



COLEGIO PARTENON S.C.

INCORPORADO A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
LICENCIATURA EN DERECHO

**“ANALISIS JURIDICO DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA
REGULADA POR EL ARTICULO 283 DEL CODIGO CIVIL PARA EL
DISTRITO FEDERAL”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

ALEJANDRA CAÑEDO ESCALANTE

DIRECTOR DE TESIS: LIC. JOSE ALFREDO VILCHIS MEDELLIN

MEXICO D.F.

2007



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

“Las ideas son sagradas para quienes las crean, respetables cuando no se ponen en practica, y cuestionables cuando se convierten en acciones.”

Nuestra vida se la debemos a quienes nos aman, a quienes nos apoyan a quienes nos obligan a mejorar, a las personas que se preocupan por nuestra existencia, quien te dio la vida, quien te acompaña y quien te aconseja, por tal razón esta tesis la dedico:

A DIOS, por darme la oportunidad de existir, crecer como persona y permitirme continuar junto a las personas que amo.

A MI, por mi esfuerzo, por mi tenacidad, por el tiempo que invertí, por los conocimientos que me dio, por la ignorancia que me quito, y por el logro concebido.

A mi madre: **HILDA ESCALANTE CAMACHO**, por ser lo mas importante de mi razón de ser y corazón, por todo el gran amor, vivencias, felicidad y apoyo entregados, así como los sacrificios causados para que yo pudiera ser una profesionista.

Al compañero de mi corazón:

MIGUEL ANGEL LOPEZ CORTES, por ser mi gran amor, mi mejor amigo, la parte mas sensible de mi; por todo el amor, cariño, vivencias, respeto y lealtad cedidos, por caminar siempre a mi lado, apoyarme y motivarme a culminar con la presente tesis, y por hacerme muy feliz.

A mi padre: **RAUL CAÑEDO OSNAYA**, por todo el amor, vivencias y consejos brindados, por motivarme desde que tengo razón de conciencia a ser alguien en la vida y, a enfrentar los obstáculos con coraje y sabiduría.

A mis hermanas: **GILDA Y ROXANA CAÑEDO ESCALANTE**, por ser partículas de mi, mis amigas, parte de mi corazón, y por todo el amor, felicidad, vivencias, apoyo y motivación brindada.

A mis hermanos: **RAUL Y GERARDO CAÑEDO OSNAYA**, por ser parte de mi corazón, mis amigos, por todo el amor, felicidad, vivencias y apoyo brindado.

A mi tío, padre y amigo: (q.e.p.d)

FERNANDO ESCALANTE CAMACHO, por ser la parte que le hace falta a mi corazón, por todo tu gran amor, cariño, felicidad, confianza, vivencias, dedicación y entrega brindados.

A toda mi familia, abuela, abuelos (q.e.p.d), tíos, primos; por ser parte de mi vida y de mi corazón, por todo el cariño, apoyo, y momentos vividos.

A mi amiga hermana: **MA. ANGELICA BELTRÁN OROPEZA**, por ser parte de mi corazón, por su gran amistad, por estar siempre a mi lado, por todo el cariño, confianza, lealtad, apoyo, cuidados y dedicación brindada.

A mi amiga hermana: **LILIANA RUIZ MARTINEZ**; por ser mi compañera y amiga desde hace 8 años, por todo su cariño, amistad, apoyo, vivencias felices, y risas entregadas.

A mis amigos: **OSCAR GALLEGOS Y JORGE ALBERTO SIERRA**, por su gran amistad, cariño, apoyo y momentos felices.

A mi escuela: **COLEGIO PARTENÓN, S.C.**; porque en ella aprendí las bases fundamentales para forjarme como estudiosa del derecho.

Al Licenciado **LUIS ELMER MARTINEZ HUERTA**, por todo su apoyo y dedicación desmedida, por sus consejos, conocimientos, confianza y orientación entregada para la total culminación de la presente tesis.

A todos mi profesores, **LICENCIADOS: VIRGINIA, ALEJANDRA COLIN, RAFAEL RODRÍGUEZ, ARTURO PEÑALOZA, FRANCISCO, ALFREDO VILCHIS, MIGUEL SORIA, FELIX FERMAN, MONTESINOS**, etc; que siguen siendo pieza importante en el desarrollo de mi profesión; por su sabiduría, confianza, amistad, comprensión y paciencia brindadas.

INDICE

“ANALISIS JURIDICO DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA, REGULADA POR EL ARTICULO 283° DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.”

Página

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I. DERECHO DE FAMILIA - - - - - 1

1.1	Consideraciones Generales - - - - -	2
1.1.1	Concepto de Familia - - - - -	3
1.1.2	Concepto Jurídico de Familia - - - - -	6
1.1.3	Derecho de Familia - - - - -	9
1.1.4	Ubicación del Derecho de Familia dentro – De la Sistemática Jurídica - - - - -	11
1.2	Fuentes del Derecho de Familia - - - - -	13
1.2.1	Matrimonio - - - - -	15
1.2.1.1	Elementos de Existencia y de Validez - - - - -	17
1.2.1.2	Consecuencias Jurídicas del Matrimonio - - - - -	20
1.2.2	Parentesco - - - - -	21
1.2.2.1	Clases de Parentesco - - - - -	24
1.2.2.2	Consecuencias Jurídicas del Parentesco - - - - -	28
1.2.3	Filiación - - - - -	29

1.2.3.1	Clases de Filiación - - - - -	32
1.2.3.2	Consecuencias Jurídicas de la Filiación - - - - -	32
1.3	Derechos y Deberes del Derecho de Familia - - - - -	33
1.4	Disolución del Derecho de Familia - - - - -	33
1.5	Divorcio - - - - -	34
1.5.1	Clases de Divorcio - - - - -	36
1.5.1.1	Divorcio Voluntario - - - - -	36
1.5.1.2	Medidas Provisionales en el Juicio de Divorcio Voluntario - - - - -	38
1.5.1.3	Consecuencias Jurídicas del Divorcio Voluntario - - - - -	38
1.5.2	Divorcio Necesario - - - - -	39
1.5.2.1	Consecuencias Jurídicas del Divorcio Necesario - - - - -	42

CAPITULO II. ANTECEDENTES DE LA PATRIA - - - - - 44

POTESTAD (Guarda y Custodia)

2.1	Consideraciones Generales - - - - -	45
2.2	Derecho Romano - - - - -	47
2.2.1	La Monarquía - - - - -	53
2.2.2	La Republica - - - - -	55
2.2.3	El Imperio - - - - -	57
2.3	La Patria Potestad en el Derecho Medieval - - - - -	60
2.3.1	El Derecho Germánico - - - - -	60
2.3.2	La Patria Potestad en España Medieval - - - - -	62
2.3.3	La patria Potestad en el Cristianismo y el Imperio Bizantino - - - - -	63
2.4	La Patria Potestad en el Renacimiento, Edad Moderna y - Contemporánea - - - - -	64
2.5	Derecho Nacional - - - - -	66
2.5.1	Derecho Prehispánico - - - - -	66
2.5.2	Derecho Colonial - - - - -	67

2.5.3	México Independiente	68
2.5.4	Código Civil de 1870	70
2.5.5	Código Civil de 1884	71
2.5.6	Ley de las Relaciones Familiares de 1917	72
2.5.7	Código Civil de 1928	73
2.6	Fundamento Teórico de la Patria Potestad	74

CAPITULO III. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA - - - - 80
DEL MENOR

3.1	Concepto Jurídico de Guarda y Custodia	81
3.2	Naturaleza Jurídica de la Guarda y Custodia	82
3.3	Objeto de la Guarda y Custodia	84
3.3.1	La Custodia y el Artículo 4° Constitucional	86
3.3.2	El Interés Superior del Niño y la Custodia en las Relaciones- Familiares	89
3.3.3	El Principio Universal	90
3.3.4	Custodia Única	91
3.3.5	Custodia Compartida	93
3.4	Sujetos de la Guarda y Custodia	93
3.5	Características de la Guarda y Custodia	95
3.6	Modalidades de la Guarda y Custodia	97
3.7	Suspensión, Pérdida y Extinción de la Guarda y Custodia	107

CONCLUSIONES - - - - -111

BIBLIOGRAFIA - - - - -116

INTRODUCCIÓN

La familia y sus transformaciones implican, cambios en el derecho de familia, el cual debe ajustarse a las realidades de convivencia humana, con el fin de proveer de seguridad jurídica y protección a todos los miembros del grupo familiar, fundamentalmente a los niños, quienes por sus características requieren de toda nuestra atención y cuidado.

Dichas transformaciones son de índole sociocultural, económica y de género, las que se reflejan en el trato más equitativo que se da a hombres y mujeres en la ley, independientemente de la edad, así como en las formas y criterios de protección, y en la resolución de controversias del orden familiar, tanto desde el punto de vista legislativo como desde el judicial.

Entre los temas que se pueden abordar como consecuencia de las transformaciones en las relaciones familiares, se encuentra la figura de la guarda y custodia de menores por parte de sus progenitores en los casos de divorcio y principalmente en el llamado divorcio necesario.

La custodia de los niños ha sido un tema trascendental en el desarrollo integral de los menores y de las familias; mas a partir de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal en materia de custodia, que se hicieron en el año 2004 y 2007, las primeras publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 06 de septiembre del mismo año 2004 y las posteriores el 02 de febrero del año 2007 respectivamente, en las que se inserta la figura de la custodia compartida, digna de análisis y consideración.

Como se advierte, el tema a desarrollar es nuevo en nuestra legislación, pero tiene varias décadas de ser estudiado multidisciplinariamente en otros países, como el Reino Unido, Canadá, Australia y Estados Unidos, por señalar algunos.

Siempre resulta importante hacer las distinciones pertinentes entre las diversas modalidades de una figura considerada en el Código Civil, en este caso las que se encuentran involucradas en el tema que nos ocupa, para así poder entender los efectos jurídicos y su trato por los órganos encargados de impartir justicia.

En la práctica y la doctrina se ha hablado y se ha distinguido que la Custodia no es una figura estática, si no que existe diversidad en su concepción y en su construcción a partir de los casos concretos, lo que ha permitido hacer una clasificación de las formas en que la guarda y la custodia pueden ser determinadas y comprendidas.

Así las cosas, señalo que la Custodia es regulada y determinada por la autoridad judicial competente en cualquiera de las formas en que aparece en las diferentes legislaciones, proporcionare en el presente trabajo un concepto que nos permita identificar la figura de la Custodia, entendiendo a manera de resumen que la misma implica el ejercicio de derechos y obligaciones con respecto a los hijos y la convivencia con los mismos en la vida diaria.

Dentro del presente trabajo se aplicara un método, entendiéndose por este el conjunto de pasos, el camino ordenado que cada ciencia sigue en particular para hallar la verdad en su materia propia y para explicarla; ahora bien el método a seguir es el deductivo ya que partiré de un razonamiento que va de lo general a lo particular, es decir, la figura jurídica de la Guarda y Custodia ya se encuentra establecida de antaño en la época romana, derivada de la figura de la Patria Potestad, concerniéndonos su análisis de la misma para llegar al estudio determinado del artículo 283° Bis del Código Civil para el Distrito Federal en relación a dicha institución jurídica.

Por otro lado, el método deductivo deriva de aspectos particulares de las leyes, teorías o normas; también dicho método tiene aplicación en el deber científico, porque de las teorías, leyes o normas, principios o postulados, se obtienen resultados de aplicación práctica.

Me he propuesto mostrar el porque se realiza un análisis de la Guarda y Custodia Compartida, así como a la propuesta de algunos criterios que se considera, deben ser tomados en cuenta por las autoridades judiciales para determinar la procedibilidad de la custodia compartida para ambos progenitores; haciendo mención a tres capítulos que sustentan a la presente tesis.

En el capítulo I, denominado Derecho de Familia, hago alusión a las fuentes que emanan de dicho Derecho, tales como Matrimonio, Parentesco, Filiación; así como a la disolución del Derecho de Familia a través de los diversos estereotipos de Divorcios tales como Voluntario y Necesario.

En el Capítulo II, se refieren los Antecedentes históricos de la Patria Potestad y por consiguiente los de la Guarda y Custodia, remontándonos desde la Época del Derecho Romano, hasta finalmente llegar a su evolución en el México Independiente y Derecho Nacional, así como los distintos ordenamientos legales existentes.

En el Capítulo III y último, se estudia a la Guarda y Custodia desde su concepto, hasta la total esfera que la rodea, haciendo un análisis profundo de las distintas modalidades, variantes y menos cabo, en las que se encuadra dentro de nuestro Código Civil para el Distrito Federal; y se proponen ciertos criterios, que a manera particular considero deben ser analizados por la autoridad competente, para determinar la procedibilidad de esta nueva figura de la Guarda y Custodia Compartida para ambos progenitores.

CAPITULO I
DERECHO DE FAMILIA

1.1. CONSIDERACIONES GENERALES

En doctrina, la definición de familia es muy fácil de deducir, porque generalmente se toma en cuenta para su definición a un grupo de personas que están emparentadas y que generalmente viven juntas.

Se dice que dicho concepto aparece con el hombre mismo. De ahí que diferentes autores sostengan que aparece con los primeros grupos humanos. Así el maestro Ignacio Galindo Garfias sostiene que la familia:

“...se constituye originalmente en las tribus o clanes primitivos por necesidad de orden socioeconómico de los pueblos cazadores y agricultores, y que surgió antes de la formación de cualquiera idea de estado o de derecho, ha sufrido una incesante evolución para llegar hasta nuestros días como una verdadera institución, fuertemente influida por la cultura (la religión, la moral, el derecho, la costumbre). Si la motivación original de la familia hay que encontrarla en las simples exigencias biológicas de reproducción y de cuidado de la prole, mediante uniones transitorias e inestables entre los progenitores, ha adquirido en su desarrollo, a través de milenios, y precisamente por la influencia de los elementos culturales, una completa estabilidad, que le da existencia y razón de ser, mas allá de las simples motivaciones biológicas y económicas.”¹

Se puede sostener que la familia nace concomitantemente con el hombre; en la necesidad biológica de procrear y la necesidad social de proteger a la prole.

Dentro de este contexto, se puede sostener que los grupos familiares han existido en todas las culturas a lo largo de la historia del hombre, y han dado origen a diversos tipos de familias que reflejan una gran variedad de contextos

¹ GALINDO GARFIAS Ignacio, Derecho Civil, Editorial Porrúa, S.A. México 1982, Pág.425,426,427,428

económicos, sociales, políticos, jurídicos, etc. Así la familia se constituye en una Institución que ha sido definida de muy distintas maneras: Se le ha considerado como la célula primaria de la Sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social como el medio en el que el individuo logra su desarrollo, tanto físico y psíquico como social. También se le han señalado como la unidad económica que constituye la base de la seguridad material del individuo, a través de sus diversas etapas de desarrollo, primero en el seno de la familia dentro de la cual nace y posteriormente en el de la familia que hace.

El concepto de familia una vez aparecido y aceptado, proyecta su influencia en todo el derecho de familia, en el Derecho civil y procesal y en general en toda la ciencia del derecho.

Sin embargo, a pesar de que la definición de familia parece ser muy sencilla, la evolución del derecho la ha vuelto complicada, por lo cual nos vemos en la necesidad de abordar el análisis de dicho concepto.

Para poder abordar el concepto de Derecho de Familia, debemos primordialmente definir el Concepto de "Familia", el cual conceptualizaremos de forma genérica y Jurídica, siendo esta última definición la que nos será de gran utilidad para analizar el tema principal; por lo que nos apoyaremos en las diversas acepciones que refieren las siguientes fuentes o autores estudiosos de la materia.

1.1.1 Concepto de Familia

En su acepción forense, el vocablo familia viene, según las opiniones más autorizadas, de *famel*, voz del lenguaje de los oscos, antiguo pueblo de la Italia Central, identificado como la tribu del Lacio. Antes de que el latín tuviera preponderancia en la Roma antigua, el lenguaje de los oscos se utilizó mucho para textos literarios y administrativos. ²

² DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO SALVAT, T. 20, Barcelona España 1985, p. 2813.

En el latín clásico, dicha voz pasa a ser **famulus**, significando el siervo que no solo recibe un sueldo por su trabajo, sino que vive bajo la dependencia de un señor en cuanto a habitación, vestido y alimento. En este sentido usan la palabra Cicerón y Tito Livio.

Sin embargo, para Taparelli "...no parece tener fundamento la etimología que pretende derivar la palabra familia del **famus** o hambre y significaría el número de personas a quienes el jefe debe alimentar."³

Ahora bien, la palabra familia tiene múltiples significados, que van desde el sentido estricto hasta acepciones más amplias.

Así, el Diccionario de la Lengua Española la define como: "1) Grupo de personas emparentadas entre si que viven juntas, 2) Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje; 3) Hijos o descendencia, 4) Conjunto de personas que tienen alguna condición, opinión o tendencia común."⁴

Tal vez su acepción mas divulgada, familia suele utilizarse como conjunto de personas que provienen de una misma sangre, de un mismo linaje, de una misma casa, especialmente el padre, la madre e hijos.

No obstante, la palabra familia es polivalente. Se emplea en otras ciencias sociales, lo cual provoca que sea multivoco porque pueden observarse muchas variantes en su uso.

En este sentido, el Diccionario Enciclopédico Salvat, nos dice que la palabra tiene múltiples significados, entre los cuales se encuentran lo siguientes:

³ TAPARELLI, Saggio Toretico di Diritto Naturale, Romna Italia, 1926, citado por el DICCIONARIO UNESCO DE LAS CIENCIAS SOCIALES Tomo II, Coedición Unesco/Planeta, Barcelona España, 1987, p. 865.

⁴ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Edic.vigesima segunda de la Real Academia Española, Mexico, pag. 89.

- “ 1) Las personas unidas por vinculo de parentesco que viven bajo un mismo techo y dependencia de una persona, que es la cabeza de familia;
- 2) Todas las personas unidas por vinculo de parentesco aunque vivan en distintos lugares, en este sentido se dice la familia Rockefeller, etc, significando todos los descendientes de un tronco común,
- 3) Todas las personas que viven en el hogar aunque no sean parientes (los criados, etcétera).
- 4) Todo grupo o porción de la Sociedad que tienen interés y afinidades comunes (en este sentido se dice en particular de los grupos y congregaciones religiosas.”⁵

Dentro de este contexto, Baqueiro Rojas, sostiene que el concepto de familia no será el mismo si este es enfocado desde el punto de vista de su origen o si se analiza a partir de su evolución Histórico-Social, o bien en razón de sus efectos, entendidos estos como derechos y obligaciones que vinculan a sus miembros.

En este sentido, sostiene que la familia entendida desde un punto de vista de origen o biológico, se podrá entender como:

“Es el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes, sin limitación; involucra a todos aquellos que, por el hecho de descender unos de los otros, o de un progenitor común, generan entre si lazos de sangre.”⁶

Desde un punto de vista social o sociológico, Baqueiro sostiene que nos enfrentamos a un concepto cambiante en el tiempo y en el espacio, pues los conglomerados familiares se han organizado de diferentes maneras a través de las diversas épocas y en los distintos lugares. En otros casos, como sigue ocurriendo

⁵ DICCIONARIO Enciclopédico Salvat, Op.Cit, Pág. 2813.

⁶ BAQUEIRO ROJAS Edgard, Derecho de Familia y sucesiones, Editorial Harla, México y añopag. 7.

en las comunidades agrícolas y pastoriles tradicionales, los familiares se agrupan en diversas parejas y sus descendientes pertenecen siempre a la familia originaria, familia del fundador, o del *pater*. En estas circunstancias, es posible que tres o más generaciones, y personas adicionales vivan juntas como una unidad familiar, originando así, la denominada “familia en sentido extenso”. Los integrantes de este tipo de familia no siempre estuvieron unidos por vínculo de sangre y patrimonio, como fue el caso de los siervos y clientes que vivieron bajo el mismo techo, por ejemplo la familia Romana.

De aquí que de acuerdo con Baqueiro, los conceptos Biológico y Sociológico de la familia no siempre coinciden, puesto que el primero la define como la Institución formada por el padre, la madre y los hijos de ambos, mas en otras ocasiones los parientes lejanos que se les agregaban. En cambio para el concepto Sociológico es la Institución social formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y los individuos unidos a ellos, por intereses económicos, religiosos, o de ayuda.

Con todo, es preciso observar que a pesar de que la familia es producto de la evolución social y económica, se puede determinar su existencia a un parentesco de de sangre.

