tutela del menor se iniciará un expediente, deberán acreditarse las circunstancias que concurren, debiendo ser oído el menor mayor de doce años (artículo 17).
3. Realizada la solicitud ante los servicios sociales municipales, se instruirá el expediente del menor, remitiéndolo con un informe de propuesta a la comisión (artículo 18).

Acordada judicialmente la guarda de un menor, se adoptarán de inmediato, por el presidente de la comisión, cuantas medidas sean necesarias para la adecuada atención de aquél, dando cuenta del acuerdo en la próxima sesión de la comisión (artículo 19).

Principales puntos del Capítulo V ejercicio de la guarda:

1. Durante el tiempo que ostente la guarda del menor, la comisión de tutela del menor acordará: acogimiento del menor o atención en un centro residencial.
2. La guarda de los menores se ejercerá bajo la vigilancia de la comisión de tutela del menor, por el director de la casa o establecimiento en que el menor sea internado o por las personas que lo reciban en acogimiento, quienes facilitarán a la comisión, la información que les sea solicitada.
3. La guarda del menor cesará: A petición de los titulares de la patria potestad o tutela, por el cumplimiento del plazo fijado en el acuerdo de constitución de la guarda, o por decisión judicial.

3.3.2 México

Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928:

En el artículo 380 expresa cuando el padre y la madre que no vivan 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. En el artículo 381 señala, en caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero lo hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres y siempre que el juez de lo familiar no lo creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público.

CAPÍTULO IV

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

4.1 Derecho Comparado

4.1.1 España

Recogida de 500,000 firmas por la custodia compartida. Por la vía de la iniciativa popular, y en base a su inconstitucionalidad, se propone la modificación en el parlamento español de las siguientes leyes:

Artículos 90, 94 y 103 del Código Civil y Art. 1881, 1883 y 1888 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que hacen referencia a la atribución de los hijos a uno sólo de los padres, mientras que al otro se le concede un régimen de visitas.

Conforme al artículo 1031: El juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges adoptará como medidas; determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones aprobadas, y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Artículo 1881 dispone lo siguiente: La mujer casada que se proponga interponer demanda de nulidad o separación matrimonial, podrá solicitar del juez de Primera Instancia de su domicilio que se le faculte para separarse provisionalmente con su cónyuge. Ratificada la mujer en su instancia, el juez

concederá la separación provisional y colocará en poder de aquella los hijos del matrimonio menores de siete años.

Esto vulnera los siguientes artículos de la Constitución:

a) El artículo 14, que manifiesta que: Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, opinión. En efecto, deja de haber igualdad entre ambos sexos de una expareja si a uno de ellos se le privilegia con la potestad de pedir la separación y con la adjudicación de la guarda de los hijos, mientras que al otro se le reduce al papel de visitante, denigrándolo con un cruel régimen de visitas, con repercusiones negativas hacia ambos padres y especialmente hacia los hijos, que ven menguada excesivamente la figura de uno de sus progenitores.

b) El artículo 39, cuyos cuatro apartados hacen referencia a la protección

c) de la familia y la infancia. Es irrealizable la protección integral de los hijos o la asistencia de ambos padres a sus hijos que marca este artículo de la Constitución cuando el juez coloca en poder de la madre, los hijos del matrimonio menores de siete años y desnivela de forma absoluta el papel de los dos progenitores respecto de ellos.

En la situación actual, y de forma general salvo honrosas excepciones, al padre, por ser un visitante al que se le otorga la obligación de hacerse cargo de los gastos de sus hijos sin apenas verlos, prácticamente se le imposibilita el acceso a la educación y el cuidado de ellos que redundaría en su desarrollo armonioso.

Además, se incumple el precepto constitucional de respetar los acuerdos internacionales sobre la materia, entre ellos la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Derechos del Niño.

Por citar dos artículos internacionales vulnerados por las razones mencionadas, el artículo 18 de la Convención de la ONU de 1989 establece que: Se pondrá el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y al desarrollo del niño. El Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño establece que: siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres.

d) El artículo 9, que dice: Corresponde a los poderes públicos... remover los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud del individuo y facilitar su participación en la vida política, económica, cultural y social.

Respecto a esto son violados los apartados.

4 b) y c) del artículo 6 de la Declaración de la ONU sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que dicen: La mujer tendrá los mismos derechos que el hombre durante el matrimonio y a la disolución del mismo. El padre y la madre tendrán iguales derechos y deberes en lo tocante a los hijos. La asignación a la mujer de la guarda y custodia de los hijos, en una clara actitud sexista, supone para ella una grave discriminación por lo que ello conlleva de mayores y más pesadas cargas, que le dificultan el libre e igualitario acceso a la vida social y laboral.

En lo referente a los Tratados Internacionales, el artículo 10 de la Constitución.

Todos estos artículos de la Constitución son flagrantemente vulnerados por los artículos mencionados del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por la actitud judicial en general.

Por todo ello, y para hacer respetar la Carta Magna y salvaguardar el derecho de los hijos a no ser apartados de ninguno de sus padres, y así evitar efectos nocivos sobre unos y otros, es por lo que los artículos del Código Civil se deben modificar atendiendo al pleno compartir de ambos padres en todo lo relacionado con los hijos y en cualquier situación, salvo circunstancias muy excepcionales que supongan un grave peligro demostrado para los hijos.

De ser así, el juez podría desnivelar la comunicación con alguno de los padres o apartarlo temporalmente de él. Las leyes regularán todo lo concerniente a este pleno derecho de compartir.

El artículo 1881 de la Ley de Enjuiciamiento Civil quedaría:

El cónyuge que se proponga interponer demanda de nulidad o separación matrimonial, podrá solicitar del juez de Primera Instancia de su domicilio, que se le faculte para separarse provisionalmente de su cónyuge. Ratificado el cónyuge que pide la separación en su instancia, el juez concederá la separación provisional y determinará con arreglo a las leyes, el derecho de compartir de manera plena de ambos padres, respecto de sus hijos.