1.1.2 Concepto Jurídico de Familia

Ahora bien, ya definido el concepto general de familia, de acuerdo a los autores referidos con anterioridad, pasaremos a definirlo jurídicamente; Al respecto nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal no define ni precisa el concepto de familia, solo señala los tipos, líneas y grados del parentesco y regula las relaciones entre los esposos y parientes.

Por lo que, definiremos tal concepto con las diversas acepciones de los “estudiosos de derecho” que se citan a continuación:

De Pina Vara Rafael define Familia como: "Agregado social constituido por personas ligadas por el parentesco / Conjunto de los parientes que viven en un mismo lugar".⁷

Para Galindo Garfias:

"La familia, es un núcleo de personas, que como grupo social, ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la generación."⁸

Se puede observar que para estos autores la familia parte de una idea básica, es decir parte de un parentesco de de sangre, que es una característica universal del concepto.

Por ello, Galindo Garfias nos explica que la familia es el conjunto de personas, en un sentido amplio (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común; sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción (filiación civil).

Esta relación conyugal, paterno filial y de parentesco colateral de origen consanguíneo o simplemente de naturaleza legal, establece vínculos entre los componentes de este grupo familiar, de diverso orden e intensidad (sentimentales, morales, jurídicos, económicos y de auxilio o ayuda recíproca) que no permanecen ajenos al derecho objetivo, sino por el contrario, este afianza, reafirma y consolida, atribuyendo a dichos vínculos el carácter de deberes, obligaciones, facultades y derechos, que manifiestan su naturaleza especial y presentan caracteres fundamentalmente distintos en muchos aspectos, de cualesquiera otras relaciones jurídicas.

⁷ DE PINA VARA Rafael, Diccionario de Derecho, editorial Porrúa, año 1981, Pág.265

⁸ GALINDO GARFIAS Ignacio, Derecho Civil, Editorial Porrúa, S.A. 1982, Pág.425,426,427,428

Es por ello que desde el punto de vista jurídico, el concepto de familia, ha sido recogido solo en un sentido mas estrecho y comprende únicamente a los padres y ascendientes en línea recta y en la colateral, hasta el cuarto grado (padres, abuelos, hermanos, tíos, primos, sobrinos)”⁹.

Por otro lado, Baqueiro Rojas sostiene que dicho concepto:

“Atiende a las relaciones derivadas del patrimonio y la procreación conocida como parentesco, y a las que la Ley reconoce ciertos efectos, esto es, que crean derechos y deberes entre sus miembros.”¹⁰

El agregado de relaciones derivadas del patrimonio, nos da un concepto más complejo, porque si bien acepta en primer lugar que la simple pareja constituye una familia porque entre ambos miembros se establecen derechos y deberes recíprocos; incluyendo a sus descendientes, aunque lleguen a faltar sus progenitores, sostiene que la unión de la pareja y la descendencia extramatrimonial no siempre son familia desde el punto de vista jurídico, para que lo sean se requiere de la permanencia de la relación (concubinato) y del reconocimiento de los hijos” .

Rojina Villegas Rafael, la define estrechamente de la siguiente manera: “La familia, en el derecho moderno esta determinada por virtud de matrimonio y del parentesco consanguíneo, comprendiéndose además, de manera excepcional, el parentesco por adopción”.¹¹

Una vez analizadas todas las definiciones de los anteriores autores, y con apoyo en dichas acepciones, conceptualizare de manera personal el concepto Jurídico de Familia como: Aquel grupo formado por la pareja, sus ascendientes y

⁹ Idem. P. 425

¹⁰ BAQUEIRO ROJAS Edgard, Op.Cit, pagina 9

¹¹ ROJINA VILLEGAS Rafael, Compendio de Derecho Civil I, Editorial Porrúa, .S.A, 1983, Pág.207,208

descendientes así como por otras personas unidas por vínculos de sangre o patrimonio, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos.

1.1.3 Derecho de Familia

Tal definición jurídica de familia referida con anterioridad, es la que nos conlleva a definir lo que es el Derecho de Familia; pues como ya dijimos la familia es el grupo formado por la pareja, ascendientes, descendientes y demás personas unidas por vínculos de sangre; a dicha unión o vínculo, le corresponde al derecho señalar un marco normativo adecuado y el cual contenga la forma en que se regulara la Constitución de la familia, su organización y disolución; esto con el fin de que las relaciones entre los miembros de la familia se desenvuelvan satisfactoriamente y por tanto, se produzca la unidad armónica que debe tener toda célula social.

Ahora bien, la diversas definiciones del Derecho de Familia han variado siguiendo el concepto y el grado de elaboración que ha alcanzado.

Baqueiro Rojas Edgar, define al:

“Derecho de Familia, como parte del Derecho Civil que reglamenta las relaciones entre los miembros del derecho conglomerado familiar. De esta manera, definimos al Derecho de familia como, la regulación Jurídica de los Derechos Biosociales derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio y del concubinato y la procreación de los hijos por la Institución de la filiación”.¹²

Montero Duhalt lo define como:

¹² BAQUEIRO ROJAS Edgard, Op.Cit, pagina 10

“La rama particular del derecho que regula las relaciones familiares; las relaciones de los sujetos que tienen entre sí vínculos emergentes de la unión intersexual (matrimonio o concubinato), o del parentesco consanguíneo, por afinidad o por adopción. Estas relaciones en su conjunto, configuran el derecho de familia cuando son recogidas y reguladas por el Estado. El contenido esencial del derecho de familia es la regulación de las relaciones de los sujetos que tienen entre sí nexos familiares. En forma más amplia y descriptiva se puede decir que el contenido del derecho de familia está formado por las normas jurídicas que regulan la constitución, la organización y la disolución de las relaciones familiares, surgidas estas por matrimonio, concubinato o parentesco.

Estrictamente se define como el conjunto de normas jurídicas de derecho privado y de interés público que regulan la constitución, la organización y la disolución de las relaciones familiares”.¹³

Por su parte, Galindo Garfias, sostiene que:

“El derecho de familia, es un conjunto de normas jurídicas destinadas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, creando las relaciones conyugales y constituidas por un sistema de derechos y obligaciones, poderes, facultades y deberes entre consortes y parientes. Estas facultades y deberes de carácter asistencial, que nacen entre los parientes colaterales (hermanos, tíos, sobrinos, etc), tienen entre ascendientes y descendientes un aspecto un aspecto de potestades y sujeciones establecidas para la protección de los hijos.

Un conjunto de normas jurídicas del derecho de familia, establecen derechos y obligaciones, que derivan del simple hecho de la procreación (no del matrimonio ni del concubinato) es decir, de la

¹³ MONTERO DUHALT Sara, Derecho de familia, Editorial Porrúa, 1990, Página 32.

paternidad o de la maternidad. Nace así un conjunto de deberes del padre o de la madre o de ambos, a la vez, en relación con los hijos que han procreado”.¹⁴

Bonnecase Julián, lo define, en los siguientes términos:

“Por derecho de familia, entendemos el conjunto de reglas de derecho, de orden principal y patrimonial, cuyo objetivo exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia; dentro de la primera categoría (de las normas jurídicas que organizan la familia) clasificaremos la mayor parte de las reglas relativas al matrimonio, a la paternidad y a la filiación”.¹⁵

Así bien, partiendo de las definiciones anteriores, concluyo personalmente que el Derecho de Familia: es la rama particular del derecho que regula las relaciones familiares; las relaciones de los sujetos que tienen entre sí vínculos emergentes de la unión intersexual (llámese matrimonio o concubinato) o del parentesco consanguíneo, por afinidad o por adopción. Entendiéndose así que estas relaciones en su conjunto, configuran el derecho de familia cuando son recogidas y reguladas por el Estado.

1.1.4 Ubicación del Derecho de Familia dentro de la Sistemática Jurídica

Como hemos mencionado le corresponde al Derecho señalar un marco normativo adecuado que contenga la forma en que se regulara la Constitución, organización y disolución de la familia, para lo cual es menester ubicar en que rama del derecho se encuentra ubicado el Derecho de Familia. Las normas jurídicas se

¹⁴ GALINDO GARFIAS Ignacio, Op.Cit, Pagina 437, 438.

¹⁵ BONECASE, Julián, La Filosofía Del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia, 1945 Página 33,36

consideran de dos clases: de derecho publico o de derecho privado, surgida desde el Derecho Romano. Así bien podemos decir que el derecho publico es el que atañe a la organización de la cosa publica; privado, el que concierne a la utilidad de los particulares, la distinción entre derecho publico y derecho privado ha persistido. Respetable sector de la doctrina jurídica esta de acuerdo en esta primaria distinción señalando criterios diversos para fundarla; otros, no menos ilustres pensadores de diversas escuelas, niegan la posibilidad de la discriminación radical en dos sectores de normas, afirmando que todo derecho es por esencia, publico, por emanar del Estado y porque su cumplimiento o incumplimiento repercute forzosamente en el medio social.

Las teorías basadas en el interés señalan que son de derecho publico las dirigidas al interés general de una colectividad, de derecho privado las que garantizan el interés particular.

Tomando como base el contenido de la norma, serán de derecho privado las que organizan las relaciones entre los sujetos en aquellos aspectos en que el Estado no interviene ni forma parte de su estructura.

Por ultimo, las que nos hablan de la distinción en razón de la situación en que ese encuentran los sujetos en una determinada relación jurídica, señalan que son de derecho publico las normas que regulan las relaciones en las que interviene el Estado en su carácter de soberano, será una relación de suprasubordinación, el individuo subordinado a los mandatos del Estado; y será de derecho privado aquella relación en que los individuos se encuentran en una situación de coordinación, en un plan de igualdad, o en la que el Estado no interviene como sujeto de la relación jurídica.

Con apoyo en todas las distinciones anteriores, finalmente se encuentra encuadrado dentro de nuestro Código Civil Vigente para el Distrito Federal, el cual lo define en su Título Cuarto Bis, Artículo 138° TER que dice: "Las disposiciones

que se refieran a la familia son de orden publico e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad”.¹⁶

1.2 FUENTES DEL DERECHO DE FAMILIA

Definido el concepto de Derecho de Familia, es que podemos abordar el presente tema, ya que al referir que el Derecho de familia tiene como finalidad señalar un marco normativo que regule las relaciones familiares, es dicha normatividad la que define a través de que fuentes se constituyen los lazos de sangre derivados de la unión sexual y la procreación.

Galindo Garfias, señala que el derecho de Familia tiene dos fuentes: las reales y las formales:

“Las fuentes reales del derecho de familia están constituidas por el hecho biológico de la generación y la conservación de la especie y el hecho social, de la protección de la persona humana en el caso de menores interdictos.

De estas fuentes nacen las instituciones básicas del derecho de familia a saber: *el parentesco, la filiación, el matrimonio y el concubinato.*

Las fuentes formales están constituidas por el conjunto de normas de derecho que establecen, modifican o extinguen las relaciones jurídicas derivadas del parentesco consanguíneo, por afinidad y civil, la filiación natural y adoptiva, el matrimonio, el concubinato.

¹⁶ CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Título Cuarto, artículo 138°TER, Ediciones Fiscales ISEF, Décima Cuarta Edición marzo de 2007, Pág.20

En este conjunto de normas jurídicas, debe distinguirse las que se refieren a las personas, consideradas como miembros del grupo familiar y aquellos otros vínculos jurídicos de contenido patrimonial, a saber: los que imponen la obligación de proporcionar alimentos, las que regulan la administración de los bienes de los hijos menores de edad o de los incapacitados, los que organizan la situación de los bienes de los consortes, las disposiciones aplicables a la constitución y ordenación del patrimonio de familia y finalmente los que atañen a la transmisión de los bienes por causa de muerte, en la sucesión legítima”.¹⁷

Los Hechos biológicos y sociales regulados por el derecho son exclusivamente aquellos que derivan de las Instituciones – *matrimonio, concubinato, parentesco y filiación*, de aquí que algunos autores se afirmen que ellas constituyen fuentes, tanto de la familia como del derecho de familia.

Sin embargo, es necesario aclarar que el contenido de este último no se agota en la regulación de esas cuatro Instituciones, ya que la ausencia de descendientes de la pareja origina, otra figura Jurídica, por medio de la cual se ha pretendido suplir el hecho Biológico de la procreación al limitar a la filiación; *la adopción* se constituye así en otra de las fuentes de las relaciones familiares.

Además de estas Instituciones-*matrimonio, concubinato, filiación y adopción*, el derecho de familia regula otras como el patrimonio familiar, la sucesión y la tutela. Esta última puede darse también fuera del ámbito familiar, de modo que algunos autores la consideran casi o para-familiar. En general podemos señalar tres grandes conjuntos de fuentes:

- 1) Las que aplican a la unión de los sexos, (como el matrimonio y el concubinato).

¹⁷ GALINDO GARFIAS Ignacio, Op.Cit. Pág. 439

- 2) Las que aplican a la procreación, (como la filiación, matrimonial y extramatrimonial y la adopción.)
- 3) Las que aplican a las Instituciones familiares en términos de asistencia, (como la tutela y el patrimonio familiar.).¹⁸

A mayor abundamiento, podemos decir que en relación directa con el matrimonio surgen: los regímenes patrimoniales del matrimonio, la nulidad del mismo y el divorcio. En relación con la filiación se regula la patria potestad, la investigación de la paternidad y la adopción. Y en conexión directa con el parentesco y demás lazos familiares, se tiene la obligación alimentaria, la tutela legítima, el patrimonio de familia y la sucesión legítima.

Una vez que hemos analizado cuales son las fuentes o Instituciones del Derecho de Familia, pasaremos a la definición de cada una de ellas, para lo cual nos apoyaremos en las acepciones de distintos autores.

1.2.1 Matrimonio

Es primordial comenzar con la definición de la palabra Matrimonio, antes de pasar a conceptualizarlo como institución y fuente del derecho de familia; así decimos que deriva de la voz latina *matrimonium*, que significa “carga de la madre”. A su vez la palabra “patrimonio” expresa carga del padre (*patris numium*). El significado de ambas palabras es ilustrativo al respecto, pues lleva implícito el sentido tradicional de la distribución de las cargas en los pilares de la familia: el padre y la madre. El padre que debe proveer al sustento del grupo familiar, y la madre que lleva el peso de la maternidad y el cuidado y crianza de los hijos y la organización del hogar.¹⁹

¹⁸ Cfr. BAQUEIRO ROJAS Edgard, Op.Cit, pag. 10 -11

¹⁹ DICCIONARIO Enciclopédico Salvat, Op.Cit, Pág. 2816.

Es indudable que antes del pueblo romano la institución del matrimonio se manifestó; pero como el pueblo romano en ésta, como en otras muchas instituciones jurídicas, dijo la última palabra para entonces y debido a su percepción perfecta marcó un derrotero para muchos siglos, por lo cual hacemos una breve referencia conceptual del matrimonio de esta civilización.

Antiguamente en el Derecho Romano, el matrimonio era simplemente una relación social que producía consecuencias jurídicas; entre los romanos la celebración del matrimonio en sus diversas formas, ya por medio de la *confarreatio* ya por medio de la *coemptio*, no tenía por efecto si no constatar la voluntad de convivencia, en calidad de esposos, entre un hombre y una mujer. El matrimonio era un estado de convivencia de los consortes con la intención de considerarse entre si como cónyuges. Las relaciones maritales quedaban establecidas por medio de una situación, mejor que por un acto de declaración de voluntad, como acontece actualmente.²⁰

El concepto no ha cambiado mucho, toda vez que en la actualidad el matrimonio es un acto bilateral solemne que produce entre dos personas de diferente sexo, una comunidad de vida destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntaria aceptada por los cónyuges”.²¹

Una manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie. Aclarando que es un acto que se constituyen no solo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el Oficial del Registro Civil. Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración

²⁰ Cfr. GALINDO GARFIAS Ignacio, Op.Cit, Pág.473, 1982

²¹ DE PINA VARA Rafael, Op.Cit, pagina 305

que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, este no existirá desde el punto de vista jurídico.

Por ello, Sara Montero Duhalt, dice:

“Matrimonio es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley.”

De ahí, que nuestro Código Civil Vigente para el Distrito Federal, de la siguiente definición:

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

Una vez estudiadas y analizadas las anteriores definiciones, de manera personal podemos definir el matrimonio: como aquel acto solemne que produce una comunidad de vida entre un hombre y una mujer y crea un vínculo permanente, con la intervención del juez del registro Civil y con las formalidades que exige la ley.

1.2.1.1 Elementos de existencia y de validez

El matrimonio como todo acto jurídico, esta compuesto por elementos esenciales o de existencia para que surja a la vida jurídica, y por elementos de validez para que sus efectos sean plenos y no haya lugar a la nulidad.

Entiéndase por elementos de existencia de cualquier acto jurídico: la voluntad, el objeto y las solemnidades. Por elementos de validez: capacidad de las partes, ausencia de vicios de la voluntad o del consentimiento, licitud en el objeto, motivo y condición y las formalidades.

Con el conocimiento de los elementos referidos con anterioridad, es que pasaremos a conceptuar cuales son los elementos necesarios, para que el matrimonio pueda considerarse como un acto jurídico.

La Autora Montero Duhalt Sara, nos señala los elementos de manera muy clara y precisa:

Elementos de existencia del Matrimonio:

- a) La voluntad: El matrimonio es un acto jurídico bilateral que requiere del consentimiento expreso de ambos cónyuges. Esta doble voluntad se manifiesta en dos momentos: primero, en la solicitud de matrimonio que se presenta ante el juez del Registro Civil del domicilio de cualquiera de los pretendientes; segundo momento: en la ceremonia misma de la boda, al contestar *sí* a la pregunta del juez en el sentido de si acepta como cónyuge a la persona con quien se va a casar. Es en este segundo momento que se configura realmente el consentimiento. La voluntad, por lo tanto, se da siempre en forma expresa y verbal, por comparecencia personal de los consortes.
- b) El objeto: Consiste en establecer una comunidad de vida total y permanente entre dos personas de distinto sexo.
- c) Las solemnidades: El matrimonio es por definición un contrato solemne, pues requiere de la intervención de una especial autoridad,

de ciertas palabras expresas y del levantamiento de un acta en que estén incluidos ciertos requisitos forzosos.

Elementos de Validez del Matrimonio:

- a) Capacidad de las partes: como el matrimonio es la forma regulada por la ley de la relación sexual y, en su caso, de la procreación, la capacidad que se exige es la de desarrollo sexual de las personas, es decir, la pubertad o edad núbil.

La madurez física de las personas varía de sujeto a sujeto; se da precozmente o con atraso, dependiendo del medio geográfico, de los hábitos de alimentos, de la herencia y de tantos factores más.

Las legislaciones varían mucho en razón de los límites mínimos de edad para contraer matrimonio. Existen países en que se toma en cuenta no solo el desarrollo biológico, sino también la madurez emocional y mental del sujeto y, en este caso, el límite mínimo asciende en años.

- b) Ausencia de vicios de la voluntad: Enumerativamente los vicios de la voluntad son los siguientes: error, dolo, mala fe, intimidación (violencia) y lesión. En el matrimonio solo pueden darse dos de estos vicios: el error y la intimidación; y no cualquier clase de error, sino únicamente el error de identidad.

- c) Licitud del matrimonio: Significa este requisito de validez que el matrimonio debe realizarse sin que medien las prohibiciones legales señaladas en el código con la palabra “impedimentos”.

Pero dentro de un riguroso vocabulario jurídico, debe desecharse la palabra “impedimentos” y sustituirla por la de “prohibiciones”. Para todo conocedor del derecho, aun en los primeros grados de aprendizaje, es bien sabido que las normas, en cuanto a su contenido, son de tres clases: imperativas, prohibitivas y permisivas; la licitud del matrimonio consiste, por lo tanto, en que el mismo se efectúe solo entre personas que no tienen prohibiciones legales para llevarlo a cabo. Estas

prohibiciones para contraer matrimonio son siempre circunstancias en cuanto a algunas condiciones de los individuos, o en razón de no efectuarlo con ciertas y determinadas personas.

- d) Formalidades: Además de las ya estudiadas solemnidades que, si no se cumplen, el matrimonio carecerá de existencia legal, se debe cumplir con ciertos requisitos de forma al solicitar el matrimonio y en el momento mismo de contraerlo.