El 1883 se anularía y el 1888 se modificaría así:

El juez fijará el derecho de compartir de manera plena de ambos padres respecto de sus hijos y en casos excepcionales podrá encomendarlos a otra persona o a una institución adecuada.

4.1.1.1 Custodia Compartida

Por la vía de la iniciativa popular, se propone la Modificación de la Ley del Divorcio en el Parlamento Español.

1. Debe existir igualdad de seños ante los tribunales, como dicta la Constitución.
2. Los hijos necesitan de ambos padres para la educación y crianza, aún cuando estos rompan sus relaciones matrimoniales.
3. Los hijos no deben ser las víctimas de una separación, lo cual sucede si son separados de uno de sus padres y de su entorno familiar.

4.1.1.2 Propuesta de Hombres Separados en España

La custodia compartida es la gran reivindicación de las Asociaciones de Hombres Separados. Estos hombres luchan porque se les considere con los mismos derechos que a sus exesposas a la hora de cuidar a sus hijos. Es un tema muy conflictivo.

El origen del problema puede situarse en las décadas de los 70 y 80, cuando se promulgaron la gran mayoría de las leyes de separación y divorcio que están, hoy día, vigentes.

En aquel momento, una de las prioridades fue salvaguardar la situación de las mujeres tras el divorcio. Ello condujo a promulgar leyes que, en su mayoría, llevaban implícita una discriminación positiva hacia las mujeres, garantizándoles, salvo casos excepcionales, la custodia de los hijos y la estabilidad económica.

Con el tiempo, la sociedad ha ido cambiando. Las mujeres ya no son las mismas que hace treinta años y los hombres tampoco. Sin embargo, las leyes no han cambiado salvo casos excepcionales, como el ejemplo de Francia, con su nueva iniciativa de ley de custodia compartida y esto está creando reacciones en el seno de la sociedad.

Una de las caras más negativas de estas reacciones sociales, es que esta situación está dando pie y argumentos para el desarrollo de, un cada vez más pujante, movimiento de hombres que agrupándose y atrincherándose tras esta situación de desventaja del hombre frente a la mujer en las situaciones de divorcio y separación con respecto a la guardia y custodia de los hijos, están adoptando posiciones globales de contra reforma ante los avances de la mujer, fomentándose una nueva misoginia argumentada en la discriminación legal.

Esto no es bueno para nadie. Desde luego, no es bueno para las mujeres y tampoco lo es para los hombres, ya que la articulación de estos movimientos puede arrastrar tras de sí a una parte de los varones, aquellos que andan más desorientados ante los cambios que se están produciendo en las antiguas estructuras patriarcales hacia unas nuevas más igualitarias. Por otro lado, tampoco el movimiento feminista tiene una única voz ante este problema.

Una parte del mismo ve la custodia compartida como una liberación con respecto a las antiguas trabas patriarcales, mientras que otra parte, lucha por mantener las relaciones privilegiadas con sus hijos como un derecho innato e innegable, poniéndolos en el paquete del avance de los derechos de la mujer. En definitiva, algunas mujeres dicen que hay que ir desprendiéndose de esa situación y otras la reivindican como una conquista.

Los hombres del movimiento masculinista opinan, por supuesto, tenemos cosas que decir al respecto. Lo primero es dejar muy claro que no formamos parte del movimiento de hombres separados, del que nos distinguen aspectos básicos y fundamentales; nada tienen que ver los motivos de unos y otros, en nada nos parecemos, ni en reivindicaciones, ni objetivos.

Nosotros luchamos por la igualdad, partimos de que la mujer sufre una situación de injusticia por el mero hecho de serlo, declaramos feministas y creemos que el hombre ha de liberarse, sí, pero a través de procesos de revolución internos entre los que se encuentran el claro reconocimiento de su situación de privilegio y una renuncia expresa a ejercer el poder que la sociedad patriarcal le ha otorgado sobre las mujeres a través de la historia.

Dicho esto, cabe decir que, en nuestra opinión, lo correcto es ir avanzando, aunque con precaución, hacia una situación de custodia compartida, que nos parece más equitativa y justa.

Por supuesto esto hay que hacerlo, como ya hemos indicado, con todas las precauciones del mundo y analizando caso por caso. Muchos hombres, lamentablemente y para nuestra vergüenza como género, ni están preparados ni desean las cargas y responsabilidades que significa la custodia

compartida. Esto es un hecho, pero también es verdad que, cada vez son más los hombres que no se encuentran en esa situación y que, por el contrario, desean fervientemente mantener unos lazos estrechos y de responsabilidad en la crianza y desarrollo de sus hijos e hijas y que están dispuestos a hacer los sacrificios y cambios en su vida que sean necesarios para poder adoptar el papel de co-cuidadores.

Por último, decir que desde el punto científico, nada hay que haga indicar que se puedan producir todos esos males con los que algunos/as pretenden asustarnos. Los hijos/as no tienen por qué sentirse desorientados ni desubicados por el hecho de que sus padres compartan responsabilidades y tiempo en su cuidado, los hijos/as tienen la capacidad para adaptarse adecuadamente a las nuevas situaciones, siempre y cuando, el cambio se realice con cuidado y mucho cariño.

4.1.2 Reforma del Derecho de Familia en Francia

Propuesta del Gobierno francés; cuyo aspecto más espectacular es la previsión legal de la custodia compartida y la convivencia de los hijos separados con ambos padres (alternancia semanal en defecto de un mejor acuerdo entre los padres).

Al margen de sus efectos finales en las leyes y en la práctica judicial, esta iniciativa tiene un valor innegable: por primera vez, un gobierno europeo reconoce abiertamente que ese régimen de alternancia en la convivencia es el más conveniente para el desarrollo del niño. Ségolene Royal, Ministra Delegada de la Familia y la Infancia del Gobierno francés, presentó el 27 de febrero del 2001 un Proyecto de Reforma que, cuando se lleve a efecto, se

plasmará en la instauración legal de la custodia compartida de los hijos de separados. La iniciativa, titulada la reforma de la autoridad paterna; los nuevos derechos de las familias, se enmarca en la Reforma del Derecho de la Familia emprendida por el Gabinete del socialista Lionel Jospin, que asimismo, moderniza otros aspectos como la transmisión del apellido, los derechos sucesorios de viudos y viudas o el estatuto de los hijos del adulterio.