La formalidades previas al matrimonio se han reducido en el Código de 1928 a llenar una solicitud que ya viene impresa, con todos los datos que en la misma se piden, y acompañarla con otros documentos”²²

Por otro lado relacionando el objeto del matrimonio con el de los actos jurídicos en general, podemos decir que desde el punto de vista estrictamente legal, existe también un objeto directo en el acto matrimonial, consistente en la creación de derechos y obligaciones entre los consortes, es decir, entre hombre y mujer, de tal manera que los fines específicos del mismo imponen a los cónyuges respectivamente la obligación de vida en común, ayuda recíproca, débito carnal y auxilio espiritual. Así mismo, cuando existan hijos, el matrimonio originara consecuencias con relación a los mismos, especialmente todo el conjunto de derechos y obligaciones que origina la patria potestad y la filiación en general.

1.2.1.2 Consecuencias Jurídicas del matrimonio

Una vez celebrada la ceremonia matrimonial con todos los requisitos de existencia y de validez que hemos mencionado en el punto anterior, surge para los contrayentes un nuevo estado civil, el estado de casados, mismo que esta regulado por la institución matrimonial; el estado de casados implica la aplicación imperativa de una serie de deberes y derechos recíprocos entre los cónyuges, que podemos analizar desde tres puntos de vista: en cuanto a sus personas, en cuanto a sus bienes y en cuanto a sus hijos; los referiremos a continuación:

²² MONTERO DUHALT Sara, Op.Cit, Pág. 122-130

- a) *Consecuencias jurídicas en las personas de los cónyuges:* Derecho a la libre procreación, deber de cohabitación en el domicilio conyugal, derecho-deber de relación sexual, ayuda mutua, fidelidad, igualdad jurídica entre cónyuges.
- b) *Consecuencias jurídicas en cuanto a los hijos:* Los hijos de mujer casada tienen la calidad de *hijos de matrimonio*. El matrimonio subsecuente de los padres que ya han procreado tiene por objeto *legitimar* a los hijos habidos antes del matrimonio.
- c) *Consecuencias jurídicas en cuanto a los bienes de los cónyuges:* Donaciones ante nupciales, donaciones entre consortes, cargas económicas del hogar, regímenes patrimoniales del matrimonio (separación de bienes, sociedad conyugal, régimen mixto)
- d) *Extinción del matrimonio, como consecuencia jurídica del Matrimonio:* son tres las formas legales de extinguir el matrimonio, la muerte de uno de los cónyuges, las nulidad y el divorcio.

1.2.2 Parentesco

Antes de referir al parentesco como segunda institución y fuente del derecho de familia; es necesario definir tal palabra, por lo diremos que, el vocablo parentesco deriva de pariente y este, a su vez, del latín *parens-entes*²³

El parentesco es el vínculo existente entre las personas que descienden unas de otras o de un tronco común, este concepto corresponde a la realidad biológica, el hecho de la procreación es el origen de este concepto.

²³ DICCIONARIO Enciclopédico Salvat, Op.Cit, Pág. 2824.

Planiol, nos define al Parentesco como:

“La relación que existe entre dos personas de las cuales una descende de la otra, como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo, o que descienden de un autor común, como dos hermanos, dos primos, etc. Al lado de este parentesco real, que es un hecho natural, y que se derivan del nacimiento, la ley admite un parentesco ficticio, establecido por un contrato particular llamado adopción. El parentesco adoptivo es una imitación del parentesco real”.²⁴

Por su parte Baqueiro Rojas Edgard, lo define como: “La relación jurídica que se establece entre los sujetos en razón de la consanguinidad, de la afinidad o de la adopción.”²⁵

Rojina Villegas sostiene que:

“El parentesco implica en realidad un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho.”²⁶

Del conjunto de estas definiciones podemos inferir que el concepto jurídico de parentesco comprende: A las personas unidas entre si por lazos de sangre (parentesco sanguíneo); A los sujetos que, por ser parientes de uno de los cónyuges, son también parientes en el mismo grado, del otro cónyuge (parentesco por afinidad) y, A quienes une el acto de declaración de voluntad denominado adopción (parentesco civil)

²⁴ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges; Derecho Civil, México, Harla, 1997, PAG. 104

²⁵ BAQUEIRO ROJAS Edgard; Op.Cit. p.20

²⁶ ROJINA VILLEGAS Rafael, Op.Cit, Pág.256,257,258,258,269

En consecuencia el parentesco implica en realidad un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho.

Ahora bien es necesario indicar que las tres formas de parentesco (por consanguinidad, por afinidad o por adopción) deben estar declaradas y reconocidas por la ley, pues aun cuando podría pensarse que los vínculos derivados de la sangre los impone la naturaleza misma, también no es menos cierto que solo en la medida que el derecho reconozca la existencia de estos vínculos consanguíneos habrá parentesco para los efectos de la ley.

En el parentesco por afinidad y en el parentesco civil o por adopción, la ley es la que determina quienes son los sujetos vinculados por la relación parental y los actos jurídicos (el matrimonio o adopción) que producirán las consecuencias de derecho.

Indudablemente la definición más precisa y que hacemos propia es la Galindo Garfias al mencionar que: "El parentesco, es el nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge, o ente adoptante y adoptado. Los sujetos de esta relación son entre si, parientes. El grupo de parientes y los cónyuges constituyen la familia."²⁷

Dentro de este contexto, el parentesco tiene la virtud de vincular a los miembros de la familia y a su vez limitar el círculo del grupo familiar. Por ello, los derechos y deberes que se originan entre parientes en razón de pertenecer a un determinado grupo familiar, parten de un supuesto previo: la existencia del parentesco.

²⁷ GALINDO GARFIAS Ignacio, Op.Cit. Pág.443-452

En otras palabras, el parentesco, no es sino la adscripción de una persona a una determinada familia.

Finalmente nuestro código civil vigente para el distrito federal, refiere a la figura de Parentesco, en el siguiente precepto legal: “Artículo 292° La ley solo reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil.”

1.2.2.1 Clases de parentesco

Derivado del concepto jurídico de parentesco surgen tres especies: parentesco por consanguinidad, parentesco por afinidad, parentesco civil o por adopción; los cuales pasaremos a definir de acuerdo con las acepciones de los autores siguientes:

a) Parentesco por consanguinidad

El maestro Galindo Garfias nos señala que el parentesco por consanguinidad es:

“Aquel que se refiere a las personas que descienden de un tronco común, reconocen y se identifican entre si a través de la identidad de la sangre, para establecer este parentesco debe partirse del hecho natural de la generación, es decir, el punto de partida de la filiación. Si esta ha sido comprobada, quedara establecida la línea de parentesco con los ascendientes y parientes colaterales de la madre y del padre si este es conocido; así diremos que le aplica la línea transversal o colateral, dado que se refiere al nexo que liga a las personas que sin descender unas de otras, provienen de un progenitor común.”²⁸

Se advierte de inmediato que en el parentesco no están comprendidos los cónyuges, porque estos se hallan unidos por la relación conyugal. Aunque los

²⁸ GALINDO GARFIAS Ignacio, Op.Cit, Pág.443-452

cónyuges no son parientes entre si, el nexo jurídico del matrimonio identifica a los consortes y los une en forma mucho mas vigorosa que lo puedan estar quienes son parientes entre si.

La filiación por consanguinidad será la relación que surge entre las personas que descienden unas de otras o de un tronco común, se identifican y reconocen a través de la identidad de la sangre, nace de un hecho natural: la paternidad y la maternidad.

De ahí que Rojina Villegas, sostenga que es: “Aquel vínculo jurídico que existe entre personas que descienden las unas de las otras o que reconocen un antecesor común.”²⁹

Nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, define tal parentesco de consanguinidad en el Art. 293° diciendo: “Es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores.”

b) Parentesco por afinidad

El parentesco por afinidad es aquel que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón.

Si bien es cierto, que el matrimonio no crea lazos de parentesco entre las familias de los cónyuges, también lo es que en la vida familiar de los parientes de ambos consortes se sientan y se tratan como familia, pero jurídicamente no existe ningún lazo de parentesco.

²⁹ ROJINA VILLEGAS Rafael, Op.Cit, Pág.256,

De ahí que el parentesco por afinidad no origine la obligación alimenticia, ni el derecho a heredar; nace como efecto del matrimonio, pero el marido y la mujer no se convierten en parientes entre si en razón de este.

Así lo confirma Rojina Villegas quien nos dice:

“Este parentesco produce consecuencias muy restringidas, pues no existe el derecho de alimentos que se reconoce en algunas legislaciones como la francesa entre el yerno o nuera y sus suegros o bien, en una manera general, entre afines de primer grado en la línea directa.

Solo aceptamos como consecuencia jurídica importante la de que el matrimonio no puede celebrarse entre parientes por afinidad en línea recta. Tampoco tal forma de parentesco da derecho a heredar. Dice al efecto el artículo 1603° del Código Civil para el Distrito Federal.”³⁰

En síntesis, en el parentesco por afinidad uno de los cónyuges entra en la familia del otro cónyuge, a semejanza de los parientes consanguíneos, aunque sin producir todos los efectos del parentesco consanguíneo. La afinidad no origina la obligación alimenticia, ni el derecho a heredar.

El parentesco por afinidad nace como efecto del matrimonio. Aclarando que el concubinato no produce en derecho civil, el parentesco por afinidad.

Finalmente también nuestro Código Civil para el Distrito Federal, refiere tal parentesco en su Artículo 294°: “es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos.”

³⁰ ROJINA VILLEGAS Rafael, Op.Cit, Pág.256,257,258,258,269

C) Parentesco por adopción

En la actualidad, la concepción de la adopción simple ha sido superada por las convenciones internacionales suscritas y ratificadas, en las que se implanta el régimen jurídico de adopción plena, en donde el parentesco no solo se da entre adoptante y adoptado, sino entre la familia de la adoptante y del adoptado, con plenos efectos legales.

Galindo Garfias, sostiene que se da el parentesco por adopción:

“Cuando una persona por acto de voluntad dentro de un procedimiento establecido por la ley, declara su propósito de considerar como hijo suyo a un menor o incapacitado; nace así una relación paterno filial que aunque ficticia es reconocida por el derecho, y el cual también se le conoce como parentesco civil.”³¹

En relación a la adopción, el artículo 397 del código Civil dispone que deberán consentir en ella los que ejerzan la patria potestad, el tutor en su caso, o las personas que hayan acogido al adoptado, y a falta de ellas el Ministerio Público. Además deberán concurrir el adoptante y el adoptado si es mayor de catorce años, observándose el procedimiento que regula el Código de la materia a efecto de que el juez pueda dictar la resolución judicial autorizando o no la adopción.

La adopción cumple una doble finalidad: atribuir una descendencia ficticia a quienes no han tenido hijos de su propia carne y establecer la finalidad de que los menores o incapacitados encuentren de esta manera el cuidado y la protección que requiere su estado.

³¹ GALINDO GARFIAS Ignacio, Op.Cit, Pág.443-452

Finalmente nuestro Código Civil para el Distrito Federal define en su Artículo 295° que: “El parentesco civil, es el que nace de la adopción, en los términos del artículo 410-D.”

1.2.2.2 Consecuencias Jurídicas del Parentesco

Toda consecuencia Jurídica se manifiesta forzosamente en la forma de deberes y derechos. Los deberes a su vez, pueden consistir en imposición de conductas obligatorias o en prohibiciones, estos deberes y derecho de parentesco son diferentes de acuerdo a la clase de parentesco de las que hemos hecho mención, por lo que diremos a continuación cuales son las consecuencias jurídicas de cada una ellas, de acuerdo a lo que sostiene la autora Montero Duhalt Sara:

- a) *“Consecuencias jurídicas del parentesco por consanguinidad:* Obligación alimentaria, sucesión legítima, tutela legítima, prohibiciones diversas y otras consecuencias, como atenuantes y agravantes de responsabilidad penal.

- b) *Consecuencias Jurídicas del parentesco por afinidad:* Las más importantes consecuencias del parentesco por consanguinidad no son extensivas a este tipo de parentesco. Así los afines no tienen derecho-deber de los alimentos, no entran en la sucesión legítima ni son tomados en cuenta para la tutela. Mientras subsiste el parentesco por afinidad la ley hace extensiva a los afines algunas prohibiciones enumeradas con relación al parentesco por consanguinidad. Y cuando la causa que dio lugar a la afinidad deja de existir, o sea , cuando el matrimonio que la origino se ha disuelto,. Surge el impedimento para contraer matrimonio entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos en línea recta de su exconyuge. Es decir, el varón no puede contraer matrimonio con la madre, abuela, hija o nieta de su exmujer; y esta tampoco podrá casarse con su exsuegro o el hijo del que fue su marido.

La afinidad presenta en otras legislaciones matices diferentes a la nuestra. En algunas da derecho a alimentos (Argentina).

- c) *Consecuencias del parentesco civil*: Son idénticas a la filiación consanguínea (que será motivo de estudio mas adelante), aunque solo se dan entre adoptante y adoptado. La única gran diferencia con la filiación consanguínea es que esta es un vinculo irrompible en vida de los sujetos, solo termina con la muerte. En cambio la adopción puede ser revocada uni o bilateralmente, con la circunstancia de que hasta pueden contraer matrimonio entre si adoptante y adoptado, una vez roto el vinculo de la adopción ; circunstancia que jamás se permite en la filiación consanguínea.”³²

1.2.3 Filiación

El hecho biológico que configura el derecho de familia es la procreación. La regulación de este fenómeno natural lo establece el derecho a través de esta ultima fuente llamada “filiación” entendiendop por filiación aquella relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado: padre o madre-hija o hijo.

El autor González Juan Antonio, define a esta última fuente del derecho de familia como:

“La relación de parentesco que se establece entre los descendientes y los ascendientes, constituida por un parentesco directo ascendiente; cuando esta misma relación es examinada desde el punto de vista de los progenitores comunes, es decir, descendientemente, entonces toma el nombre de paternidad o

³² MONTERO DUHALT Sara, Op.Cit. Pág. 51-54

maternidad, según se trate del padre o la madre como el otro de los extremos en la propia relación. “³³

La norma jurídica se apoya en el hecho biológico de la procreación (Filiación consanguínea) para crear esa particular relación de derecho entre los progenitores por una parte y el hijo, por otra parte. De aquel hecho biogenético, se desprende un complejo de deberes, obligaciones, derechos y facultades recíprocas entre las dos partes de dicha relación; el padre y la madre en un extremo de ella y el hijo en el otro extremo.

Como la filiación es la expresión, en el ámbito jurídico, del hecho biológico de la procreación, a toda persona corresponde una cierta filiación; aun cuando no sea posible conocer esta, porque se carezca de pruebas o porque estas sean insuficientes.

La filiación se relaciona con el concepto jurídico de parentesco consanguíneo, ya sea en línea recta o en línea colateral, queda establecido respecto de las personas que descienden de un tronco común; es decir, de una pareja de progenitores, un varón y una mujer, que son los ancestros del grupo de parientes.

La fuente primordial de la familia es la filiación, que es el parentesco más cercano y más importante: en que existe entre los padres y los hijos y que por su particular relevancia, toma el nombre de filiación. La filiación puede derivar de una relación de descendencia o de la voluntad declarada por la que una persona adquiere los derechos y las obligaciones que nacen de la paternidad o de la maternidad, respecto de otra persona. En el primer caso, la filiación es consanguínea; en el segundo caso, la filiación es adoptiva. Se clasifica la filiación consanguínea, en matrimonial y extramatrimonial, según que exista en vínculo del matrimonio entre el

³³ GONZALEZ, Juan Antonio; Elementos de Derecho Civil, México, Trillas, año 2002, Pág.76

padre y la madre de la persona que se trata, o por el contrario, que los contrarios no se encuentren ligados entre si, por el vinculo conyugal.³⁴

La paternidad y la filiación jurídica se basan en la filiación biológica, ya que de ella toman las presunciones e indicios, pues biológicamente no puede haber hijos sin padre y madre; en cambio, jurídicamente si, ya sea porque los padres se desconozcan, o bien porque no se cubrieron las formalidades y los requisitos legales para que se estableciera la relación de derecho.

El Código Civil Federal (y en general todos los ordenamientos sustantivos civiles de los estados) clasifica a los descendientes como hijos habidos dentro del matrimonio e hijos procreados por quienes entre si no se encuentran unidos por el vinculo conyugal; sin embargo, las consecuencias jurídicas, los derechos y obligaciones de los padres para con los hijos son las mismas respecto de la filiación matrimonial y extramatrimonial. La diferencia radica en el diverso modo de probar la filiación, según se trate de hijos nacidos dentro de matrimonio o habidos fuera de el.

Sin embargo, Baqueiro Rojas nos gaviete que “..la filiación no siempre deriva de un hecho biológico, sino que puede surgir por deseo de una persona que, cumpliendo con los requisitos señalados por la ley, adopta a una persona con la cual surgen vínculos tan sólidos como el derivado del hecho biológico de la concepción.”³⁵

Dentro de este contexto y haciendo nuestra las palabras de Rojina Villegas, podemos decir que la filiación es un concepto más amplio, toda vez que:

“El termino filiación tiene en el derecho dos connotaciones. Una amplísima, que comprende el vinculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado, es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de filiación no solamente referida en la línea ascendiente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc.; sino también en la línea de descendente, para

³⁴ Cfr. GALINDO GARFIAS Ignacio, Op.Cit Pág.617,718,620

³⁵ BAQUEIRO ROJAS, Edgard; Op.Cit, Pág.179,180,181, y 182

tomar como punto de relación, los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc. Además de este sentido amplísimo; por filiación se entiende en una connotación estricta: la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen, tanto en la filiación legítima, como en la natural, un estado jurídico. Es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre y el hijo.”³⁶

Finalmente nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, define tal fuente del derecho de familia en su artículo 338° de la siguiente manera: “Filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia, por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.”

1.2.3.1 Clases de filiación

Ya definida la filiación como fuente del derecho de familia, esta surge de tres maneras: por matrimonio, habida fuera de matrimonio, o surgida por adopción. Se llaman respectivamente, filiación matrimonial, filiación extramatrimonial y filiación adoptiva. Cada una de ellas se establece o constituye de diferente manera, pero una vez surgida la relación jurídica entre progenitor e hijo, las consecuencias jurídicas son iguales para todos los sujetos. No hay discriminación en nuestro derecho para los hijos, ni diferentes calidades entre ellos.

1.2.3.2 Consecuencias Jurídicas de la filiación

La autora Montero Duhalt Sara nos dice que:

“Las consecuencias jurídicas genéricas son las de todo parentesco, a saber: derecho-deber de *alimentos*, *sucesión legítima*, *tutela legítima* y determinadas

³⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael; Op.Cit, 1979, p.429,430,431,432

prohibiciones. El parentesco de filiación tiene ciertas consecuencias particulares: como el derecho al *nombre* (padre e hijo llevan el mismo apellido), *la patria potestad* y ciertos particulares *delitos* como el infanticidio y el parricidio.”³⁷

1.3. DERECHOS Y DEBERES DEL DERECHO DE FAMILIA

Una vez surgidos los lazos entre los sujetos que son familiares entre si, el derecho de familia determina los deberes y derechos, normalmente recíprocos, que existen entre ellos, la organización de las relaciones familiares por el derecho no es otra cosa que la creación de derechos y obligaciones entre los ligados por lazos de matrimonio, de filiación o de parentesco.

Los derechos y deberes – a decir de Sara montero- pueden darse en dos formas distintas tales como:

De carácter moral: asistencia, ayuda mutua, lealtad, convivencia, representación legal.

De carácter patrimonial: Alimentos, regímenes económicos, donaciones, usufructo legal, patrimonio de familia, sucesión legítima.

Mismos derechos y obligaciones que se ejercen a través de la Institución de la patria potestad o de la tutela legítima”.³⁸

1.4. DISOLUCION DEL DERECHO DE FAMILIA

La familia no se integra como un todo pues, ya lo señalamos, la dinámica familiar es cambiante durante la vida de cada uno de los individuos. Se entiende más bien

³⁷ MONTERO DUHALT, Sara, Opus cit. P. 268

³⁸ Idem.

por disolución familiar, el rompimiento de los lazos de familia entre los individuos que estaban previamente ligados uno con el otro.

La relación familiar se extingue obviamente con la muerte. Otras formas de extinción de lazos familiares son: la nulidad de matrimonio y el divorcio que desliga a la pareja conyugal; la impugnación de la paternidad o de la filiación en los limitados casos en que la Ley lo permite, y la revocación de la adopción.

Obviamente, hay lazos familiares que solo pueden ser extinguidos por la muerte, tales son: la filiación materna habida dentro o fuera del matrimonio; la filiación paterna matrimonial; la filiación paterna habida fuera del matrimonio cuando expiran los plazos en los cuales puede ser impugnada, y el parentesco por consanguinidad en todas sus líneas y grados. Realmente, los únicos lazos familiares que pueden romperse voluntariamente son aquellos que surgieron también de la voluntad de las partes, como son el matrimonio y la adopción. Las relaciones consanguíneas son dadas por naturaleza y únicamente se extinguen por la forma natural de extinción de todo lo existente: la muerte. La naturaleza dota al sujeto de progenitores, abuelos, tíos, hermanos, sobrinos, primos, y este parentesco natural y recogido por el derecho es para toda la vida.³⁹

1.5 DIVORCIO

Como ya mencionamos en el apartado anterior, esta figura es una de las causas por la cual se desligan la pareja conyugal y termina así la relación familiar de uno con el otro; para poder abordar la connotación jurídica de dicha figura, es necesario definir primeramente el significado de la palabra divorcio.

La palabra deriva del latín *divortium* que significa separarse lo que estaba unido, tomar líneas divergentes, divorcio es la antítesis de matrimonio. Matrimonio

³⁹ Cfr. MONTERO DUHALT Sara, Op.Cit, Pág. 34

significa unión, comunidad, encontrarse dos seres enlazados bajo el mismo yugo: con-yugal.”⁴⁰

Divorcio es rompimiento del vínculo, de la unión. Seguir sendas diferentes los que antes marchaban por el mismo camino. En sentido figurado puede decirse que viven divorciados los cónyuges que ya no comparten los intereses fundamentales de la existencia

El concepto jurídico de divorcio es otro, mismo que definiremos a continuación con apoyo a algunos autores.

Sara Montero Duhalt define al divorcio como: “La forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido.”⁴¹

Galindo Garfias Ignacio, sostiene que el divorcio: “Significa la disolución del vínculo matrimonial y solo tiene lugar mediante la declaración de la autoridad judicial y en ciertos casos la autoridad administrativa, dentro de un procedimiento señalado por la ley, en se que se compruebe debidamente la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial.”⁴²

En cualquier caso, la resolución que decreta la ruptura del vínculo matrimonial, debe ser pronunciada cuando no hay duda de que ha cesado la posibilidad de que continúen unidos en matrimonio los consortes, ya sea porque ha quedado probada en el juicio la existencia de hechos en tal manera considerados en la ley como causa de divorcio, han provocado la ruptura de ese consenso necesario para mantener el vínculo (divorcio contencioso o necesario) o porque marido y mujer

⁴⁰ DICCIONARIO Enciclopédico Salvat, Op.Cit, Pág. 2351.

⁴¹ MONTERO DUHALT Sara, Op.Cit, Pág. 196-197

⁴² GALINDO GARFIAS Ignacio, Op.Cit, Pág.347

están de acuerdo en hacer cesar su vida matrimonial (divorcio por mutuo consentimiento).

Finalmente nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, define tal figura en su artículo 266 diciendo: " El divorcio disuelve el vínculo matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

1.5.1 CLASES DE DIVORCIO

El divorcio propiamente dicho, al disolver el vínculo matrimonial , produce el efecto de que la reciprocidad de todos los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges, deja de existir y cada uno de ellos recobra su capacidad para contraer nuevo matrimonio, esta disolución del vínculo se puede dar por dos clases de divorcio el divorcio voluntario y el divorcio necesario propiamente dicho, los cuales definiremos de manera separada de acuerdo con las acepciones de algunos autores.

1.5.1.1 DIVORCIO VOLUNTARIO

El divorcio voluntario o por mutuo consentimiento, es aquel en el cual no se plantea disputa alguna sobre las causas que dan origen a la ruptura del vínculo matrimonial, y ambos cónyuges manifiestan que han convenido en divorciarse.

Nuestro Código Civil regula dos formas de este divorcio, dependiendo de la autoridad ante quien se tramite; el divorcio administrativo, que se solicita ante un juez del Registro Civil, y el divorcio judicial, interpuesto ante un juez de lo familiar.

En efecto, el artículo 266 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, establece dos formas de divorcio al señalar: El divorcio "...es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges, y se substanciara administrativa o judicialmente, según las circunstancias del matrimonio...."

El divorcio voluntario es el solicitado de mutuo acuerdo por los cónyuges ante el juez del Registro Civil del domicilio conyugal, es decir a través de una autoridad administrativa; y procederá cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no este embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad, y estos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges.⁴³

Cuando los cónyuges que quieren divorciarse por mutuo consentimiento tienen hijos, o son menores de edad, tienen que recurrir al Juez de lo Familiar de su domicilio, para solicitar el divorcio y junto con la solicitud del divorcio deberá adjuntarse un convenio, el cual deberá contener la designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio; el modo de atender las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaría, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento; designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio; La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aun después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias; La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia a favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II; La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición; y las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no

⁴³ Artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Ediciones Fiscales ISEF, México, D.F. 2007

tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos.⁴⁴

1.5.1.2. Medidas provisionales en el juicio de divorcio voluntario

Nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal nos señala cuales son esas medidas en su artículo 275° que a la letra dice: “Mientras se decreta el divorcio voluntario, el Juez de lo familiar autorizara la separación provisional de los cónyuges y dictara las medidas necesarias respecto a la pensión alimenticia provisional de los hijos y del cónyuge, en términos del convenio a que se refiere el artículo 273° de este Código.”

1.5.1.2 Consecuencias jurídicas del divorcio voluntario o por mutuo consentimiento.

Estas consecuencias jurídicas a las que haremos referencia a continuación son desde luego las de mayor trascendencia, porque se van a referir ya a la situación permanente en que quedarán los divorciados, sus hijos y sus bienes, una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio, en este caso hablando específicamente del originado por mutuo consentimiento, estas consecuencias o efectos los vamos a dividir en tres: en cuanto a las personas de los cónyuges, en cuanto a los hijos, y en cuanto a los bienes.

a) *En cuanto a las personas de los cónyuges.* El divorcio extingue el vínculo matrimonial y deja en libertad a los divorciados de contraer un nuevo matrimonio válido. Podrán volver a casarse dejando transcurrir un año después del día en que se declara ejecutoriada la sentencia de divorcio; la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutara si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nupcias o se una en concubinato. El mismo derecho tendrá el varón que se encuentre imposibilitado

⁴⁴ Artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Ediciones Fiscales ISEF, México, D.F. 2007

para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

b) *En cuanto a los hijos.* Ambos ex_conyuges conservan la patria potestad sobre sus hijos menores. En el convenio que se anexa a la solicitud de divorcio y que fue aprobado por el juez y por el Ministerio Publico queda establecido lo relativo a la custodia y sostenimiento de los hijos.

c) *En cuanto a los bienes.* En el propio convenio los cónyuges señalaron lo relativo a la administración de la Sociedad conyugal mientras duraba el procedimiento y a la liquidación de la misma una vez ejecutoriado el divorcio. En cuanto a los bienes se aplicaran, por lo tanto los acuerdos aprobados.

1.5.2 DIVORCIO NECESARIO

El divorcio necesario o contencioso, se presenta cuando un cónyuge plantea ante la autoridad judicial, una cuestión litigiosa, fundando su petición en hechos que impiden la subsistencia de las relaciones conyugales y que además de encontrarse previstas como causa de divorcio en el Código Civil, deben ser debidamente probadas en juicio, para obtener del Juez de lo Familiar una sentencia que decrete el divorcio solicitado.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 266 reconoce esta situación al disponer que el divorcio “.....Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o mas de las causales a que se refiere el artículo 267 de este Código”.n efecto el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal nos enumera cuáles son las causas en las que puede motivarse este tipo de divorcio, y que son las siguientes:

i. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

- ii. El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de este, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia,
- iii. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no solo cuando el mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con el;
- iv. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito,
- v. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;
- vi. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada,
- vii. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo,
- viii. La separación injustificada de la casa conyugal por mas de seis meses,
- ix. La separación de los cónyuges por mas de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos,
- x. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga esta que proceda la declaración de ausencia,
- xi. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos,
- xii. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164°, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendentes

- a su cumplimiento, así como incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168°,
- xiii. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión,
 - xiv. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada,
 - xv. El alcoholismo o el habito del juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia,
 - xvi. Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya estado condenado por sentencia ejecutoriada,
 - xvii. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este código,
 - xviii. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar,
 - xix. El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotropicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia,
 - xx. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge, y
 - xxi. Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169° de este Código.

La anterior enumeración de las causales de divorcio, es de carácter limitativo, por tanto, cada causal es de naturaleza autónoma.”

1.5.2.1 Consecuencias jurídicas del divorcio necesario

Como ya dijimos, las consecuencias jurídicas del divorcio, del tipo que sea, son muy importantes porque se va a referir ya a la situación permanente en que quedarán los divorciados, sus hijos y sus bienes, una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio, en este caso hablando específicamente de este tipo de divorcio necesario, estas consecuencias o efectos los vamos a dividir de igual manera en tres: en cuanto a las personas de los cónyuges, en cuanto a los hijos, y en cuanto a los bienes.

a) En cuanto a las personas de los cónyuges. El efecto directo del divorcio es la extinción del vínculo conyugal. Los antes cónyuges dejan de serlo y adquieren libertad para contraer un nuevo matrimonio válido. El cónyuge declarado inocente puede contraer un nuevo matrimonio de inmediato; la cónyuge inocente deberá esperar trescientos días para volver a casarse. Este plazo de trescientos días empezará a contarse a partir de la fecha en que el juez ordeno la separación judicial, o sea, al admitir la demanda o antes si hubo urgencia en la separación. El plazo de trescientos días que pide la ley con respecto a la mujer que quiere contraer un subsiguiente matrimonio tiene por objeto evitar la confusión de paternidad con respecto al hijo que la mujer puede dar a luz en los plazos que la propia ley señala para imputar certeza de paternidad al marido (180 días después de celebrado el matrimonio y dentro de los 300 días posteriores a la extinción de matrimonio por muerte del marido o de la separación judicial en casos de divorcio o nulidad del matrimonio). En cuanto al cónyuge culpable, la ley impone como sanción dos años de espera para poder contraer nuevo matrimonio válido.

b) en cuanto a los bienes de los cónyuges. El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración al matrimonio; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho. El divorcio disuelve la sociedad conyugal, por ello, ejecutorizado el divorcio, se procederá desde luego a

la división de los bienes comunes y se tomaran las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con respecto a los hijos. El cónyuge inocente tendrá derecho a alimentos otorgados por el culpable, mismos que serán fijados por el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica. El cónyuge culpable nunca tendrá derecho a alimentos por parte del otro. Si ambos son declarados culpables, ninguno podrá exigir alimentos al otro. Cuando por divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito. La duración de la obligación de alimentos condicionada a que el cónyuge inocente viviera honestamente y no contrajera nuevas nupcias, es correcta pues el derecho de alimentos, cualquiera que sea su fuente, debe estar supeditado a los dos factores de la necesidad del que los recibe y a la capacidad del que los otorga. En casos de divorcio se da con gran frecuencia que el cónyuge que durante el matrimonio se dedicaba a las labores del hogar (normalmente la cónyuge), no tenga de momento bienes propios ni capacidad para trabajar en forma remunerada. Los alimentos, en estas circunstancias, deben ser otorgados por el tiempo suficiente para que el cónyuge inocente se capacite para el trabajo.

c) *En cuanto a los hijos.* La obligación de ambos progenitores de contribuir a la subsistencia y educación de los hijos.⁴⁵

⁴⁵ MONTERO Duhalt Sara, Op.Cit, Pág. 253-254

CAPITULO II
ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD
(Guarda y Custodia)

2.1 CONSIDERACIONES GENERALES

La doctrina no es uniforme en cuanto a la naturaleza de la patria potestad, algunos la definen como una Institución, otros como una potestad y otros como una función; lo importante, independientemente de su naturaleza, es el objetivo de la misma, la asistencia, cuidado y protección de los menores no emancipados.

El concepto de patria potestad viene del latín *patrius aum*, lo relativo al padre, y *potestas* potestad. Sin embargo, es necesario advertir que nuestro Código actual desarrolla en tres capítulos todo lo relativo a la Institución, se abstiene de definirlo, al igual que el Código de 1884, que lo reguló en sus artículos del 363° al 403°.

Anteriormente, el concepto de patria potestad significó el poder del padre y los datos históricos confirman la correspondencia de esa terminología con lo sucedido en épocas –pretéritas, en las que la organización familiar se sustentaba sobre el poder del padre, que ejercía no solo sobre sus descendientes, si no sobre todo el grupo, normalmente extenso que componía en otros tiempos el núcleo familiar.

En la actualidad nos dice la autora Montero Duhalt Sara: ” La patria potestad, dejó de ser patria pues no es exclusiva del padre, si no compartida por igual con la madre o a veces exclusiva de ella, o ejercida por los otros ascendientes, por parejas o por uno solo de los abuelos o abuelas”.

Por ello en un sentido usual, para el hombre medio e incluso para algunos Juristas, la patria potestad es un concepto de la misma naturaleza que recae tanto en el padre como en la madre.

En sentido Jurídico, De Ibarrola Antonio nos señala que: “Podríamos definir lo que llamamos hoy patria potestad, como una sumisión del padre a las necesidades del hijo a la Sociedad.”⁴⁶

⁴⁶ DE IBARROLA Antonio, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, año 1993, Pág. 415

Rojina Villegas nos dice: “Dentro del parentesco se originan las relaciones específicas que impone la patria potestad entre padres e hijos o en su caso, entre abuelos o nietos. Por consiguiente, se destacan aquí sujetos especiales del derecho familiar que deben diferenciarse de los parientes en general, pues los derechos y obligaciones que se originan por la patria potestad, entre esa clase de sujetos, no son los mismos que de una manera general determina el parentesco”.⁴⁷

Del conjunto de estas definiciones podemos inferir que la definición de patria potestad, tiene que hacer resaltar un conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tienen para con sus descendientes.

Ahora bien, para adentrarnos al tema que nos atañe, dentro de las facultades y deberes que competen ordinariamente a la patria potestad, se encuentra **la guarda y custodia**, que de acuerdo al autor Ivan Lagunes Pérez, es “ La acción de cuidar directa y temporalmente incapacitados, con la diligencia propia del buen padre de familia”.

Es de observarse que la figura de la guarda y custodia, implica la obligación de conservar en calidad de depositario la persona de los descendientes inmediatos.

Dado lo anterior, analizaremos los Antecedentes históricos de la **guarda y custodia del menor** de acuerdo a como ejercían la **patria potestad** las distintas civilizaciones, ya que como veremos es precisamente de esta, de donde se desprende tal función, y como veremos posteriormente a través de la historia, no existía la figura de **la guarda y custodia del menor** regulada como tal, toda vez que esta se encontraba y se encuentra legislada dentro de la Institución de la **patria potestad**.

⁴⁷ ROJINA VILLEGAS Rafael, Compendio de Derecho Civil, I, Editorial Porrúa, ,México, D.F. Año 1983, Pág. 67

2.2 DERECHO ROMANO

Para conocer el origen de la patria potestad, es conveniente seguir una trayectoria histórica de los principales acontecimientos como es el caso del Derecho Romano; en donde la base esencial del patriarcado lo determino la familia.

El régimen de la patria potestad ha dependido de distinto significado de la familia en las sucesivas etapas históricas. En tal sentido, es necesario conocer como se concebía a la familia en el Derecho -Romano.

Para Floris Margadant Guillermo, el termino "Familia significa, en el antiguo latín, "patrimonio domestico", así el *paterfamilias* significa el que tiene el "poder" (de la misma raíz que pater) sobre los bienes domésticos. Observamos de paso, que en el latín posterior, el termino "familia comienza a referirse a un sector determinado del patrimonio domestico, o sea los *famuli*, es decir, los esclavos."⁴⁸

Así bien, en el derecho romano encontramos, desde sus comienzos, un sistema estrictamente patriarcal; solo el parentesco por línea paterna cuenta en derecho. A consecuencia de ello, cada persona tiene solo dos abuelos: los paternos.

La constitución de la familia romana, así entendida, esta caracterizada por el rasgo dominante del régimen patriarcal: la soberanía del padre. Dueño absoluto de las personas colocadas bajo su autoridad, el jefe de familia arregla a su manera la composición: excluir a sus descendientes por la emancipación, puede también por la adopción, hacer ingresar algún extranjero. Su poder se extiende hasta las cosas: todas sus adquisiciones y las de los miembros de la familia se concentran en un patrimonio único, sobre el cual ejerce el durante toda su vida los derechos de propietario, en fin, el *paterfamilias* cumple como sacerdote de dioses domésticos,

⁴⁸ FLORIS MARGADANT Guillermo S. Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, S.A. 1981, Paginas 194,195,196,197.

la sacra privata, la ceremonias de culto privado, que tienen por objeto asegurar a la familia la protección de los ascendientes difuntos.⁴⁹

Siguiendo a Floris Margadant se puede afirmar que el centro de toda familia romana o **domus** es el paterfamilias, quien es dueño de los bienes, señor de los esclavos, patrón de los clientes. Tiene la patria potestad sobre los hijos y los nietos, y muchas veces como veremos, posee mediante la *manus* un vasto poder sobre la propia esposa y las nueras casadas *cum manu*. Además, es el juez dentro de la domus, y el sacerdote de la religión del hogar. Es como una especie de “monarca domestico” que puede imponer, inclusive, la pena de muerte a sus súbditos, sin embargo para medidas tan drásticas el paterfamilias estaba bajo cierta vigilancia moral, por parte, primero, de la organización gentilicia; y luego, del censor.⁵⁰

Así la antigua familia romana es como una pequeña monarquía, como una confederación de gentes; y cada gens, como una confederación de domus, de monarquías domesticas

En síntesis, en los inicios del Derecho Romano, como lo refiere el autor Di Petrio Alfredo “el paterfamilias ejerció un poder unitario y absoluto sobre todos los miembros de la familia, recibiendo el nombre de *manus* (el poder sobre personas o cosas)”⁵¹; siendo la patria potestad una institución del derecho civil consistente en el poder que tenia el jefe de familia sobre sus descendientes. Así también le correspondía la patria potestad al ascendiente de sexo masculino de más edad, podía tratarse del abuelo o bisabuelo, quienes la conservaban mientras viviesen.

A mayor abundamiento, Sainz José Maria nos señala que:

⁴⁹ EUGENE PETIT, Tratado elemental de Derecho Romano, editorial Época, S.A., 1977, PAG.95,96,97,98

⁵⁰ Cfr. FLORIS MARGADANT Guillermo S. Derecho Romano, Editorial Esfinge, .S.A. 1981, PAG.194,195,196,197.

⁵¹ DI PIETRO Alfredo. Derecho Privado Romano, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1996, pag. 294.

“...a la patria potestad o potestad del padre como la base principal de la familia, consistiendo en el poder que este tenía sobre sus hijos, es decir, siendo un elemento de régimen patriarcal, y ejercitándose solo por ciudadanos romanos, en este sentido todos los derechos estaban de su parte y todas las obligaciones de parte de los sometidos a ella, por tal motivo el sometimiento no cambiaba por razón de la edad, ni por la circunstancia de contraer matrimonio”.⁵²

Esta organización, tiene por base la preeminencia del padre, y donde la madre no juega ningún papel, es del tiempo del origen de Roma.

Este sistema se llama agnaticio, el moderno en cambio, no es ni matriarcal ni agnaticio, si no que es cognaticio, es decir, reconoce el parentesco, tanto por línea materna como paterna, y da como resultado la familia mixta.

Dentro de este contexto es necesario indicar el *paterfamilias* y las personas colocadas bajo su autoridad paternal, o su *manus*, están unidos entre ellos por el parentesco civil llamado *agnatio*. Esta ligadura subsiste a la muerte del jefe, lo mismo entre sus hijos que hechos *sui iuris*, después de muerto el padre, son jefes a su vez de nuevas familias, o *domus*, que entre los miembros de las cuales están formadas. Todas estas personas se consideran como pertenecientes a una misma familia civil: he aquí otro sentido de la palabra familia, en cuyo caso, que es el más común, la familia, se compone de agnados, es decir, del conjunto de personas unidas entre ellas por el parentesco civil.