Cada hijo tiene el derecho a ser educado por su padre y por su madre, con independencia de la situación familiar. Hay que reafirmar el papel del padre cuando está marginado por el divorcio, ha indicado la ministra. A su juicio, la fórmula de compartir el tiempo del hijo entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de una semana de cada dos, es la que mejor puede responder a las necesidades del niño. En la propuesta se suprime el derecho de visita por entender que padre y madre tienen el derecho y el deber de mantener relaciones personales con el niño.

La iniciativa constituye, sin duda, un paso de gigante en medio de los obsoletos regímenes de divorcio occidentales. La asociación francesa SOS PAPA, por ejemplo, lamenta que no se hayan previsto aspectos como los secuestros o huidas con los niños antes de emprenderse cualquier acción judicial; que no se imponga a las partes una seria obligación de negociación, conciliación o mediación, ni se distinga entre el progenitor positivo y el progenitor negativo que obstaculiza toda conciliación; o que se siga reconociendo a los magistrados un poder único e incontrolado que, en muchos casos, podría ejercerse de forma personal y discriminatoria.

4.1.2.1 Reforma de la Autoridad Parental

Refundir, renovar y sostener la autoridad de los padres.

Su objetivo es ultimar con la Ministra de Justicia, Marylise Lechanchu, el proyecto de reforma legislativa del derecho de familia y preparar medidas reglamentarias prácticas para la próxima conferencia de la familia en junio próximo.

Los cuatro principios:

1. Afirmar el fundamento de la noción de autoridad otorgándole todo su sentido.
2. Ejercer en común la autoridad paternal, en condiciones igualitarias entre el padre y la madre (co-paternalidad) y, consecuentemente, consolidar la función de los padres y la función paterna.
3. Definir un derecho común a todos los niños, con independencia de que sus padres vivan juntos o estén divorciados, y sean o no casados, a fin de estabilizar la filiación.

Presentación del anteproyecto de ley sobre el derecho de familia, conjuntamente con la Ministra de Justicia.

Las propuestas siguientes serán tomadas en cuenta para la próxima conferencia.

1. Igualar la responsabilidad paterna entre el padre y la madre y, por tanto, consolidar la función paterna y revalorizar el papel de los padres.
2. Un adolescente de cada cuatro vive con uno solo de sus padres y, la mayor parte de ellos, no tiene contacto educativo con el padre.
3. Una pensión alimenticia de cada cinco queda sin pagar, y el sentimiento de marginación del padre tiene mucho que ver con ese hecho. Mejorando un aspecto, se mejorará el otro.

Debe darse prioridad a los acuerdos amistosos entre el padre, la madre sobre todo en lo que respecta a la organización de la custodia y a la función de terceros.

En cuanto a la reforma del derecho de familia (anteproyecto de ley):

- a) Armonizar las reglas aplicables a todos los padres, y suprimir la condición de comunidad de vida para que los padres no casados, puedan ejercer la autoridad paterna.
- b) Introducir en el Código Civil, la posibilidad de la custodia alterna de los niños en caso de divorcio.
- c) Facilitar el acceso de las parejas al juez de familia para homologar los acuerdos que ambos miembros de la pareja establezcan entre ellos, con independencia de que estén o no casados.

Medidas concretas de co-paternidad:

- a) Crear un libro de paternidad, en el momento en que la madre recibe su documento de maternidad.
- b) Estudiar la posibilidad de establecer un permiso de paternidad, ya que estudios suecos han demostrado la presencia de vínculos más fuertes en los padres que se han ocupado del bebé (tres días, bonificación/35 horas, elaboración de un nuevo dispositivo).
- c) Desarrollar la mediación familiar para evitar conflictos al niño.
- d) Ayudar a los padres antes del nacimiento y durante el primer año: prevenir las separaciones debidas a la llegada del niño.
- e) Igualdad de ambos padres respecto de la escolaridad de sus hijos: ficha informativa con ambas direcciones, boletines de notas, procedimientos disciplinarios, orientación, derecho de voto.
- f) Doble libro de familia, para que el padre divorciado que no tenga la custodia, no se vea privado de toda documentación relativa a su hijo.
- g) Derecho de reembolso de ambos padres en la seguridad social.
- h) Ampliar el libro de familia numerosa a las familias recompuestas con más de dos niños.
- i) Proponer un parámetro indicativo para la fijación de las pensiones alimenticias.

Co-paternidad e igualdad hombre-mujer.

Situación actual:

El ejercicio de la función paternal no puede considerarse con independencia de las cuestiones de igualdad, igualdad social e igualdad entre los sexos. Promover una co-paternidad es permitir a los padres y a las madres, el establecimiento de un equilibrio entre la vida profesional, la vida familiar y la vida social.

La consideración de la vida familiar en la organización del tiempo profesional debe afectar tanto a los hombres como a las mujeres.

Por motivos culturales, la paternidad sigue estando poco amparada en la vida profesional: las encuestas demuestran que el 20% de los hombres, sobre todo los padres jóvenes, desearían ejercer más sus responsabilidades familiares en comparación con sus responsabilidades profesionales.

Propuestas:

1. Crear un verdadero permiso para el padre cuando nace un niño.
2. Modificar el dispositivo de permisos de ambos padres, a fin de que puedan repartirse mejor.
3. Lanzar una campaña de comunicación y de sensibilización multimedia que destaque la igualdad padre-madre en la esfera familiar y doméstica y

en el cuidado diario de los niños. El día del padre podría, por ejemplo, servir de punto de partida para una campaña de envergadura.

4.1.2.2 La custodia Alternativa

Tras haber sido desprestigiada en nombre del interés del niño, la fórmula del reparto del tiempo del niño entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de semanas alternas, se reconoce hoy tan válida para responder a las necesidades del niño como las fórmulas más clásicas del reparto del tiempo entre días laborables y fines de semana.

A partir de la Ley de 1993, el juez fija la residencia habitual del niño, si no existe acuerdo entre los padres. Ambos padres conservan el ejercicio de la patria potestad, es decir, cada uno de ellos conserva el derecho y el deber de custodia que es uno de los atributos de la patria potestad.

Propuestas:

La palabra custodia define a la vez el derecho y el deber de un padre de mantener al hijo en su hogar familiar, así como el derecho y el deber de ese padre de atender las necesidades de su hijo y prodigarle los cuidados que necesite cada día.

La separación conlleva necesariamente una alternancia de la custodia, ya que el niño debe repartir su tiempo entre ambos padres, con independencia del modo de alternancia establecido, por otra parte, los padres no separados que se reparten sus responsabilidades como padres, ¿No practican también una forma de alternancia respecto del niño?

En ese sentido, no se puede ya hablar de un padre custodio y un padre no custodio: cuando se fija una residencia habitual en el domicilio de uno de ellos, éste es el padre que aloja a título principal al niño, modalidad de repartición del tiempo del niño que no tiene ningún efecto jurídico. "Francia equipara los derechos y deberes, de padres y madres".²⁰

La Asamblea Nacional Francesa (Cámara de Diputados) aprobó el proyecto de ley que equipara los derechos y deberes de padres y madres. El texto, propuesto por los socialistas, fue aceptado por unanimidad. La ley establece la igualdad de derechos de hombres y mujeres en cuanto a la guarda y custodia de los hijos tras la separación de la pareja. La custodia recaía hasta ahora en la madre.

Por otra parte, el texto otorga una autoridad compartida por ambos padres en cuanto a la educación de los hijos, sea cual sea la situación de la pareja. La ley favorece que los niños vivan alternamente en casa de cada uno de los padres. Además, la Asamblea Nacional aprobó dos medidas que provenían del Senado sobre prostitución infantil.

Asimismo, se ha adoptado una disposición sobre menores extranjeros que llegan a territorio francés. La ley fija que un administrador nombrado ex profeso se haga cargo de ellos y los asista legalmente mientras están retenidos en las salas de espera de aeropuertos, estaciones de ferrocarril o fronteras terrestres y marítimas.

²⁰ El País, 13 de Diciembre del 2001.

La nueva Ley sobre la autoridad paterna, que equipara los derechos y deberes de ambos progenitores en los casos de separación y divorcio, entró en vigor el 5 de marzo del 2002.

4.1.2.3 Sentencia

Si se considerara una barrera infranqueable lo dispuesto en el Art. 264 inciso 2 del Código Civil para otorgar la tenencia compartida a ambos padres, bastaría recordar la pirámide de jerarquía en cuanto a las normas por H. Kelsen.

La Constitución Nacional Francesa ha consagrado en la cúspide de la pirámide, los convenios y tratados internacionales al considerarlos complementarios de las disposiciones de la ley fundamental (artículo 75 inciso 22). Los señores magistrados deben operar considerando modificadas o derogadas las disposiciones que vulneren, desconozcan, restrinjan o contradigan los derechos de la infancia, sin necesidad de que tales disposiciones infraconstitucionales sean expresamente abrogadas o reformadas"...(fallo dictado por la Sala "J" de la Excm. Cámara Civil de la Capital Federal, con fecha 24/XI/1998).

Este severo y meduloso fallo que por su extensión e importancia de los fundamentos que allí se desarrollan, recomendamos consultar en su integridad en la Pro-secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil bajo la voz Patria potestad / tenencia compartida merece ser tenido en cuenta en cuanto a sus conclusiones y a los argumentos que desarrolla, con relación a la realidad de la familia hoy.

El fundamental interés del fallo consiste en reivindicar la misión y rol de los padres, el valor de su opinión conjunta para velar acerca del bien del hijo y el señalamiento del camino jurisprudencial para la resolución de las cuestiones vinculadas con el derecho de patria potestad y su ejercicio cuando el ordenamiento nacional no se adecua a la contemplación del superior interés del niño.

En el caso planteado, dos padres que se divorcian conforme a los artículos 225 y 236 del Código Civil convienen para sus hijos la tenencia y guarda compartida, por considerarse ambos con idoneidad para velar por la protección y formación integral de sus hijos.

Manifiestan ambos padres que ese régimen se ha probado exitosamente desde la separación de hecho e invocan, en sustento del mismo, las disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ofreciendo el informe del Asistente Social designada por el propio Juzgado y el del instituto escolar al que acuden los niños acerca del bienestar de estos según el régimen propuesto de convivencia con ambas partes. Reiteran idéntico pedido en la segunda audiencia del divorcio.

La Sra. Jueza de Primera Instancia resuelve dictando el divorcio, pero rechazando lo convenido respecto de la tenencia y guarda de los hijos, en razón de contraponerse con lo dispuesto por el artículo 264 inciso 2 del C.C. que otorga la guarda de los hijos a la madre.

Resumimos a continuación, breve y libremente, las premisas expuestas por la Segunda Instancia para fundamentar revocación en la alzada de este fallo:

El artículo 264 del C.C. pone en cabeza de ambos padres la titularidad y el ejercicio de la patria potestad y ello implica un juicio de valor respecto de ambos.

La ley privilegia el vínculo padre-madre-hijo en lugar de madre-hijo o padre-hijo, sin perjuicio de las eventuales adecuaciones que haya que realizar a los casos particulares.

La interpretación de la ley debe realizarse en consecuencia con el propósito que inspiró la elaboración de la misma. La ley no prohíbe la tenencia conjunta, simplemente no la legisla. La ausencia de normas no permite olvidar que los niños necesitan siempre a ambos padres.