Tenemos por tanto, que precisar cuales son los *agnados* y desde luego también los padres que solo tienen cualidad de *cognados*.

⁵² SAINZ José Maria. Derecho Romano I, editorial Limusa S.A. de C.V. México, D.F. 1996, Pág. 181.

Los romanos distinguen el (parentesco natural o *cognatio*) y el (parentesco civil o *agnatio*).

Entendiendo así, que la *cognatio*, es el parentesco que une a las personas descendientes unas de otras (línea recta) o descendiendo de un autor común (línea colateral), sin distinción de sexo, es por tanto, un parentesco que resulta de la misma naturaleza.

En nuestro derecho, este parentesco es suficiente para constituir la familia, pero en derecho Romano es completamente distinto.

Los que su cualidad es solo de *cognados*, no forman parte de la familia civil; para ser de esta familia hay que tener el título de *agnados*.

Los que su cualidad es solo de *cognados*, no forman parte de la familia civil; para ser de esta familia hay que tener el título de *agnados*.

Por otro lado, la *agnatio*, es el parentesco civil fundado sobre la autoridad paternal o marital. Es muy difícil dar una definición completa de los *agnados*; se puede decir que son los descendientes, por vía de varones, de un jefe de familia común, colocados bajo su autoridad, o que le estuvieran sometidos si aun viviera. Hay que poner también entre los *agnados* a la mujer *in manu*.

La familia agnación existe entre el padre y los hijos o hijas nacidos de su matrimonio legítimo, o introducidos en la familia por adopción; si los hijos se casan y tienen hijos, estos hijos están *agnados* entre ellos, y *agnados* de su padre, y de su abuelo paterno. Los hijos no son *agnados* de su madre, a no ser que esta sea *in manu*; de lo contrario, solo son sus *cognados*, por no tener nunca sobre ellos la autoridad paternal.

Así la agnación puede desenvolverse hasta lo infinito, aunque solo se transmite por medio de los varones. Cuando un jefe de familia tiene un hijo y una hija, los hijos

de sus hijos serán sus agnados, y los de su hija estarán bajo la autoridad del marido, que es su padre; es decir, en la familia de su padre y no en la de su madre, por lo que la agnación queda suspensa por vía de las mujeres.⁵³

Así, en los primeros siglos de la existencia de Roma, el poder del paterfamilias era prácticamente ilimitado, llegando inclusive a tener derecho de vida y muerte sobre sus descendientes, así como el hecho de poder emanciparlos a una tercera persona

En consecuencia, la patria potestad del padre dentro del Derecho romano era ilimitada, y así nos lo hace saber Antonio de Ibarrola quien nos dice:

“Terribles eran en Roma los efectos de la patria potestad. Durante mucho tiempo el padre pudo matar, mutilar, arrojar de su casa a las personas **alieni iuris** (personas sometidas a su potestad), como podía romper, destruir, abandonar las cosas que les pertenecían. Esta potestad fuere cual fuese la edad de los **alieni iuris**, no se extinguía mas que por la muerte, o la **capitis deminutio**”.⁵⁴

Morineau Iduarte y Iglesias Román, apoyan la concepción anterior, al señalar que “en Roma la patria potestad, era el poder que tiene un jefe de familia (paterfamilias) sobre sus descendientes”.⁵⁵

Julio J. López del Carril nos dice que el amplio poder del **pater familias** se debe a un carácter religioso, al indicar: “El poder paternal en Roma, era extensísimo, siempre tuvo obligaciones y estas derivaron, en principio, del carácter sacerdotal del padre; este es el depositario del honor de los ascendientes, el responsable de los descendientes”.⁵⁶

⁵³ EUGENE PETIT, Tratado elemental de Derecho Romano, editorial Época, S.A., 1977, PAG.95,96,97,98

⁵⁴ DE IBARROLA Antonio, Op. Cit, Pág. 442

⁵⁵ MORINEAU IDUARTE Martha e Iglesias, Román; Derecho Romano, México OXFORD, University Press, 1998, Pág.61.

⁵⁶ DEL CARRIL LÓPEZ Julio. Derecho de Familia, Editorial Compatria, México D.F. Año 2000, Pág. 330

En efecto, el extenso poder del **pater familias** se debe a un carácter religioso, así nos lo hace saber Coulanges Fustel quien nos dice:

“El padre es el jefe de la religión domestica y dirige todas las ceremonias del culto como le parece o como lo ha visto hacer a su padre, de ahí deriva su derecho a reconocer o no al hijo que nace, el derecho a repudiar a la mujer en caso de esterilidad o en caso de adulterio, derecho de casar a su hija (esto es, de ceder su potestad a otro sobre ella) derecho de casar al hijo para perpetuar la familia. El derecho de emancipar, esto es, de excluir a un hijo de la familia y el culto; derecho de adoptar a un hijo o introducir un extraño en el hogar.”⁵⁷

Con base a este poder ilimitado -y siguiendo al mismo autor, podemos sostener que el Pater familias tenía el derecho de designar un tutor para su mujer y sus hijos, en caso de su muerte.

En caso de divorcio, los hijos se quedaban con el padre, y las mujeres no tenían potestad sobre sus propios hijos.

La propiedad era un derecho de la familia, que pertenecía a los antepasados y a sus descendientes (era por tanto, indivisible) y el usufructuario era el padre, ni la mujer ni los hijos tenían parte, por otro lado la dote de la mujer también pertenecía al marido- pater que, además de administrar los bienes dótales, ejercía los derechos de propietario.

Así mismo, cabe mencionar que la condición del hijo no era mejor que la de la mujer, ya que no poseía nada ni podía adquirir nada y el producto de su trabajo o

⁵⁷ COULANGES, Fustel; La Ciudad antigua, Madrid EDAF, 1982, P.89

del comercio eran para su padre y si se daba el caso de que el hijo adquiriera algún legado por testamento de un extraño, quien lo recogía era el padre.

El padre podía vender al hijo, considerándolo como una propiedad, o bien podía rentarlo, entendiéndose como su trabajo o sus brazos lo que vendía o rentaba (pero no se convertía en esclavo del comprador) de tal suerte que seguía bajo la patria potestad de su padre aun en esta condición.

Estando sujetos a la patria potestad del padre, ni la mujer, ni los hijos podían ser demandantes, defensores, acusadores, testigos ni acusados; solo el padre podía comparecer ante el tribunal de la ciudad ya que solo para él existía la justicia pública.

En ese orden de ideas, el padre era responsable de todos los delitos cometidos por los que estaban bajo su patria potestad.

Las mujeres no podían presentarse en juicio, ni aun como testigos; solo el padre podía comparecer ante el Tribunal de la Ciudad.⁵⁸

“Aún más, en relación a la mujer se considero que el hijo era pariente de su padre y de sus hermanos, pero no lo era en cuanto a su madre, salvo cuando este hubiese entrado a la potestad de su marido”.⁵⁹

El *paterfamilias* es la única persona que en la antigua Roma tiene una plena capacidad de goce y ejercicio, y una capacidad procesal, dependiendo todos sus miembros de él y participan de la vida jurídica de Roma a través de éste.

2.2.1 La monarquía

⁵⁸ Cfr. COULANGES, Fustel; La Ciudad antigua, Madrid EDAF, 1982, P.89

⁵⁹ Cfr. LOUZAN DE SOLIMANO, Nallely Dora, Curso de Historia e Instituciones del Derecho Romano, Ediciones Lumiere, Buenos Aires, Argentina 2001. pag.342

El principio de que el *paterfamilias* es la única persona que tiene plena capacidad de goce y ejercicio, y una capacidad procesal, dependiendo todos sus miembros de él y participan de la vida jurídica de Roma a través de éste, es una idea que tiene una larga y lenta evolución dentro del Derecho Romano.

Por ejemplo, en la monarquía que abarcó el periodo de 753 a.c. a 510 a.c.; cuando Roma empieza a crecer y extenderse, el *paterfamilias* era el único propietario, sacerdote domestico y juez dentro de su familia. Teniendo el derecho de abandonarlos, venderlos o exponerlos (es decir, no admitirlos en la familia, para el caso de no aceptar al recién nacido o no aceptar la atribución de paternidad); Así como el derecho de vida y muerte sobre sus hijos y nietos, aunque, en caso de llegar a este extremo, sin causa justificada, el *paterfamilias* se exponía a sanciones por parte de las autoridades gentilicias (*patrono*; defensor o protector). Derivando la palabra gentilicias de la *gens*.

La razón de esta situación nos la da Sara Bialostosky quien nos dice: “que dentro del derecho y sus fuentes el derecho privado de la monarquía, es consuetudinario y pertenece a la competencia de la familia, la cual estaba integrada por el jefe o (*paterfamilias*), mujer, hijos e hijas, descendientes unidos por el parentesco civil (*agnatio*)”.⁶⁰

Como podemos observar el *paterfamilias* era la única persona verdadera dentro de la familia. Originalmente, el hijo no podía ser titular de derechos propios; todo lo que adquiriría entraba a formar parte del patrimonio del jefe de familia.

Dentro de este periodo, el **pater familias** tenía el poder de dar a los hijos *mancipium*, es decir “cederlos a un tercero para su servicio a cambio de un precio por un tiempo determinado”.⁶¹

⁶⁰ BIALOSTOSKY Sara. Panorama del Derecho Romano. Editorial Textos Universitarios UNAM, México 1982.pag.24

⁶¹ SAINZ José María. Op Cit. Pag. 43

Ahora bien, en la monarquía empiezan a surgir paralelamente diferentes clases sociales, las cuales se encontraban conformadas por patricios y plebeyos, quienes a su vez necesitaban estar protegidos por un **paterfamilias**; es decir, estar bajo una potestad.

Como se podrá advertir, el principio que regía la patria potestad se extendió a todos los ciudadanos romanos. Empezó a convertirse en una institución de derecho privado.

2.2.2 La Republica

En la República que comprendió desde el 510 al 27 a.c; se mantuvo con las mismas características la institución de la patria potestad.

Será en la República que aparece la denominada la Ley de las XII Tablas, nombre que se le da al mencionado cuerpo legal, iniciando un derecho de tipo escrito; su contenido es de carácter público y de carácter privado, predomina el formalismo, la solemnidad, la generalidad y la sencillez en sus preceptos. Fue una legislación práctica, de sus preceptos ya que derivan la evolución de sus instituciones del derecho.⁶²

Dentro del cuerpo legal de la Tabla IV, se establece que la patria potestad es absoluta, es decir, que el padre tenía el derecho de vida y muerte, de venta y de exposición sobre sus hijos.”⁶³

Sin embargo, para poder ejercer el derecho de vida o muerte sobre los hijos, se necesitaba contar con la autorización de los parientes más próximos.

⁶² LOUZAN DE SOLIMANO Nallely Dora. Op. Cit. 73

⁶³ Ibidem. Pág. 76

Dentro de este contexto, Alfredo Di Pietro señala que dentro de la Ley de las XII Tablas y como parte del ejercicio de la patria potestad se autorizaba la exposición de los hijos deformes:

“ ¿cómo es que se realizaba esta exposición?: según las costumbres, una vez nacido el niño, la partera lo colocaba ante el pater en el suelo, y este, al levantarlo, lo estaba admitiendo como suyo, si lo dejaba expuesto no lo consideraba hijo suyo. Constantino decidió que el hijo expuesto pasara a la potestad o al dominio de aquel que lo recogiera ya como hijo o como esclavo. Pero Justiniano declaró ilícita la exposición, y al hijo expuesto como libre”.⁶⁴

Esta misma ley, nos dice José Maria Sainz, demostró en sus disposiciones antipatía a la figura de la mancipium, es decir, que el hijo en lugar de venderlo fuera colocado bajo el dominio de un tercero (persona libre), a fin de que este ejerciese autoridad sobre el temporalmente, en esta condición el hijo se encontraba en un estado parecido al del esclavo, sin perder su condición; estableciendo asimismo que el hijo mancipado por tres veces fuese libertado del dominio del padre y una vez ejecutada la patria potestad, era transmitida al nuevo paterfamilias. Así que el hijo era vendido al adoptante por tres veces; y la jurisprudencia interpretó que las hijas y nietos con una sola mancipación producía esos mismos efectos. No siendo la única forma de sacar al hijo de la patria potestad, también el **pater** podía entregarlo al acreedor en garantía de una deuda.”

65

Sin embargo, se declaró ilícita la venta de los hijos, excepcionalmente se permitió en caso de extrema necesidad alimenticia; perteneciendo al hijo todos los bienes no provenientes del padre y siguen siendo de su propiedad, por lo que se crea otra figura jurídica llamada peculio, “ que es la masa de bienes concedida por el pater

⁶⁴ DI PIETRO Alfredo, Op.Cit. Pág. 295

⁶⁵ SAINZ José Maria. Op.Cit. Págs. 183-184

al hijo en goce y administración, pero no podía donarlo ni disponer de ellos, mas que por el acto de ultima voluntad.”⁶⁶

También las personas en potestad gozaban de capacidad negocial o de obrar, pero sus adquisiciones realizadas en razón de los contratos en que intervenían formaban parte del patrimonio del pater. A su vez el jefe de familia tiene la facultad de dar su consentimiento en caso de que el hijo o esclavo contraten con terceros, respondiendo estos por la totalidad de la deuda.

Logrando todavía a finales de la Republica, introducir el uso de declarar en su testamento, cuando consideraba como su hijo a tal ciudadano; considerándose como una adopción, atribuyendo, al adoptado la calidad de hijo, de sobrino o de nieto. Otorgándole así al nuevo paterfamilias la patria potestad sobre un adoptado.

En relación con el derecho de familia, vemos la paulatina decadencia de poder de los paterfamilias sobre esposas e hijos; siendo por el matrimonio, según el cual la esposa queda bajo la potestad del marido, o la del padre del marido, perdiendo toda independencia patrimonial, retrocediendo a fines de la Republica ante las nupcias, y en donde la esposa queda bajo la potestad de su padre. El hijo recibe además ciertos derechos frente a padre, educación, curación, etcétera, y se crean remedios contra la no motivada resistencia de los padres a ciertos matrimonios.

2.2.3 El Imperio

En esta época Roma había evolucionado de manera importante, sus relaciones con otros pueblos y culturas habían modificado su estructura social, la cual abarco desde el año 27 a.C. a 235 d.C.; en esta etapa la ciencia del derecho es el deporte intelectual favorito de los romanos. Todo hijo de buena familia debía de tener conocimientos jurídicos y los casos interesantes se discutían en toda la ciudad; los jóvenes sabían que mediante el conocimiento del derecho tendrían mejores

⁶⁶ LOUZAN de Solimano Nallely Dora. Op.Cit. Pág. 76

perspectivas de éxito en su carrera oficial y los viejos continuaban sirviendo a la comunidad y aumentaban su prestigio.

Dentro del Derecho Romano la legislación permitió al hijo la libre disposición de los bienes por el adquirido. Si por mucho tiempo, el padre pudo matar, vender o exponer a un hijo, dentro del imperio estos actos eran considerados graves, incluso como un crimen equiparable al homicidio.

La patria potestad que en su origen fue un poder establecido en beneficio del padre, se convirtió, durante la fase imperial en una figura jurídica en la que encontramos derechos y deberes mutuos.

El matrimonio era la fuente principal de la patria potestad, ya que fue establecido y sancionado por el derecho civil. Solo aquel que lo había contraído podía gozar de los derechos de la patria potestad, puesto que los hijos que nacían del matrimonio justo estaban sometidos al poder de esta institución jurídica.

Para contraer matrimonio legal tal y como lo cita el autor León Gabriel, “ es una unión de hombre y mujer que trae consigo la comunicación de vida y derechos humanos y divinos”,⁶⁷ esto se establecía dentro del derecho romano, que para contraerlo necesitaban determinadas condiciones, pubertad de los esposos, consentimiento de los mismos, consentimiento de los padres y el poder de tomar una esposa según el Derecho Romano (que estos fueran ciudadanos romanos).

Durante el imperio también se modificó la disposición por la cual los hijos de familia no podían tener un patrimonio y se les permitió a estos adquirir un pequeño patrimonio llamado peculio. En donde el padre tenía el derecho de administración y le correspondía el usufructo de estos bienes, pero no estaba obligado a dar, ni rendir cuentas. Estos bienes podían ser cedidos por el paterfamilias a sus hijos o a sus esclavos, exclusivamente para su administración.

⁶⁷ LEON Gabriel. Antecedentes y evolución de la patria potestad en la legislación mexicana, Edición Escuela Libre de Derecho. México, D.F. 1949. PAG. 16

Pero los inconvenientes de la emancipación desaparecen y el mancipado puede adquirir un patrimonio propio. En cambio, la mancipación tenía carácter irrevocable y solo quedaba sin efecto cuando el hijo fuera culpable de ofensa, o malos tratos inferidos a su padre.

Al final del imperio Constantino publicó una ley que mandaba castigar como parricida a todo aquel que hubiera dado muerte a su hijo fueren cuales fueren los motivos.

Finalmente durante el imperio, absoluto el poder de los padres se redujo a corregir a sus hijos y en caso de requerir alguna penalidad se debería acudir a magistrados.

La evolución que ha tenido el derecho romano en base al derecho privado; pero principalmente a la patria potestad, en donde, se facultó al hijo para reclamarle alimentos al paterfamilias, así como el reconocimiento que se le da al hijo para que este pudiese quedarse judicialmente en contra del jefe de familia.

También en esta época aparece la institución de la legitimación por el emperador Constantino, quien fue el primero en reconocerla, pero solo la permite respecto de los hijos naturales y no adulterinos, es decir, debido a la influencia del cristianismo que con el fin de evitar uniones consideradas ilegítimas o extramatrimoniales combatió al concubinato.

Sainz José María cita a la legitimación como “ el procedimiento reconocido por el derecho civil por el cual un padre adquiriría la patria potestad sobre su hijo natural nacido de un concubinato.”⁶⁸

⁶⁸ SAINZ José María, Op.Cit, Pág. 191

El avance de la patria potestad en Roma, evoluciono poco a poco, como se pudo observar en un principio el paterfamilias era el único que tenia poder sobre sus descendientes, es decir sobre las personas y también sobre los bienes. Sin embargo esta enérgica autoridad fue desapareciendo, hasta que se convierte en una relación de mayor igualdad, con derechos y deberes para padres e hijos.

Con esta etapa es que definimos que en el derecho romano, las fuentes de la patria potestad eran las siguientes:

- a) Por matrimonio (*justae nuptiae*): matrimonio legítimo, reconocido por el derecho civil (*jus civile*).
- b) Por adopción: Institución de derecho civil por medio de la cual ingresaban a la familia, en virtud de un acto solemne, personas ajenas a ella en calidad de hijos o nietos.
- c) Por legitimación: procedimiento reconocido por el derecho civil por el cual un padre adquiría la patria potestad sobre su hijo natural nacido de un concubinato. Esta legitimación puede llevarse por tres procedimientos: matrimonio subsiguiente, oblación a la curia y rescripto del emperador.

2.3 LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO MEDIEVAL

2.3.1 EL DERECHO GERMANICO

Además de que la patria potestad sufrió una lenta evolución dentro del Derecho Romano, dejó pocas huellas en los derechos posteriores, por ejemplo el concepto de patria potestad en la legislación española no fue el romano, sino el germánico.