Solo justifica el rechazo de la propuesta de ambos padres, en cuanto a compartir responsabilidades y duplicar la atención respecto de los hijos, si tal acuerdo resultara perjudicial a éstos.

Los jueces deben operar considerando modificadas o derogadas las normas que vulneren, desconozcan, restrinjan o contradigan los derechos de la infancia, sin necesidad de que las mismas sean expresamente derogadas o reformadas.

La C.N. consagra en la cúspide de la pirámide de jerarquías de las normas jurídicas, los convenios y tratados internacionales, entre ellos, la Convención de los Derechos del Niño (y así lo ha considerado la Excm. Corte Suprema de Justicia). La Convención citada presta atención primordial al Superior Interés del Niño y esto bastaría, en el caso, para superar la barrera que ha considerado infranqueable para ambos, en lo que se refiere a

lo dispuesto por el artículo 264, inciso 2 del Código Civil, ya que del informe de la Defensora de Menores de Cámara surge que los menores de 12 y 10 años refieren estar comprendido y bien estimulados por ambos padres y no hay motivos aparentes que justifiquen la modificación de lo acordado por ellos respecto a compartir la tenencia.

Son los padres los que están en condiciones de establecer cuál es el mejor interés del hijo, cuando ambos están de acuerdo, ya que esto importa ventajas: ambos se mantienen guardadores, ambos se equiparan en cuanto a organización de su tiempo y vida personal y profesional, los hijos mantienen la convivencia con cada uno, se les presentan menos problemas de lealtades, se elimina de este modo el padre periférico. Sólo se justifica el rechazo de la propuesta de ambos padres, si tal acuerdo resultara perjudicial a éstos.

Se ha comprobado que el progenitor que no tiene la guarda se muestra menos dispuesto al contacto con sus hijos a medida que transcurre el tiempo.

Si la IX Conferencia Internacional Americana ratificada por nuestro país se expidió acerca de la igualdad de los derechos del hombre y la mujer y la no discriminación entre los sexos, preferir a la madre en contra de la voluntad de ambos padres, produce entre éstos, desbalance de poder.

La decisión de primera instancia contraria la voluntad de todos los integrantes de esta familia, que después de la sentencia, reestructuró en una mediación el régimen de convivencia, decidiendo la continuación del ejercicio compartido.

Lo resuelto no coincide con los fallos de segunda instancia, en cuanto a evitar cambios en la situación de los menores para lograr su estabilidad, cuando esta situación conviene a éstos. El proyecto de compartir responsabilidades paternas respecto del hijo excede el de elegir el lugar de residencia de éste.

Después del divorcio, los padres deben re-definir los conceptos tradicionales de la familia y sus roles, reorganizándose para el futuro. La reconocida necesidad de estabilidad del menor debe ser definida más en términos relacionales que en términos geográficos y temporales.

Hoy en día es indudable que un niño necesita continuar el contacto que tenía cuando la familia estaba intacta con ambos padres. Esto lo garantiza la permanencia de los cuidados paternos y con ellos, el mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas.

El padre es algo más que un mero rival con el que el sujeto compite por el amor de la madre. Es el representante del orden social, como tal, y sólo identificándolo con su padre, se puede lograr el ingreso del hijo al mundo del orden. Es indudable el reconocimiento que efectúa el fallo del valor de los roles femenino y masculino después de la evolución de criterios sufrida por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, que parte a principios de siglo desde el ejercicio de la patria potestad sólo en manos del padre, pasa luego a la madre en casos de separación o de divorcio.

El fallo atribuye importancia a la no discriminación entre los sexos y a la equiparación de poderes expresando que otorgar la tenencia a uno sólo de los cónyuges, cuando ambos se reconocen el uno al otro con iguales

capacidades para cuidar y ocuparse de sus hijos, es producir entre ellos un desbalance de poder.

4.1.3 Argentina

Durante el matrimonio, la tenencia de los hijos comunes es compartida. Ambos padres ejercen la guarda o custodia de los mismos.

Cuando la pareja se divorcia, el peor problema a resolver suele ser la tenencia de los hijos. Se entiende tenencia, custodia o guarda como los cuidados y protección directa que los padres desarrollan hacia sus hijos.

Implica convivencia, atención diaria y afectiva. La tenencia es física mientras que la patria potestad se refiere al conjunto de derechos y deberes que derivan del ejercicio de la paternidad.

A cualquier progenitor involucrado con sus hijos, la sola idea de separarse de ellos y convertirse en un visitante, le provoca un dolor intenso, una desesperación profunda y un desconcierto abrumador, crisis que suele conducir a situaciones de impotencia y autodestrucción personales. La ley la jurisprudencia establecen que para hijos menores, la tenencia es de la madre. Reformas de la década del 80, establecen que la patria potestad la detenta quien ejerce la tenencia, completando el desolado cuadro del padre que no convive con el menor, para el cual solo se reserva las visitas y el pago de los llamados alimentos.

Generalmente es la madre quien queda con la tenencia de los hijos, y también con todas las responsabilidades que las tareas de crianza implican.

Los alimentos en breve resultan insuficientes y la madre comienza a alienarse tratando de generar ingresos y de criar a la vez, volcando su ira contra su excónyuge, alimentando culpas con los hijos y postergando su propia vida afectiva y personal.

La tenencia compartida, para situaciones como la descrita, se presenta como una opción superadora que permite que el padre pueda seguir criando a los hijos pese al divorcio; que la madre tenga el confort psicológico de no asumir sola todas las responsabilidades de la crianza, y que los hijos no pierdan a ninguno de sus padres en su rol de criador activo.

4.1.3.1 Una Sentencia con Fundamento

Un Tribunal de Apelación Argentino se basa en la Convención sobre los Derechos del Niño para dictar sentencia a favor de la custodia compartida, pese a no estar prevista en la legislación.

La sentencia de la Dra. Zulema Wilde, Presidenta de la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires, a la que se adhieren la Dra. Brilla de Serrat y el Dr. Zaccheo, magistrados de esa Sala, adopta un enfoque innovador que ha sentado jurisprudencia en la Argentina en materia de custodia compartida.