Edgar Elías Azar nos dice que:

“En el derecho germánico encontramos un antecedente importante del concepto moderno de patria potestad: la *munt*, que tuvo un carácter tuitivo (que defiende, ampara, protege), como actualmente lo tiene. El poder de los padres era compartido y no era vitalicio, como sucedía en algunos casos del derecho romano.”⁶⁹

Sin embargo, Ibarrola difiere de lo opinado por Elías Azar, ya que, en su opinión, esa figura no fue ejercida en forma compartida, sino solo por el padre, al manifestar lo siguiente:

“Por lo que hace a la patria potestad germánica, en ella la familia (*Sippe*, el linaje), presenta un tipo mas reducido, casi de carácter militar. Al casarse, el marido adquiere una potestad que se llama *munt* sobre la mujer y los hijos de esta. La patria potestad se parece algo a la romana. La ejerce solamente el padre; este tiene una facultad de corrección que puede llegar hasta la pena de muerte, por ejemplo, si el padre sorprende bajo el techo paterno en adulterio a su hija, puede “hacer de ella lo que quiera”. La hija no puede contraer matrimonio sin consentimiento del padre, quien puede venderla. El contacto con los romanos descompuso en cierto modo esta organización de la familia hasta el punto de que, en pueblos germanos, se estableció el divorcio”.⁷⁰

A, pesar de esta discrepancia, y haciendo nuestras las palabras de Julio López del Carril se puede sostener que: “Que el derecho germánico, era enteramente diferente del derecho romano, ya que en la posición germana significa un derecho y un deber de protección que cesaba al hacerse el hijo independiente, ello se traduce en la intervención de la madre; de tal manera que existían dos situaciones: a) en las relaciones con el exterior, el padre es normalmente el portavoz jurídico del grupo familiar y por ende de la patria potestad; b) en el interior del grupo cuando se plantea una cuestión que interesa al bien común de la familia, la portavoz es la mujer, sin perjuicio de reconocerse cierta preponderancia al marido

⁶⁹ ELIAS AZAR, Edgar; Personas y bienes en el derecho civil mexicano, México, Porrúa, 1997, Pág.370

⁷⁰ DE IBARROLA, Antonio; Op.Cit, p442

y al padre que no comprende las decisiones arbitrarias e inmotivadas que constituyan un abuso de derecho.”⁷¹

2.3.2 LA PATRIA POTESTAD EN LA ESPAÑA MEDIEVAL.

En la legislación de la España medieval, cuya influencia se deja sentir en forma directa en México, no siguió la tradición romana en cuanto a la regulación de la patria potestad, sino en este caso opto por seguir el modelo germánico, en donde tanto el hombre como la mujer ejercían la patria potestad sobre los hijos y ya no de una manera absoluta, sino mucho mas atenuada en cuanto a su rigor, tal y como nos da noticia el autor Elías Azar Edgar, al mencionar que: La España de la Edad Media recoge la *mund* germánica, sin atender en este capitulo al derecho romano que, como se vio, era muy drástico y excluía a la mujer de este ejercicio.

En efecto, en el derecho romano, el **pater familias** era la autoridad domestica suprema a la cual se hallan sometidos los hijos, al punto que carecían de capacidad conforme al derecho. La familia descansaba en la autoridad del pater familias. En la Edad Media tal potestad se fue atenuando como consecuencia de las ideas del cristianismo, aunque sin perder su naturaleza de verdadero poder familiar sobre los descendientes⁷²

Debe subrayarse que, dada la estructura económica, social y jurídica de la Edad Media, la patria potestad era relativa porque los padres deberían criar y cuidar a sus hijos para que realizaran esas labores, pero finalmente su vida dependía de lo que dispusiera el señor feudal que, en ultima instancia, era quien tenia el poder de disciplinar y corregir no solo a sus hijos, sino también a sus siervos y a los hijos de sus siervos, lo que finalmente aparejaba explotación del hombre por el hombre y supresión de la libertad y dignidad humana.

⁷¹ DEL CARRIL LÓPEZ Julio. Op.Cit. Pagina 330

⁷² GALINDO GARFIAS Ignacio, Op.Cit, Pagina 437, 438

2.3.3 LA PATRIA POTESTAD EN EL CRISTIANISMO Y EL IMPERIO BIZANTINO.

Al aplicar los cristianos el dogma y la moral a la organización familiar y social, se logro como resultado el que se diera especial relevancia al individuo y a la familia, por lo que la patria potestad se convirtió en un poder, pero también en una obligación consistente en cuidar y educar al niño, entendiéndose por esto último, el inculcarle los valores y principios del dogma cristiano, para que rigiera su vida al tenor de la moral cristiana.

Así, se dio el giro de 180 grados respecto a la concepción romana de la patria potestad que, como ya fue señalado, entrañaba un poder similar al del amo sobre el esclavo, para equilibrar la relación desde una perspectiva en la que ambas partes gozan del mismo status de dignidad y en la que campea un espíritu de amor al prójimo⁷³

Bajo ese contexto renace la cultura bizantina, que abarca desde la caída del imperio romano (siglo V) hasta la caída de Constantinopla en manos de los turcos (siglo XV).

Se puede concluir que la patria potestad es el poder del padre sobre los hijos, pero ligeramente atenuada por las ideas del cristianismo, en tanto que se contemplan deberes por parte de los padres, de cuidar, educar y corregir.

Al respecto, Julio J López del Carril, menciona: “La doctrina cristiana tuvo decisiva influencia en la moderación de la patria potestad que se traduce en algunos derechos que se les confieren a la madre y que aparecen en el derecho de Justiniano y más acentuadamente en el de Constantino”.⁷⁴

⁷³ Cfr. TOLEDO MARTINEZ Gabriela y ORTEGA CASTRO Juan Carlos, La pérdida de la patria potestad, página 17.

⁷⁴ DEL CARRIL LÓPEZ Julio. Op-Cit, Página 331

2.4 LA PATRIA POTESTAD EN EL RENACIMIENTO, EDAD MODERNA Y CONTEMPORANEA.

La evolución económica y social puso fin a la época medieval, presentándose el fenómeno del Renacimiento, que abarco todos los aspectos de la actividad humana y que se caracterizo por el renacer de la cultura clásica grecolatina de los principios e ideales que formaron la vida de griegos y latinos, rechazando la mentalidad de la Edad Media a la que consideran como bárbara y objeto de su total rechazo.

El Renacimiento tuvo su origen en Italia en los siglos XIV y XV, llegando a su apogeo al iniciarse el XVI. De Italia se extiende lentamente al resto de Europa, excepto Rusia, pero con la nota de que en cada país se desarrolla con un matiz especial.

Para el objeto de estudio del presente trabajo, lo relevante del Renacimiento es que aporta la manifestación ideológica y literaria conocida como el humanismo, ya que al basarse los autores en el arte latino y griego, desarrollaron una mentalidad erudita, critica y apasionada por las ciencias y las artes que se centro en el hombre y sobreestimo los valores humanos. La sobreestimación de estos valores y los descubrimientos geográficos y técnicos crearon el orgullo y el individualismo del hombre renacentista.

Al ser el humanismo un movimiento principalmente literario, su ideología la encontramos en las obras de destacados escritores como Nicolás Maquiavelo, Erasmo de Róterdam, Tomas Moro y Luis Vives.

Esta ideología impacto en cuanto al ejercicio de la patria potestad, en tanto todos los aspectos del quehacer humano se centraron en el hombre, aun cuando se aparto de valores religiosos y se cultivaron antivalores como el engaño, el disimulo y la venganza.

Se humanizo el trato para con los hijos y se procuro instruirlos en las bellas artes para su realización como seres humanos, fomentando el espíritu crítico.

Durante este periodo se sentaron las bases para que en los siglos XVII y XVIII se expandieran importantísimos movimientos intelectuales que culminaron con lo que se llamo “el siglo de la razón o de las luces”, llamado así porque toda la ideología de la época tuvo como pretensión iluminar con la luz de la razón la vida humana, disipando las tinieblas de la fe y de la autoridad, a dicho periodo se le denomina ilustración.

Las ideas de la ilustración están reflejadas en la enciclopedia, diccionario razonado de las ciencias, de las artes y de los oficios, en cuya confección participaron Diderot y D’Alambert, y que fueron el motor intelectual de las revoluciones francesa y norteamericana.

En este estado de cosas, desde el punto de vista económico, se presento la revolución industrial, generada por el invento de la maquina de vapor y una serie de artefactos destinados a la producción y transformación de manufacturas.

Así, estas tres grandes revoluciones marcaron el paso de la edad moderna a la contemporánea.

Es ya en este periodo de la edad Contemporánea, en donde al tenor de la declaración de los derechos del hombre, se configura a la patria potestad como un deber de los padres hacia los hijos y se proscriben la esclavitud y el maltrato físico hacia cualquier persona, esto se hace todavía con mayor rigor para los que están sujetos a la autoridad de los padres.

Al respecto Elías Azar Edgar dice:

“El derecho civil francés termina con el carácter coercitivo inflexible e inamovible de la patria potestad, modificando su concepto al grado en que se afirmaba que la patria potestad no existía a la luz de ese derecho, lo que era inexacto ya que solo se mantenía la institución con características atenuadas, suaves, sin traumatismos autoritarios y sin los excesos que tenía el paterfamilias sobre la persona y bienes del menor, en los derechos romano y germánico.”⁷⁵

Precisamente, es el Código de Napoleón de 1804 la base para nuestros códigos civiles de 1870 y de 1928, modelo este último prácticamente de la totalidad de los Códigos Civiles estatales mexicanos, en donde se consagra a la patria potestad como lo que actualmente se conoce: protectora del hijo, autoridad del padre sobre el y sobre sus bienes en forma limitada y reglamentada y, si bien se contempla la posibilidad de usufructuarlos, hay una correlativa carga y responsabilidad en su cuidado.

2.5 DERECHO NACIONAL

Para el estudio de la patria potestad, puede dividirse la historia del Derecho Mexicano en varios periodos que se analizara en los siguientes puntos. Iniciando el estudio por el México Prehispánico hasta llegar a nuestro Código Civil de 1928.

2.5.1 DERECHO PREHISPÁNICO

En cuanto a México se refiere, debemos recordar que nuestro país fue originalmente habitado por diversas etnias hasta la llegada de los españoles en el siglo XVI.

Al igual que en otras culturas antiguas, las mesoamericanas privilegiaban al varón y asignaban a las mujeres quehaceres domésticos y de cuidado a los hijos.

⁷⁵ ELIAS AZAR Edgard; Op.Cit. 370

A decir de Antonio de Ibarrola la patria potestad era ejercida tanto por el hombre como la mujer, al manifestar que: “Era el hombre el jefe de familia; pero en derecho, estaba en igualdad de circunstancias con su mujer. El hombre educaba y castigaba a los hijos varones, la mujer a las niñas. Ambos podían amonestar a sus hijos sin distinción”⁷⁶.

Miguel León Portilla al comenta que los padres procuraba darles a sus hijos “...una esmerada educación, ya fueran pipiltin (nobles) o maceguals (plebeyos), pues acudían a escuelas en donde recibían la instrucción adecuada a su clase (clamecac para los nobles y Telpochcalli para los plebeyos), enseñándoles poseía, matemáticas, astronomía, el arte de la guerra y oficios varios”⁷⁷.

A pesar de ello, la patria potestad era muy amplia. El padre solía vender a sus hijos como esclavos cuando a causa de su pobreza le era imposible mantenerlos. También estaba facultado para casar a sus hijos y el matrimonio que se celebraba sin el consentimiento del padre era tenido como ignominioso. Para castigar a los hijos, podían los padres usar de la violencia.

2.5.2 DERECHO COLONIAL

En los años 1521-1821 la Institución de la patria potestad se reguló a través de leyes del derecho español, tales como: Leyes del Toro, la Nueva y Novísima recopilación, el Ordenamiento de Alcalá, los Fueros Municipales y finalmente las Siete Partidas. Las cuales fueron establecidas por el Derecho Español a la Nueva España.

⁷⁶ DE IBARROLA Antonio; Op. Cit p, 109.

⁷⁷ LEON-PORTILLA, Miguel; Los antiguos mexicanos a través de sus crónicas y cantares, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, pp. 64 y 67.

A la llegada de los españoles, se modificó el esquema de los derechos de los padres, pues poco a poco se fue imponiendo la visión individualista española y la aplicación de su derecho, en especial y como ya se dijo las siete partidas, que de cualquier manera dio lugar a un poder sobre la persona y bienes de los hijos, pero limitada, dado que no podía darse muerte o abandonar a los menores.

Por otro lado es necesario destacar las leyes dictadas por las colonias españolas en América y en particular las que fueron elaboradas para la Nueva España, constituidas por Reales Cédulas, Provisiones, Instrucciones, Ordenanzas, Autos Acordados, Pragmáticas, Reglamentos y Decretos, y la Recopilación de Leyes de las Indias.

Pero la Ley de Indias no fue aplicada mientras se observaban las costumbres Indígenas. En cambio, dentro de la patria potestad el padre es el que sigue teniendo poder sobre sus hijos, esposa; ya que para que uno de sus hijos pudiera contraer matrimonio debería consultarlo con el jefe de familia, una vez dando éste su autorización podría celebrarse, de otro modo no se llevaría a cabo.

Sin embargo, Julio López del Carril Julio nos advierte que:

“Las leyes visigodas combatían el poder absoluto del padre en la patria potestad; el fuero real rechazó la idea del poder paterno como ilimitado y despótico, las partidas acogieron la concepción del Derecho Justiniano y limitaron el poder del padre, siendo la regla general que el poder paterno se ejerza con mesura y con piedad”.⁷⁸

2.5.3 MEXICO INDEPENDIENTE

Así llegamos hasta México independiente, donde la patria potestad continuo con el mismo sistema de poder de los padres ejercido en forma conjunta, pero con

⁷⁸ DEL CARRIL LÓPEZ Julio, Op-Cit, Pagina 331

prevalencia de la figura paterna, con ciertas limitaciones que impedían el abuso extremo.

Es hasta finales del siglo XIX e inicios del siglo XX en donde aparecen las primeras disposiciones que regulan de manera sistemática y completa la figura de la patria potestad, tanto en las Leyes de Relaciones Familiares, como en Códigos Civiles, pero basándose siempre en el modelo implantado por el Código Napoleónico de derechos y obligaciones, con un afán proteccionista hacia el menor, lo que impera hasta la fecha.

En un principio siguieron aplicándose las leyes españolas, para posteriormente reemplazarse por leyes nacionales, habiendo existido hasta el día de hoy tres Códigos Civiles en México, los cuales tienen una influencia directa e indirectamente del Código de Napoleón de 1804.

En México la influencia del Derecho Romano se ha hecho sentir claramente en la legislación positiva, especialmente en el Derecho Civil, por medio de la jurisprudencia española, este ha sido aplicado no solo durante la Colonia sino mas allá de su vida independiente; es decir, después de la independencia se siguieron aplicando en México las leyes españolas e indianas, ambas de indudable corte romano, las siete partidas, la Novísima Recopilación principalmente, que siguieron vigentes, en parte, aun después de la Independencia. El código de Napoleón y la doctrina francesa fueron, sin lugar a duda, base de inspiración de los Códigos Civiles mexicanos de 180, 1884 y 1928.

El Derecho Civil Mexicano otorgó la patria potestad a la mujer primero en defecto del varón. Después simultáneamente al hombre y a la mujer. Pero también se ha preocupado por el modo de asegurar los bienes pertinentes a los hijos.

La institución de la patria potestad en la legislación civil mexicana ha pugnado por llegar al mayor ejercicio simultaneo de la patria potestad por el padre y la madre,

por el mejor aseguramiento de los bienes del menor y mayor vigilancia sobre la administración de los mismos y por la obligación de la educación.

2.5.4 Código Civil de 1870

Las situaciones jurídicas y las relaciones de las personas respecto a su persona, patrimonio y familia, continuaron regidas por las disposiciones vigentes durante la Colonia hasta el año 1870, en que se promulga el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales.

El primer Código Civil para el Distrito Federal se promulgo el 13 de Diciembre de 1870, por mandato del Licenciado Benito Juárez, el cual duro catorce años.

El Código Civil de 1870, en el titulo octavo, capitulo primero trata de los efectos de la patria potestad respecto de las personas de los hijos. Otorgando la patria potestad a la mujer cuando por cualquier motivo el padre haya dejado de ejercerla; asimismo la mujer tiene administración de los bienes del hijo.

Se extiende la patria potestad a los abuelos y abuelas, a los que concede la facultad de poder renunciar a ella cuando, en bien de sus descendientes crea prudente hacerlo. Solo pueden renunciar a la patria potestad los abuelos por la edad, o porque se sienten incapacitados para ejercerla; sin embargo en las familias antiguas era el patriarca, abuelo o bisabuelo titular de esta institución jurídica.

La renunciabilidad es pues una característica especial de la patria potestad de los abuelos; porque el padre la puede perder por diversos motivos, puede emancipar al hijo, pero no puede renunciar a ejercerla.

El hijo a su vez tiene la obligación de permanecer en la casa del padre para corregirle prudentemente. Solo la podrá dejar por decreto de la autoridad pública competente.

Aún más, de acuerdo al artículo 397° , cuando dispone lo siguiente:

“Artículo 397° La autoridades auxiliaran a los padres en el ejercicio de esta facultad (la de corregir y castigar templada y mesuradamente a los hijos) de una manera prudente y moderada cuando sean requeridos para ello”.⁷⁹

Cabe destacar que también el derecho civil mexicano ha evolucionado, porque se otorgó la patria potestad a los abuelos, estableciendo una diferencia con el antiguo derecho romano, donde el abuelo era el único que podía ejercer la patria potestad, teniendo bajo su potestad a sus ascendientes, y a la esposa de su hijo, así como el poder sobre sus bienes.

2.5.5 Código Civil de 1884

Este Código Civil para el Distrito Federal, promulgado el 31 de marzo de 1884, entró en vigor el 1 de junio del mismo año.

Dentro de este Código la patria potestad recae en la autoridad paterna, la cual no será la de un señor absoluto que impone su voluntad en la dirección que quiere; por lo tanto sus funciones no serán del protector autoritario.

Los efectos de la patria potestad estableció el deber de honrar a los padres durante toda la vida; el deber de los hijos de permanecer en la casa de los padres; la obligación de estos de educar a aquellos; y la posibilidad del castigo mas o

⁷⁹ LEON Gabriel, Op-Cit. Pág. 51

menos grave como coadyuvante de la educación. Por lo cual se puede afirmar que el texto contenido en el Código de 1870 no fue modificado absolutamente.

Ahora bien, es necesario aclarar que los Códigos de 1870 y 1884 dispusieron que la patria potestad se ejercía sobre todos los hijos, los cuales podían incluir legítimos, hijos naturales, legitimados y reconocidos.

La patria potestad no la ejercía la madre sino en ausencia del padre; por lo cual se necesitaba que este estuviera muerto, para que entrara a ejercer la patria potestad la madre.

En ausencia de la madre; la patria potestad se podía ejercer por el abuelo, en ausencia de él, por la abuela.

Se establecía que cuando la mujer contraía segundas nupcias, perdía la patria potestad sobre los hijos de su primer matrimonio.

La mujer, aun cuando fuera mayor de edad, si no había cumplido todavía 30 años, no podía abandonar la casa paterna si no era para casarse, o bien cuando el padre, la madre o el ascendiente con quien viva contrajera nuevo matrimonio. Tanto el Código Civil para el Distrito Federal de 1870 y 1884 tienen similitud en cuanto al ejercicio de la patria potestad.

2.5.6 Ley de Relaciones Familiares de 1917

La ley de Relaciones Familiares de 1917 siguió el mismo programa que las dos leyes anteriores; transcribió también la mayoría de los artículos, pero si introdujo algunas modificaciones.

En la Ley de Relaciones Familiares la patria potestad se ejerce por el padre y la madre, por el abuelo y la abuela.

También establece que se ejercerá sobre la persona de los hijos naturales legitimados o no y de los hijos adoptivos.

2.5.7 Código Civil de 1928

El tercer Código Civil para el Distrito Federal se promulgó el 30 de agosto de 1928 y entro en vigor el 10 de octubre de 1932, el cual, rige actualmente en esta entidad en materia común, y en toda la Republica Mexicana en materia Federal.

La patria potestad pueden ejercerla ambos padres; además la mujer no por el solo hecho de contraer un segundo matrimonio pierde la patria potestad de los hijos de su primer nupcia, sino que la sigue conservando.

Además, antes de ser una institución jurídica es una obligación natural perdurable. El que tiene una obligación no puede ser eximido de ella por actos imputables a el, a menos que sean por no cumplir con su cuidado y protección del hijo menor.

La pérdida de la patria potestad no entraña la privación de todos los derechos ni la liberación de las obligaciones.

Como podemos ver la patria potestad logro un cambio desde la época de los romanos hasta nuestra actualidad, la cual se adapto de acuerdo a los intereses que la misma sociedad empezó a exigir en cuanto al hijo menor de edad y a la mujer, los cuales se encontraban bajo un poder que ejercía únicamente el padre o el paterfamilias.

2.6 FUNDAMENTO TEORICO DE LA PATRIA POTESTAD

En el proyecto de Código Napoleón, el consejero de estado, al desarrollar el fundamento de la patria potestad distinguió tres etapas: a) la naturaleza que en la infancia tengan los padres sobre los hijos un poder pleno dedicado exclusivamente a su protección y defensa; b) hacia la pubertad del hijo tiene necesidad de un mano fuerte que lo proteja, c) y desde a pubertad hasta la mayoría el poder de los padres es un medio de dirección y defensa.