Según esa sentencia, el hecho de que la ley no establezca la custodia compartida no debe interpretarse en el sentido de que la prohíba. En consecuencia, ante ese vacío legal, el tribunal se basa en las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, que tienen jerarquía constitucional.

La sentencia es respuesta al recurso de apelación interpuesto contra una sentencia anterior en que se había denegado la custodia compartida, solicitada de mutuo acuerdo por ambos padres. En esa sentencia en primera instancia, el tribunal había concedido la custodia (tenencia) en exclusividad a la madre, sobre la base de la legislación vigente y del dictamen del asesor de menores.

El desarrollo del proceso podría resumirse del modo siguiente:

Juicio en primera instancia:

“En el acuerdo presentado al tribunal, los padres habían puesto de relieve que tomando en cuenta fundamentalmente el interés y bienestar de nuestros hijos, asumiendo el compromiso para participar en el cuidado, protección y formación integral de los mismo convinimos en compartir la sentencia y guarda de nuestros hijos, ya que ambos nos consideramos con idoneidad para velar por la protección y formación integral de nuestros hijos. Y se añadía que ese régimen se venía aplicando desde la separación, de hecho, con resultado muy favorable para padres e hijos. Después de la audiencia celebrada con los padres y el asesor de menores, las partes ratificaron el convenio e insistieron en que es nuestra mayor preocupación preservar la estabilidad emocional de los menores, manteniendo un vínculo de los hijos con ambos padres, ratificando nuestra responsabilidad como padres, proveer a sus necesidades, participar en la formación, educación y crianza de nuestros hijos, evitando vulnerar lo menos posible la relación con los mismos. Sin embargo, en su resolución final, el tribunal de primera

instancia rechazó ese acuerdo y otorgó la guarda y custodia, exclusivamente a la madre".²¹

En respuesta al recurso interpuesto contra la resolución dictada en primera instancia, la Cámara de Apelación establece que no existe medio más bondadoso que el ejercicio de la patria potestad en forma conjunta, sin perjuicio de que en algunos supuestos sea necesaria una debida adecuación a las particularidades de cada caso.

Entre otras normas internacionales, la Dra. Wilde menciona, como fundamento para su resolución, la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que condena toda discriminación por razón de sexo; la Dra. Wilde añade que adoptar las medidas adecuadas para evitar todo tipo de discriminación para la mujer, no significa que ella tenga mejores derechos que el hombre, la base es la igualdad para ambos.

En otro pasaje de la sentencia, se recuerda que la ley no prohíbe la tenencia conjunta, sencillamente no la legisla. Pero la ausencia de normas no permite olvidar que los niños necesitan siempre a ambos padres. Los contactos continuos y significativos entre los padres disminuyen el impacto traumático del divorcio en los hijos. Y añade: Por otra parte, ¿cuál sería el interés del Estado en no aceptar una responsabilidad más amplia y dedicación duplicada? Solo en caso de que tales acuerdos resultaran perjudiciales para los hijos, se justificaría el rechazo.

Otro párrafo muy significativo de esta sentencia es el siguiente: Aunque no se coincidiera con todo el desarrollo llevado hasta aquí, es necesario

²¹ Juicio de Apelación. Sentencia dictada en Buenos Aires el 24 de noviembre de 1998.

hacer notar que si se considera una barrera infranqueable lo dispuesto en el artículo 264, inciso 2 del C.C. para otorgar la tenencia compartida a ambos padres, bastaría recordar la pirámide de jerarquía en cuanto a las normas de H. Kelsen.

Nuestra Constitución Nacional ha consagrado en la cúspide de la pirámide a los convenios y tratados internacionales al considerarlos complementarios de las disposiciones de la ley fundamental (artículo 75, inciso 22). Asimismo, la Dra. Wilde recuerda la obligatoriedad, impuesta por la Convención, de dar una consideración primordial al interés superior del niño, y de examinar incluso con atención sus opiniones.

En resumen, en esta sentencia se hace prevalecer lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño frente a los vacíos legales y las rutinas procesales, ya que, como se indica en determinados estudios jurídicos mencionados en la sentencia, los magistrados deben operar considerando modificadas o derogadas las disposiciones que vulneren, desconozcan, restrinjan o contradigan los derechos de la infancia sin necesidad de que tales disposiciones infraconstitucionales sean expresamente abrogadas o reformadas.

Principios establecidos en la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones.

La jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño prevalece sobre las disposiciones que vulneren, desconozcan, restrinjan o contradigan los derechos de la infancia.

El Código Civil otorga a ambos padres la patria potestad, considerada como conjunto de deberes y derechos.

No existe medio más bondadoso de ejercicio de la patria potestad que su desempeño en forma conjunta, aunque en algunos supuestos se requiera una debida adecuación a las particularidades de cada caso.

Si la patria potestad se articuló en la ley sobre la base de conferirla a ambos padres, la jerarquía que tiene este principio no debe desvirtuarse por una interpretación no acorde con él. La ley no prohíbe la tenencia conjunta, sencillamente no la legisla. Pero la ausencia de normas no permite olvidar que los niños necesitan siempre a ambos padres.

Aunque no creyera que el Código Civil impide otorgar la tenencia conjunta, lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño debe prevalecer en caso de que tal tipo de tenencia constituya la opción que más respete el interés superior del niño.

Es indudable que, en caso de divorcio, un niño necesita continuar el contacto que tenía con ambos padres.