Consecuente con ello, el proyecto del Código Civil Francés establecía que la patria potestad es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley.⁸⁰

La comisión senatorial para el proyecto del Código Civil Italiano afirmó que “la patria potestad tiene su primer fundamento en la naturaleza”.

De igual manera, en el Código Civil Español de 1889, se admite sin vacilaciones que la patria potestad se haya fundada en la naturaleza, y que no necesita del derecho positivo para actualizarse, la patria potestad es una facultad, y es una función natural al ensayar su prolijísima definición: “la patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole”.⁸¹

Concordante con ello, la Constitución de Irlanda de 1937 establece textualmente: “el Estado reconoce la familia como el grupo primario, natural y fundamental de la Sociedad y como institución moral que posee derechos inalienables e imprescriptibles anteriores y superiores a todo derecho positivo”. Y como la patria potestad es el elemento fundamental de la relación paterno- filial que a su vez

⁸⁰ CODIGO NAPOLEON CON LOS PROYECTOS DE LEY, INFORMES, Y DISCURSOS, BARCELONA, 1860, Tomo 1, PAGS. 404, 405, 409.

⁸¹ Ibidem, Pág.201

integra la familia, queda claro que la patria potestad es una Institución primaria natural y fundamental de la sociedad y constituye una Institución moral con derechos inalienables e imprescriptibles, y cuyo instituto es anterior al estado y superior a todo derecho positivo. Y todo ello es reconocido por el estado que regula su ejercicio teniendo en mira el superior interés del hijo menor de edad y de la familia a la que haya integrado.

Dentro del Derecho Canónico, León XIII ha afirmado que en la sociedad cristiana “la patria potestad se ajusta convenientemente moderada, a la dignidad de la esposas y de los hijos” que “la misma naturaleza da a los padres el derecho de educar a sus hijos.”

Dentro de la doctrina Argentina, Borda dice: “la autoridad paterna tiene su fundamento en la propia naturaleza” y “sin duda tiene una función social; pero el concepto de la Institución no se agota en los deberes que impone a los padres ni en la función social contenida en el cumplimiento de esos deberes. Implica también derechos, que los hombre tienen, en su calidad de tales, y que son; por tanto verdaderos derecho naturales.”

Llambias, en esencia concuerda con lo expuesto al manifestar que: “...la autoridad paterna sobre los hijos menores es un hecho o situación natural que se muestra por si al legislador tal como es, y ante el cual el derecho nada innova”

De igual manera, Julio del Carril dice: “que la patria potestad es un derecho natural” y que “tal derecho y obligaciones tienen preeminencia al mundo jurídico”⁸²

Con base en lo expuesto, podemos sostener que la doctrina moderna afirma que la patria potestad es un derecho y un deber que descansa primigeniamente en lo natural. Es decir, que la patria potestad existe como situación de hecho natural y

⁸² DEL CARRIL LOPEZ Julio, Estudios de derecho de familia, Editorial Compatria, México, D.F. Año 1984, Págs. 29 y 30.

social, con una fuerte legitimidad propia, frente a la cual el derecho nada innova, limitándose a acomodarse a ella.⁸³

De ahí que se sostenga que el Estado no hace mas que dar juridicidad a lo existe biológica, psíquica, moral y socialmente, dictando reglas que conducen al logro de los fines del Instituto, que conduce fundamentalmente en la protección de los hijos, y en el mantenimiento de la jerarquía paterna.

Sin embargo, esta teoría que es aceptada de manera por la mayoría de las legislaciones y tratadistas, es criticada por Planiol quien sostiene que es la ley la que “concede” la patria potestad a los padres.”⁸⁴

En esa tesitura es solo la ley quien concede la patria potestad de donde emana o se desdobra la “guarda y custodia” o sea que es creada jurídicamente y por la ley, no por el hecho natural biológico, que no tiene ninguna importancia y significación. De donde se concluye que solo es padre aquel a quien la ley admita como tal.

Quedaría así, que es solamente la ley quien concede el derecho a los padres, o que la patria potestad es creada por la ley; parece entonces que el hecho biológico no tiene ninguna importancia ni significación.

A pesar de la postura de del tratadista francés tenga razón, es necesario reconocer que esos derechos solo se confieren a los padres y exclusivamente a ellos, no hay patria potestad y por lo tanto “guarda y custodia” conferida a ninguna otra persona física o jurídica, cualquiera que ella sea. Por lo que entonces es preciso ser biológicamente padres para que la ley le conceda los derechos de tal y le adjudique los deberes de padre, la patria potestad no es una concesión, que es tanto como decir gracia, beneficio, custodia o préstamo que puede ser retirado, cancelado o aniquilado en cualquier momento. La familia y las instituciones

⁸³ RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, México, D.F. Año 1991, Pagina 195.

⁸⁴ PLANIOL y Ripert, *Op.Cit.* Págs. 312.

familiares como la “patria potestad” revisten carácter biológico-ético, por eso son irrenunciables, indelegables, intransmisibles e imprescindibles, no son de constitución jurídica ni primigenia ni primordial. La familia tiene vigencia natural antes que vigencia jurídica y sigue teniéndola indiscutiblemente, en cuanto ella signifique relación conyugal y relación paterno-filial.

Es evidente que son el padre y la madre quienes tienen interés en formar un ser física y psíquicamente sano, con cultural y moral, que permita el desenvolvimiento normal de ese hijo en el medio en que la humanidad actúa.

En la “patria potestad” el derecho objetivo regula los derechos y deberes de los padres y también los de los hijos. Y el derecho subjetivo es el poder jurídico conferido al padre contra quien pretenda detentar un poder sobre sus hijos para ejercer la patria potestad y remover los obstáculos que se le opongan.

Ahora bien la patria potestad, no se desdobra solamente en dos situaciones como son la titularidad y el ejercicio, sino que son tres los sectores: a) titularidad: que es la conexión de un derecho o de una facultad con un sujeto al que pertenece, ósea el cabeza “*juris*” de la patria potestad, que corresponde en conjunto no indivisiblemente, al padre y a la madre resultantes de la conjunción biológica imprescindible. b) potencialidad. Es el derecho que tiene latente la madre, para asumir el ejercicio de la patria potestad en los casos de viudez, en los de extinción, en los de pérdida del ejercicio y en los de suspensión del ejercicio que se apliquen al padre, c) Ejercicio: Es la parte dinámica de la patria potestad, pues es el movimiento del derecho a decidir, conducir los hechos y actos necesarios para que la patria potestad se haga efectiva y cumpla con sus fines y resultados. En una palabra es el movimiento del derecho subjetivo.⁸⁵

La patria potestad es la Institución mas profunda y completa de protección al menor de donde se desdobra también el deber-derecho de ejercer la “guarda y

⁸⁵ DEL CARRIL LOPEZ Julio J. Op.Cit, pagina 343

custodia”, y llena cinco funciones: a) familiar, b) filial, c) social; d) tutiva; e) jurídica.⁸⁶

De los antecedentes ya analizados, y haciendo nuestras las palabras de Sara Montero Duhatl podemos dar una conclusión: “ La historia de la patria potestad nos demuestra un proceso paulatino, pero continuado, de debilitamiento de la autoridad paterna. La organización de las sociedades primitivas descansaba en la constitución y fortaleza de la unión familiar. Núcleo familiar que tenía a su vez una sustentación de carácter profundamente religioso, como se supone que era la concepción del mundo y de la vida en las épocas arcaicas.

Los dioses, de quienes emanaba la vida y la muerte, la salud y la enfermedad, el sustento o la desgracia, eran las propias almas de los antepasados, a los que había que rendir permanentemente pleitesía, conservarles el fuego del hogar donde eran adorados, realizar toda la serie de ritos y plegarias que requerían para mostrarse propicios a los vivos. El representante de toda la familia, el sacerdote único, el heredero del hogar, el continuador de los ascendientes y raíz

de los descendientes era el padre; de ahí su enorme autoridad. La patria potestad no es pues, más que el reflejo de este poder que el padre ejercía en todos los ámbitos de las relaciones familiares. La historia de todos los pueblos de la antigüedad muestran, con ligeras variantes entre unos y otros, el primitivo poder absoluto el *pater familias*.

Característica de la organización patriarcal y, por ende, de una patria potestad de carácter absolutista, fue la del pueblo romano. La evolución que presenta esta Institución en sus diferentes etapas, desde la primitiva monarquía, la corta etapa de la república, y los quince siglos del imperio romano, de occidente y luego de oriente, es la de un original poder absoluto del padre, suavizado lentamente en sus consecuencias, compartido después por la madre, y limitado al final en el tiempo.

⁸⁶ Ibidem, página 345

Historia de la evolución de esta institución que ha sido acuciosamente estudiada por los investigadores históricos y de la que existen excelentes lecturas.

Por otra parte, esta gradual evolución de la patria potestad en el sentido del debilitamiento del omnímodo poder paterno, se manifiesta en el devenir de todos los pueblos. Las causas han sido complejas tan complejas como todo el proceso histórico de las sociedades. Se han querido ver causas de orden político, como la creciente intervención del Estado en las relaciones familiares. Recordemos la conocida frase de que el derecho romano se detenía a las puertas del hogar, en donde gobernaba el padre de familia. La influencia estatal en la actualidad se extiende a casi todos los ámbitos de la vida social, y lentamente el derecho público va ampliando su esfera, minando la del derecho privado. La vida familiar, que es uno de los ámbitos más íntimos y privados del ser humano, recibe la influencia y la intervención estatal, ya otorgando licitud a las relaciones entre los sujetos, ya imponiendo normas imperativas o prohibitivas. De las instituciones el derecho familiar es precisamente la patria potestad, una de las más reguladas por el orden jurídico".⁸⁷

⁸⁷ MONTERO DUHALT Sara, Op.Cit, Pág. 340 y 341

CAPITULO III
GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DEL MENOR

3.1 CONCEPTO JURIDICO DE GUARDA Y CUSTODIA

Hemos visto en los capítulos anteriores que el concepto de patria potestad, evoluciono a través del tiempo y este fenómeno repercutió en el concepto de la guarda y custodia.

Lejos del poder sobre la vida y los bienes de las personas que formaban el núcleo familiar del derecho primitivo romano, el concepto de patria potestad, consecuentemente el de guarda y custodia, se ha ido modificando al cambiar el centro de atención sobre el que reposa la institución.

En efecto, la forma actual de encarar la guarda y custodia tiende a enfatizar que se trata de beneficiar al menor, poniendo en pago los deberes y responsabilidades de los padres hacia los hijos.⁸⁸

Dentro de este contexto Del Carril López dice, que la guarda y custodia: "...comprende el conjunto de derechos-función que le corresponden al padre y/o en su caso a la madre a tener corporalmente al hijo consigo, a educarlo, a asistirlo en las enfermedades, a su corrección, alimentarlo, vestirlo, y coadyuvar a su correcta formación moral y espiritual".⁸⁹

Lagunes Pérez, señala por guarda y custodia a: "La acción de cuidar directa y temporalmente a incapacitados, con la diligencia propia de un buen padre de familia".⁹⁰

Las definiciones enunciadas, sin ser completas, si logran ser amplias, si se atiende a la dificultad de establecer los elementos que la constituyen.

⁸⁸ AZPIRI Jorge, Juicios de filiacion y patria potestad, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2003, Pag. 263

⁸⁹ LOPEZ DEL CARRIL Julio. Derecho de Familia, Editorial Porrúa, Pág. 280

⁹⁰ LAGUNES PEREZ Ivan, Diccionario Jurídico Mexicano, vocablo: guarda de los hijos, México, Porrúa, Pág.1555

Con las definiciones vertidas con anterioridad, diremos entonces que la **guarda y custodia** es una figura derivada de la filiación y el parentesco, y se encuentra regulada dentro de la institución de la patria potestad, comprende el deber y la facultad de tener a los menores en compañía de los padres; y el ejercicio de la misma produce en su calidad de figura jurídica, derechos y obligaciones para ambos padres, en el caso de divorcio esta regulada y determinada por autoridad judicial competente.

La guarda y custodia comprende una serie de facultades y deberes que competen ordinariamente a quienes ejercen las funciones de patria potestad o tutela.

3.2 NATURALEZA JURIDICA DE LA GUARDA Y CUSTODIA

El estudio de la guarda y custodia es uno de los temas mas interesantes del Derecho de Familia, sin embargo, cosa rara, el Derecho Romano no nos da muchas luces para su estudio, porque no se ocupo de ella como institución. Tampoco puede decirse que la desconoció, puesto que el concepto de custodia lo reconoció como una especie de diligencia, que consistía en mantener el cuidado necesario para conservar la cosa ajena y en vigilancia para que no se perdiese, extendiendo la responsabilidad del deudor hasta los casos fortuitos como el hurto o la huida del depositado.

Por ello, el problema que se nos presenta en el estudio de la guarda y custodia ¿Es una modalidad de la patria potestad? ¿Es una nueva forma de ejercer la patria potestad? ¿Es una prerrogativa de la patria potestad? ¿Es una obligación de conservar en calidad de deposito la persona de los descendientes conforme a instrucciones legales?

Nuestro ordenamiento Civil, establece en los artículos 412° y 413°, que la guarda y custodia corresponde a los que ejercen la patria potestad.

En efecto, el artículo 412° del Código Civil disponen lo siguiente:

“Artículo 412°.- Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley.

Por otro lado, el artículo 413° refiere:

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

De la lectura que se haga a los preceptos anteriores, la guarda y custodia corresponde a los padres, la cual puede quedar sujeta a las modalidades que impone la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores.

En el ejercicio de la Guarda y Custodia, tendrán que tomarse en cuenta ciertas reservas que se previenen para los casos de divorcio o nulidad de matrimonio, concubinato, filiación de hijos, adoptados, o acogidos por la mujer lactante que satisfaga requisitos de posesión de estado.

Con base a lo anterior, se puede desprender que la guarda y custodia es un conjunto de derechos y obligaciones que se derivan de quienes ejercen la patria potestad.

De ahí que Planiol y Ripert sostengan: “La Guarda de los hijos no solo es un derecho para los padres, al mismo tiempo es para ellos una obligación de la que en principio no pueden liberarse”⁹¹

En este sentido, se puede decir que la patria potestad genera las obligaciones de vigilancia, de corrección, sobre sus descendientes menores de edad no emancipados, así como de administración y usufructo legal en relación a los bienes de dichos menores.

3.3 OBJETO DE LA GUARDA Y CUSTODIA

Hemos dicho que la Guarda de los hijos no solo es un derecho para los padres; es al mismo tiempo para ellos una obligación de la que en principio no pueden liberarse.

De igual manera, la Custodia de un hijo es el derecho de que habite en la casa de los padres. Planiol y Ripert, confirma esta idea al señalar: “ El padre, guardián de su hijo, puede por tanto, obligarlo a que habite con él.”⁹²

Esta situación la reconoce nuestro Código Civil, al disponer en su artículo 421° lo siguiente:

Artículo 421°.- “Mientras estuviese el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.”

Esta obligación del menor hace que se le atribuya como domicilio legal, el domicilio de quien ejerce la Guarda y Custodia, puesto que no tiene la otra residencia.

⁹¹ PLANIOL Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil Francés, Volumen III, Editorial Cajica, México 1997,

Pág. 259

⁹² Ibidem. Pág.259

A su vez, los artículos 414° Bis y 416° del ordenamiento legal citados párrafos arriba, refiere las siguientes obligaciones para los progenitores o ascendientes que ejerzan la Guarda y Custodia:

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

- i. Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;
- II. Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;
- III. Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de estas por parte del menor.
- IV. Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.

Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades señaladas; lo que el Juez valorará en los casos de suspensión de la patria potestad, de la determinación de la guarda y custodia provisional y definitiva, y el régimen de convivencias.

No se considera incumplimiento de estas obligaciones el que cualquiera de los progenitores tengan jornadas laborales extensas.”

“Artículo 416°: En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus obligaciones y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la **guarda y custodia** de los menores. En caso de desacuerdo el Juez de lo familiar resolverá lo

conducente, previo el procedimiento que fija el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles.

Con base en el interés superior del menor, este quedara bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y crianza conservando el derecho de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.”

3.3.1 LA CUSTODIA Y EL ARTICULO 4° CONSTITUCIONAL

Es necesario para el estudio de la figura de la Custodia, analizar el precepto 4° Constitucional, ya que como veremos en el transcurso del presente tema, va aparejado con el derecho que tienen ambos progenitores de ejercer la Guarda y Custodia sobre sus menores hijos.

Al respecto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, refiere en su artículo 4°:

“El varón y la mujer son iguales ante la Ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

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

Toda persona tiene derecho a las protección de la salud. La ley definirá las bases u modalidades y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73° de esta Constitución.

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

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

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

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

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos.

El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

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

Deducimos entonces, que dar automáticamente preferencia a la madre, o en su caso a cualquiera de los padres sobre el otro, bajo cualquier argumento de orden natural o de género en la custodia de los hijos, genera problemas de índole constitucional y violenta la legislación específica respecto a los derechos de los padres y de los hijos al proceso justo, a la igualdad en el proceso, y a la igualdad en la protección en y ante la Ley.

Así mismo, y de conformidad con los instrumentos internacionales convencionales y universales de derechos humanos, tanto generales como específicos; es decir la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la

Mujer (CEDAW) y la Convención sobre los Derechos del Niño, que de conformidad con el artículo 133° de la Constitución son ley vigente y positiva en el terreno nacional, así como con el propio artículo 4° Constitucional, que establece la garantía de igualdad del hombre y de la mujer en la ley, cualquier consideración que exprese preferencia por razón de sexo, tanto en la ley como en la práctica por las autoridades encargadas de impartir justicia, estará reflejando violaciones a derechos humanos y garantías fundamentales, que llevan implícitas prácticas de discriminación en los casos de determinación de la custodia.

Por otro lado, la edad de los menores, igualmente, junto con aspectos como los anteriores, pueden y han sido elementos que definen criterios para asignar la custodia, con preferencia a la madre y en algunos casos al padre, ya que se considera que las madres son mejores que los padres para cuidar a menores, lo que se toma en consideración para otorgar la custodia automáticamente a las madres, aspecto que no es acertado en todos los casos.

A su vez, el sexo de los hijos también ha sido históricamente, un aspecto importante en la decisión de las autoridades judiciales para otorgar la custodia a los hijos, lo que representa un criterio discriminatorio contra alguno de los progenitores por cuanto a la designación de cual de los progenitores detentara la custodia y cual quedara bajo el régimen de visitas, lo que lleva implícito un trato diferenciado de los progenitores, igualmente por sexo, en la práctica jurídica.

Por lo anterior descrito y como podemos ver, ya no solo nos encontramos frente a la discriminación por sexo y a la desigualdad del hombre y la mujer, sino a la discriminación a los progenitores por edad del menor, considerando una preferencia hacia la madre por razón de la juventud de los hijos.

Debe quedar claro que no existen argumentos para descalificar a un padre respecto del otro en la crianza de los hijos, asimismo, por el interés superior o el mejor interés de los menores, y en igualdad de condiciones y de circunstancias del

hombre y la mujer, cualquiera de los padres esta capacitado y habilitado para el cuidado de los hijos.

Ello quiere decir que tanto el legislador como el Poder Judicial utilizan prácticas estereotipadas para sostener criterios jurídicos discriminatorios, porque la afirmación hecha no tiene un sustento jurídico, científico, moral o de cualquier otra índole que lo justifique; el resultado de la hermenéutica aplicada al caso concreto es, a todas luces, como ya dijimos violatoria del precepto 4° Constitucional.

Así bien concluimos en el presente sub-tema, que aun cuando la Constitución señala que es el Código Civil, en este caso, el que regula la organización y desarrollo de la familia, es principio fundamental que ninguna disposición contenida en ley alguna pueda contravenir lo dispuesto por la Constitución como garantía individual y fundamental de los gobernados.

3.3.2 EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO Y LA CUSTODIA EN LAS RELACIONES FAMILIARES

El interés superior de la infancia es el principio universal que debe tomarse en cuenta sobre todos los asuntos que conciernen a niños y niñas, pero sobre todo en los aspectos del orden familiar, y particularmente, en este caso, cuando se trate de decidir la custodia del menor como consecuencia de la solicitud para la disolución el vinculo matrimonial.