PROPUESTA

Una vez establecido el contenido histórico, teórico y conceptual de la guarda y custodia en nuestro país, se ha observado la falta de equidad respecto a la guarda y custodia, con respecto al padre, que limita el libre ejercicio de deberes de asistencia del menor, por lo que mi propuesta es la guarda y custodia compartida en el divorcio necesario, así como medidas dentro de la guarda y custodia quedando de la siguiente manera:

Conforme al artículo 282 fracción V del Código Civil del Distrito Federal indica: "Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos o ambos.... El Juez de lo Familiar, previo el procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor, resolverá lo conducente." En el último párrafo quedaría de la siguiente forma: "Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de diez años deberán quedar al cuidado de la madre o del padre en casos exclusivos, según sea conveniente para el menor". Artículo 416 del Código Civil vigente para el Distrito Federal. "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, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

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 y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el

convenio o resolución judicial. En el segundo caso tendrá el derecho de guarda y custodia compartida después de los diez años de edad del menor con un periodo de seis meses o más para que no haya un perjuicio para con el menor. Para ambos efectos no podrá otorgarse dichos derechos, salvo peligro del menor”.

Por lo que a la guarda y custodia para uno de los progenitores es injusta para los casos en que ambos estén interesados en tenerla, lo cual afecta a la persona de manera directa así como al del menor. Quedando así tipificado de manera concreta la oportunidad del cuidado y vigencia del menor de ambos progenitores sin ocasionarle daño alguno, puesto que para su estabilidad emocional se podrá otorgar con un mínimo de seis meses de guarda y custodia compartida.

Las leyes se deben de actualizar conforme al tiempo, puesto que existiendo lagunas y careciendo de objetividad, se presta al descuido de puntos jurídicos de gran importancia.

Como sucede en la guarda y custodia para uno de los progenitores o para ambos, así como también el derecho salvo peligro grave del menor de diez años, quedar bajo el cuidado, ya sea de la madre o del padre, según sea conveniente para el menor, lo cual no está regulado dentro del Código Civil para el Distrito Federal, quedando así la traba dentro del cuidado y vigilancia del menor, de manera compartida y justa, para combatir los daños ocasionados de manera psico-social en el menor que ocasiona la separación de los padres y así permitir que los cuidados del menor sean óptimos para su desarrollo.

CONCLUSIONES

Para el estudio de la presente Investigación, fue necesario establecer que los problemas inherentes a la familia, son considerados del orden público, debido a la importancia de esta figura dentro del ordenamiento social, ya que la familia es la base o célula fundamental del grupo social, de ahí el cuidadoso tratamiento jurídico que recibe.

De ahí podemos concluir que las obligaciones generadas durante el matrimonio deben subsistir aún después de disuelto el mismo, obligaciones tales como los alimentos, mismos que en la mayoría de las controversias del orden familiar, el demandado es un padre "responsable al cual se le debe exigir el cumplimiento de esa obligación, por considerar este que los menores y el cónyuge que se dedica al hogar, no cuentan con la presunción de necesitar alimentos, surgiendo de ahí la importancia de la pensión provisional fijada por el Juez, la cual tiene por objeto el lograr el cumplimiento de la obligación que la propia ley sustantiva establece.

Así para lograr una sentencia favorable en caso de una controversia familiar, es necesario ofrecer todas las pruebas tendientes o acreditar entre otros hechos, el entroncamiento del alimentista con el alimentante, los requerimientos esenciales con los cuales ha de lograrse la subsistencia del acreedor en proporción con las posibilidades del deudor, en el caso de la dependencia del cónyuge dedicado al hogar, deben acreditarse los extremos respectivos, caso contrario, se corre el riesgo de que dicho cónyuge no obtenga la pensión que por derecho le corresponda.

Por lo tanto la determinación de la pensión alimenticia la realiza el juez previa consideración de los elementos, con los que se acredita el enlace del acreedor con el deudor y bajo la presunción de que los menores, incluso los

mayores de edad que así lo acrediten, necesitan alimentos, por ende no se causa un agravio al deudor, ya que es su obligación proporcionar los alimentos. En esa virtud del texto de la ley debiera ordenar que en materia de alimentos, las únicas resoluciones que pueden impugnarse son las definitivas y no dejar un amplio campo de especulación a la interpretación particular de la norma procesal.

Separación y divorcio producen unos efectos que son comunes. El primero es la existencia del convenio regulador, cuyo contenido mínimo va referido a la determinación de la persona que guardará los hijos comunes, ejercicio de la patria potestad, régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos; atribución del uso de la vivienda familiar, contribución a las cargas del matrimonio y alimentos y bases de actualización y garantías, en su caso; a la liquidación, cuando proceda del régimen económico matrimonial, la pensión que, en su caso, haya de satisfacerse a uno de los cónyuges.

El convenio debe ser aprobado por el juez, que puede rechazarlo si éste es perjudicial para los hijos o gravemente perjudicial para alguno de los cónyuges; debiendo motivarse, lo que obliga a nueva propuesta. Las medidas adoptadas por el juez pueden modificarse, en virtud de nuevo convenio, o por propia decisión judicial, si cabían las circunstancias que las justifican. Asimismo está facultado el juez para requerir garantías suficientes sobre el cumplimiento del convenio.

Mientras que la separación, como se dijo, no extingue el vínculo conyugal, este efecto es el característico del divorcio.

Por otra parte una de las principales funciones de la familia, es la reproducción de la especie, la manutención de sus miembros y la que se denomina, la socialización del niño hasta llegar a la edad adulta, procrear hijos, alimentarlos, cuidarlos, darles crianza y educación; por ello, otro punto importante de la presente investigación es determinar en caso de divorcio, quién tendrá la guarda y custodia de los hijos, desprendiéndose del estudio realizado que la palabra custodia significa: tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado.

La patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien las ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, etc. La custodia debe de ser con cuidado, es decir, se da con solicitud, atención, amor y respeto a la personalidad del menor. Una de las prerrogativas de la patria potestad es la custodia, cuidado y vigilancia de los menores y dicha guarda no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades. La guarda es el derecho de que habite en la casa de los padres.

Una de las tareas fundamentales de los padres hacia los hijos, es brindarles protección dentro del cuidado y custodia, está la protección de la persona del hijo frente a todo peligro que pueda amenazar su salud física y moral. Esta misión de los padres corresponde al deber del hijo de aceptación y respeto de la protección que les brindan sus padres, les corresponde el derecho de cuidarlo y amonestarlo y al hijo el de ser protegido.

Además, dentro del deber de guardar, va insito el deber de vigilancia, por lo cual los padres responderán de las consecuencias dañosas en que hayan incurrido sus hijos en cuanto a ellas se refiera el deber de vigilancia. Los que ejerzan la patria potestad tienen la obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos y ni los padres ni los tutores, tienen la obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados, sujetos a su cuidado y vigilancia si probaren que les ha sido imposible evitarlos. El deber de vigilancia es para la formación de los hijos. Se les vigila en la familia y fuera de ella, no sólo para evitar daños, sino en plan de promoción humana.

De la investigación realizada, se concluye que para el cuidado óptimo del menor, es necesaria la atención y vigilancia de ambos progenitores, brindándole así al hijo el derecho de estancia y convivencia con sus padres, surgiendo con esto una responsabilidad igual para ambos de protegerlo y cuidarlo de manera proporcional y justa.

Considero que la guarda y custodia compartida, no afecta al menor, al contrario, le brinda a éste el derecho de convivencia, gozando ambos padres del cuidado y vigilancia del menor, siempre y cuando no exista peligro grave para éste.

Falta página

N° 108

LEGISLACIÓN APLICADA

Código Civil para el Distrito Federal. 17ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 1997, P. 275.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. 3ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 1993, P. 241.

Código Civil Español. 4ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 1998, P. 373.

Ley de Enjuiciamiento Civil Español. 3ª. Edición, México, Editorial Sista, 1998, P. 220.

Constitución Española. 2ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 1997, P. 259.

Código Civil Francés. 12ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 1997, P. 274.

Código Civil Argentino. 4ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 1994, P. 199.

Ley de Relaciones Familiares. 8ª. Edición, México, Editorial Sista, 1998, P. 173.

Código Civil de 1870. 12ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 1997, P. 227.

Código Civil de 1884. 7ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 1996, P. 174.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 112ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 1996, Pág. 289.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PEREZ, Mariano. El patrimonio de los hijos sometidos a patria potestad. Revista de Derecho Privado. Madrid 1973, Pp. 67.

ANGARITA GOMEZ, Jorge. Necesidad de Distinguir en la Práctica la Autoridad Parental de la Patria Potestad. Revista del Colegio Mayor de nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1978, Pp. 234.

ARIAS, José. Derecho de Familia. Ed. Draft, Argentina 1932, Pp. 312.

BAILON VALDOVINOS, Rosalío. El Derecho Civil a través de preguntas y respuestas. Personas, Familia, Bienes y Sucesiones. Ed. Sista, México 1993, Pp. 212.

BAQUEIRO ROJAS, Edgar. Derecho de Familia y Sucesiones. Ed. Porrúa, México 1994, Pp. 127.

BELLUSCIOS, Augusto César. Manual de Derecho de Familia. Ediciones Depalma, Buenos Aires 1991, Pp. 227.

BOSSERT, Gustavo. Manual del Derecho de Familia. Ed. Astrea, Buenos Aires 1993, Pp. 61.

CABRERAS MALDONADO, María. La Pérdida de la Patria Potestad en relación a algunas Causales de Divorcio. Revista DIF, México 1980, Pp. 258.

CASTAN VAZQUEZ, José María. La llamada Patria Potestad de Hecho. Revista de Derecho Privado, Madrid 1978, Pp. 265.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Ed. Porrúa, México 1990, Pp. 227.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Ed. Porrúa, México 1997, Pp. 208.

ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio. Apuntes para la Historia del Derecho en México. Ed. Porrúa, México 1937, Pp. 377.

ESPINOSA LOZANO, José. Problemas Procesales en el Derecho de Familia. Ed. José María Bosch, Barcelona 1991, Pp. 259.

FERRER, Francisco y ROLANDO, Carlos. Derecho de Familia. Editores Rubinzal y Culzoni, Argentina 1984, Pp. 314.

GÜITRON FUENTEVILLA, Julián. Derecho Familiar. Ed. UAC, México 1990, Pp. 174.

GÜITRON FUENTEVILLA, Julián. Memoria del Primer Congreso Mundial sobre Derecho Familiar y Derecho Civil. Ed. UNAM, Acapulco, Gro. 1997.

GURPINKEL DE WENDY, Dra. Lilian Nora. Patria Potestad. Enciclopedia Jurídica OMEBA, Ed. Bibliográfica Argentina 1982, Pp. 196.

IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. Ed. Porrúa, México 1993, Pp. 237.

LEHMAN, Heinrich. Derecho de Familia. Edit. Revista del Derecho Privado, Madrid 1953, Pp. 353.

LOPEZ DEL CARRIL, Julio. Derecho de Familia. Ed. Abledo Perrot, Buenos Aires 1984, Pp. 298.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones del Derecho Civil. Ed. Porrúa, México 1988, Pp. 158.

MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Ed. Porrúa, México 1987, Pp. 187.

MORA BRAVO, Miguel. El Derecho a la Planeación Familiar, Marco Jurídico. Consejo Nacional de Población, México 1984, Pp. 237.

PACHECO, Alberto. La Familia en el Derecho Mexicano. Ed. Panorama, México 1991, Pp. 280.

PALACIOS, Ramón. Instituciones Jurídicas del Derecho Civil. Ed. Porrúa, México 1963. Universidad de Madrid Facultad de Derecho, México 1989, Pp. 203.

PERAL COLLADO, Dr. Daniel A. Derecho de Familia. Ed. Pueblo y Educación, La Habana 1980, Pp. 259.

PEREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. Derecho de Familia. Ed. Mc Graw Hill, México 1999, Pp. 105.

TAMES PEÑA, Beatriz. El Menor en el Contexto del Derecho Familiar y los Derechos Humanos. Ed. La Comisión, México 1994, Pp. 253.

VARGAS CABRERA, Bartolomé. Protección de Menores en el Ordenamiento Jurídico. Ed. Camares, México 1980, Pp. 188.