Al respecto el artículo 416° TER. Del Código Civil para el Distrito Federal, refiere que:

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

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

3.3.3 EL PRINCIPIO UNIVERSAL

El fondo de las Naciones Unidas para la Infancia señala que el interés superior del niño consiste en tomar siempre en consideración todo aquello que beneficie al menor. Podemos afirmar que incluso va mas allá, pues este principio consiste en aplicar el criterio de la norma mas protectora del menor, aun cuando esta sea distinta de una convención internacional de derechos humanos; todo esto por encima de cualquier otro derecho de cualquier otro sujeto, inclusive el de los mismos padres.

Sin embargo, parece que la interpretación que se hace de este principio por las autoridades judiciales, en muchos casos en el mundo entero, no siempre se orienta a este fin, o bien su interpretación se encuentra plagada de roles, estereotipos, y practicas culturales que tienden a beneficiar o a que exista una preferencia para con uno de los padres, normalmente la madre.

Es fundamental entender que los derechos de la infancia y el principio del interés superior del niño como mecanismo para implementarlos debe estar siempre, de

hecho y derecho, definitiva e inequívocamente por encima de los intereses y derechos de los adultos, por las razones expresadas en el preámbulo de la Convención sobre Derechos del Niño. Obviamente este principio no tiene ni ha tenido como objeto, en ningún momento, generar practicas de discriminación entre los padres cuando se sustenten en argumentos de genero, una situación de preferencia de uno de los padres sobre el otro solo podrá presentarse bajo un supuesto, el de una resolución judicial que determine que el menor debe quedar bajo la custodia de uno de ellos, en particular cuando se encuentre en riesgo la integridad y/o el sano desarrollo físico, psico-emocional, sexual o social el menor.

Dicho lo anterior, concluyo que los intereses del menor son frecuentemente enfrentados y subordinados a los intereses y derechos de los adultos, ya que muchas decisiones se encuentran influidas y sostenidas primeramente para satisfacer las necesidades y deseos de los adultos, que compiten en sus demandas por los menores y entre ellos a costa de los menores.

3.3.4 CUSTODIA UNICA

El objeto de nuestro estudio será la custodia compartida, para lo cual es necesario abordar el tema de la custodia única, con el fin de poder hacer la comparación entre ambas figuras.

Así bien, definimos a la Custodia única, con apoyo en las acepciones señaladas por los autores referidos en el punto anterior; como aquella en la que el cuidado de los hijos y el deber de velar por ellos es atribuido solo a uno de los padres, y al otro se le establece y/o permite el régimen de visitas y los alimentos.

En este punto, resulta fundamental señalar como se ejerce esta clase de custodia, tiene dos elementos a mencionar a continuación, que determinan su naturaleza y que confirman la guarda y custodia para uno de los padres.

a) Custodia Legal

Implica al conjunto de derechos y obligaciones del padre o de la madre para hacer y tomar decisiones fundamentales e importantes que afecten todos los aspectos de la vida del menor. Se refiere a las áreas de mas importancia en la toma de decisiones, no limitativamente, como por ejemplo, educación, salud, cuidado medico, practica religiosa, residencia del menor, clases extracurriculares, métodos disciplinarios, entre otros.

El padre que tenga la custodia legal será quien goce de la total autoridad para decidir en los asuntos concernientes al menor que se presenten en la vida diaria, como autorizar una cirugía, independientemente de que se pueda o no contactar al otro padre, o en los permisos, reuniones o asuntos académicos y escolares etc.

b) Custodia Física

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

Así las cosas, en los casos en que el menor viva con uno de los padres, el otro progenitor podrá y deberá ejercer la custodia física en los tiempos designados, como en el caso de las vacaciones, los fines de semana, fiestas, días después de la escuela, pasar juntos la cena y regresarlo a casa, o cuando duerma con él entre semana en días de escuela, por mencionar algunas situaciones objeto de los acuerdos o resoluciones que influyen directamente en la convivencia del menor con uno o ambos padres, e igualmente podrá resolver sobre las cuestiones no fundamentales, y del día a día durante los tiempos de convivencia fijados para el progenitor con régimen de visitas.

3.3.5 CUSTODIA COMPARTIDA

La custodia compartida es una figura nueva en nuestro derecho de familia, por lo menos de derecho, porque de hecho, se ha presentado esta practica con acuerdos no judiciales entre los progenitores.

Toda vez que el Código Civil para el Distrito Federal no refiere ninguna definición del significado de Custodia Compartida; tomaremos como base el concepto de Custodia Única ya mencionado en el numeral 3.3.4 del presente trabajo, que como bien dijimos, Es aquella en la que el cuidado de los hijos y el deber de velar por ellos, es atribuido solo a uno de los padres, y al otro se le establece y/o permite el régimen de visitas y los alimentos, existiendo dos tipos de elementos ya definidos, el de custodia legal y custodia física.

Analizado el concepto anterior, entonces definiremos que la Custodia Compartida, es aquella en la que ambos padres tienen la custodia legal y física de sus hijos. Esto implica que comparten los derechos y responsabilidades en la educación, formación, manutención y toda actividad relacionada con la crianza de los hijos, de tal manera que gozan, por resolución judicial, de igualdad en todas las decisiones y acciones relativas a los menores, en igualdad de condiciones.

3.4 SUJETOS DE LA GUARDA Y CUSTODIA

Es necesario definir quienes son las personas que intervienen o forman parte en la figura de la Guarda y Custodia, a efecto de identificarlos plenamente; al respecto la autora Montero Duhalt Sara, refiere dos tipos de sujetos, los activos y los pasivos; definiendo así por sujeto activo: a quien debe desempeñar el cargo, que en su caso sería: los padres conjuntamente, o solamente la madre, o solo el padre; los abuelos tanto paternos como maternos, unos u otros, o uno solo de cada pareja; y entendiendo entonces por sujeto pasivo: aquella persona sobre quien se cumple; es decir, los hijos o nietos menores de edad, nunca existe

Guarda y Custodia o Patria Potestad, sobre los mayores de edad; y si los menores no tienen padres o abuelos, tampoco estarán sujetos a Patria Potestad; se les nombrara Tutor.⁹³

Así bien, concluimos que los sujetos de la Guarda y Custodia pueden ser activos o pasivos, según corresponda al que ejerce la función o al que se encuentra bajo el control y autoridad del otro.

a) Quien la ejerce

Tratándose de hijos habidos dentro del matrimonio, el ejercicio de la guarda y custodia, corresponde a los padres, a falta de alguno de estos la ejercerá el otro y a falta de los dos, la ejercerán los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el Juez de lo familiar, tal y como lo refiere el artículo 414° de nuestro Código Civil.⁹⁴

Respecto a los hijos habidos fuera del matrimonio, en tanto los padres vivan juntos, ambos ejercerán la guarda y custodia, si viven separados convendrán sobre quien de ellos la ejercerá, a falta de convenio el Juez de lo familiar decidirá sobre la Custodia respecto de los padres o a falta de ellos, o bien ejercerá la Custodia quien primero lo hubiere reconocido, tal y como lo refiere el artículo 380° y 381° de nuestro Código Civil.⁹⁵

b) Quien esta sujeto a ella

La figura de la guarda y custodia, es un complejo de relaciones jurídicas en la que el hijo esta sujeto a la autoridad de los padres.

Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la guarda y custodia, mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley, quienes en tanto no alcancen la mayoría de edad, no pueden disponer libremente

⁹³ MONTERO DUHALT Sara, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, año 1990, Pág.344

⁹⁴ Artículo 414° CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ediciones Fiscales ISEF, Titulo Octavo,

⁹⁵ Ibidem. pagina 53.

de su persona ni de sus bienes, tal y como lo refiere el artículo 412° de nuestro Código Civil.

Por otro lado los hijos, independientemente de su edad, estado y condición deben honrar y respetar a sus padres y ascendientes, deber que no se extingue al terminar la **guarda y custodia** o la **patria potestad**, lo anterior, por así encontrarse estipulado en el artículo 411° de nuestro Código Civil .

3.5 CARACTERÍSTICAS DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

De acuerdo con Edgar Elías, la Guarda y Custodia es un cargo estrictamente privado de interés público, irrenunciable, intransferible, imprescriptible, temporal, excusable y fuera del comercio;

a) Interés público

El deber de los padres es velar por el interés y educación de los hijos y darles protección. Es un conjunto de obligaciones, cuyo cumplimiento no se deja al arbitrio de los padres, aun cuando la Ley las considere de derecho subjetivo, no pueden ser modificadas por los particulares.

b) Irrenunciable

“La Guarda y Custodia no es renunciable”, solo son renunciables “los derechos privados que no afecten directamente el interés público”, es decir, cuando la renuncia no perjudique derechos de un tercero.

Es irrenunciable este ejercicio porque esta implícitamente contenida en la propia obligación de naturaleza pública que pretende proteger a los menores, no dejándolos en estado de abandono, de manera que por efectos de la filiación, siempre exista alguien que vea por ellos.

c) Intransferible

La Guarda y Custodia, que se ejerce sobre un menor puede ser transferida únicamente al otro padre o progenitor que no la tenía, no existe ninguna vía para que un padre pueda transmitir esta obligación a alguien más; debe ejercerla personalísimamente y, solo por muerte o por incapacidad puede extinguirse para que otra la ejerza.

d) Imprescindible

La Guarda y Custodia, se adquiere por la filiación o la adopción y el transcurso del tiempo no influye ya sea para adquirirla o para perderla. La ley establece que en primer lugar la ejerzan los padres y, a falta de ellos los abuelos paternos; en ausencia de estos los maternos, y a falta de todos el Juez de lo familiar es quien decide.

e) Temporal

Subsiste la Guarda y Custodia, mientras el hijo no alcance la mayoría de edad o contraiga nupcias y se emancipe o, tratándose de incapacitados, mientras dure este estado.

f) Excusable

Esta institución no admite renuncia, pero si se puede excusar en los términos del artículo 448° del Código Civil para el Distrito Federal, cuando quien deba ejercerla tenga sesenta años cumplidos o cuando, por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño.⁹⁶

La mayor parte de los progenitores, asumen sus responsabilidades como tales en forma no solo espontánea, sino amorosamente entregada al bienestar del hijo. La protección a los hijos es una buena medida natural, forma parte del instinto de conservación extendido ya no solo al individuo sino a la especie misma.

⁹⁶ Cfr. ELIAS AZAR, Edgard; Personas y bienes en el derecho civil mexicano, México, Porrúa, 1997, Pág.370

Como sabemos la vida es el valor por excelencia, sustento de todos los demás que configuran el sentido de la existencia humana. El derecho, que es un instrumento de convivencia, recoge los valores mínimos de las relaciones humanas, entre ellos el de la protección a los desvalidos y los eleva a la categoría de conductas de interés público.

Como ya dijimos la Patria Potestad es la institución reguladora de las relaciones entre padres e hijos, mientras estos no han alcanzado la edad necesaria para bastarse así mismos. El conjunto de deberes y derechos que componen dicha institución se considera de interés público, al establecerlo el artículo 448° de nuestro código Civil como irrenunciable.

3.6 MODALIDADES DE LA GUARDA Y CUSTODIA

Nuestro ordenamiento Civil, establece en el artículo 413°: “La patria potestad se ejercer sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la **Guardia** y educación de los menores, a las modalidades que le impongan las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la Republica en Materia Federal.”⁹⁷

Dicha Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 24 de diciembre de 1991, tiene como principal objeto reglamentar la función del Estado en la protección de los derechos de los menores, así como en la adaptación social de aquellos cuya conducta se encuentra tipificada en las leyes penales federales y del Distrito Federal y tendrá aplicación en el Distrito Federal en materia común, y en toda la República en materia federal.

⁹⁷ Artículo 413° CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Op.Cit, pagina 57.

De una lectura armónica que se lleve a cabo, a la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, la misma no hace referencia en ninguna de sus partes sobre la regulación de la Guarda y Custodia de los menores.

De lo anterior, se desprende entonces, que existe en artículo expreso del Código Civil las formas de establecer la Guarda y Custodia, e incumbe al Juzgador las modalidades correspondientes.

Con base a lo anterior, se sostiene que la Guarda y Custodia puede sufrir diferentes regulaciones según a quien se le atribuya.

A falta de disposición expresa, incumbe la Guarda y Custodia a los padres, quienes ejercen los derechos y obligaciones habituales de vigilancia, alimentación, educación y corrección.

Estas facultades pueden encontrar su sustento en el Matrimonio, unión legal, que genera que dos personas adquieran una suma de obligaciones para con sus descendientes.

Entonces deduzco que en la figura del Matrimonio referida en el Título Quinto de nuestro ordenamiento legal, impera la Guarda y Custodia de los menores para ambos progenitores, tal y como lo podemos entender de la lectura del artículo 168° del Código Civil, el cual refiere que:

“Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos. En caso de desacuerdo podrán concurrir ante el Juez de lo familiar.”

A lo anterior se desdobra una pregunta, ¿que pasaría con la Guarda y Custodia del menor, en caso de que alguno de los cónyuges interponga la Nulidad de Matrimonio?

A respuesta de lo anterior, nuestro Código Civil, refiere primeramente en su artículo 258° lo siguiente:

“Desde la presentación de la demanda de nulidad, se dictaran las medidas provisionales que establece el artículo 282°”

De la lectura de dicho artículo 282° el mismo refiere, que desde que se presenta la demanda y solo mientras dure el juicio, se dictaran las medidas provisionales pertinentes, entre ellas se encuentra la que prevé lo concerniente a la Guarda y Custodia del menor, para lo cual me remito a la fracción V, del mencionado artículo que dice:

“V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges pudiendo estos compartir la Guarda y Custodia mediante convenio.”

De igual manera, el artículo 259° refiere:

“En la sentencia que declare la nulidad, el Juez de lo familiar resolverá respecto a la guarda y custodia de los hijos, el suministro de sus alimentos y la forma de garantizarlos.

Para tal efecto, el padre y la madre propondrán la forma y términos de los mismos; de no haber acuerdo, el Juez resolverá atendiendo a las circunstancias del caso.

En ambos supuestos, deberá oírse previamente a los menores y al Ministerio Público.”

Entonces de una lectura armónica hecha a los artículos anteriores, infiero que la Guarda y Custodia del Menor en Nulidad de Matrimonio, será compartida para ambos padres, mediante convenio celebrado entre estos.

Ahora bien, se puede presentar el supuesto, de que los progenitores no convengan la idea de una Guarda y Custodia Compartida, y decidan de común acuerdo que solo uno de ellos la ejercerá, por lo tanto el otro mantendrá el derecho de las convivencias y los irrenunciables alimentos hacia el menor.

También se puede dar el supuesto, de que ambos imploren la Guarda y Custodia del Menor, y al no ponerse de acuerdo de quien la ejercerá, el Juez resolverá velando siempre por el interés superior de los hijos, decretando así una Guarda y Custodia Compartida para ambos padres o una Guarda y Custodia Única para solo uno de ellos.

Por otro lado, situándome en la figura del Concubinato o Unión Libre; de nuestro Código Civil, no se desprende de manera clara esta amplísima protección legal hacia el menor, ya que solo descansa en la buena fe de los padres.

Así lo deja entrever el artículo 380° del Código Civil que dispone:

“ Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan a un hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá su guarda y custodia; y si no lo hicieren, el Juez de lo Familiar, oyendo al padre, madre, al menor, y al Ministerio Público, resolverá lo mas conveniente atendiendo siempre al interés superior del menor.”⁹⁸

De la lectura de dicho precepto, se desprende que puede haber un ejercicio conjunto de la Guarda y Custodia, en el que se requiere la voluntad expresa de ambos padres.

⁹⁸ Ibidem pagina 53.

De igual manera puede haber un ejercicio paterno o materno de la Guarda y Custodia que impliquen la exclusión de la madre o el padre, según sea el caso.

Finalmente, puede haber un régimen legal derivado de una resolución judicial, como consecuencia de una falta de acuerdo por parte de los padres.

A su vez, el artículo 381° del Código Civil establece una variante de la guarda y custodia, al señalar que si el reconocimiento se efectúa sucesivamente por el padre o la madre que no viven juntos, ejercerá la Guarda y Custodia el que primero hubiere reconocido.

De lo anterior, debe decirse que la Guarda y Custodia, lejos de mostrarse de forma sencilla, se complica; su complicación puede provenir, entre otros elementos, de los sujetos, ya que puede estar determinado por la situación jurídica de la existencia o disolución del matrimonio.

Ahora bien, la situación de crisis matrimonial, que deriva en divorcio, si bien no modifica la titularidad de la patria potestad, si puede modificar el ejercicio de la Guarda y Custodia.

En el caso de divorcio voluntario la Guarda y Custodia deberá ser determinada por los padres.

La fracción I del artículo 273° dispone lo siguiente:

“ Procede el divorcio por vía judicial cuando los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto en el artículo anterior, y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo familiar, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre que haya transcurrido un año o mas de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas: I. Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los

hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio.”

Conforme a dicho precepto, es posible realizar un acuerdo entre los padres para el ejercicio de la Guarda y Custodia fuera de manera conjunta, o que alguno de los padres este a cargo del menor ejerciendo su tenencia.

Ahora bien, la situación de conflicto entre los padres que ha provocado el cese de la convivencia, se funda en una de las causales regulada por el artículo 267° del Código Civil, lo que hace pensar que los menores se vean envueltos en la contienda y sean víctimas de las decisiones encontradas de los padres.

Por ello, el artículo 283° del Código Civil señala que debe procurarse el régimen de custodia compartida.

“Artículo 283°.- La sentencia de divorcio fijara la situación de los hijos menores para lo cual deberá contener entre otras las siguientes disposiciones:

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

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

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

Ahora bien, como en todos los casos de divorcio necesario, tendrán que ser acreditados los hechos invocados por la parte actora, y eventualmente, el demandado deberá demostrar los hechos que hubiera invocado en su defensa.

La sentencia podrá decretar la privación de la guarda y custodia respecto de alguno de los padres o de ambos, o bien se establezca el ejercicio por ambos padres.

En el primer caso, cuando la causa de la demanda es violencia familiar, no solo contra el cónyuge, sino contra el menor, la sentencia producirá el efecto de privarlo de la patria potestad y consecuentemente de la guarda y custodia.

Esta resolución es lógica, porque el padre que perjudica profundamente a su hijo, no puede solicitar la guarda y custodia, ya que los derechos tienden a la protección y formación del hijo.

Lo anterior, no ocurre con una causal diferente como la separación por más de un año, cuando ambos padres a pesar de la separación, han atendido a sus hijos.

Esto significa que en teoría, es posible realizar un acuerdo para que la Guarda y Custodia no se modifique a pesar del divorcio.

En este supuesto, con base a la fracción V del artículo 282° del Código Civil, la actora podrá señalar que la Guarda y Custodia será compartida.

Ahora bien, al no tener una forma de tramitación expresamente determinada, el Juez podrá indicar que dicha guarda y custodia sea compartida.

Aun más, si la parte actora no lo solicita, ni el Juez lo decreta, la parte demandada lo podrá solicitar.

En el supuesto de la Guarda y Custodia compartida, se requiere la voluntad expresa de ambos padres para adoptar las decisiones concernientes a la vida del

menor, lo anterior se deriva de la lectura que se haga del artículo 283° Bis el cual dispone:

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

Este acto tiene una importancia fundamental en la vida del menor, de ahí la necesidad de contar con la voluntad expresa de ambos padres, avalado con la autorización judicial.

Con base a lo anterior, la Guarda y Custodia en el divorcio corresponde a ambos padres, conforme a una interpretación armónica de los artículos 282° fracción V, 283° y 283° Bis del Código Civil.

Sin embargo, se puede presentar el caso en que los padres no se pusieren de acuerdo en cuanto a la guarda y custodia del menor; en este supuesto, el Juez deberá exhortar a los progenitores para que resuelvan sus diferencias, pero si ese acuerdo no fuere posible, deberá resolver con base al interés superior del menor.

A lo anterior, se entenderá como interés superior del niño, lo referido en el artículo 416°TER, que dice:

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

I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;

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

Sin embargo, prevalecen varios inconvenientes ya que, si bien es cierto, existe el reconocimiento de la guarda y custodia compartida, primeramente la ley no precisa cual será el procedimiento o criterios a seguir por el Juzgador, para determinar cuando es procedente decretar una Guarda y Custodia Compartida para ambos progenitores y como se llevara a cabo este régimen compartido una vez decretado.

1.- Por lo anterior, considero es importante que el Juez al caso, cuente con ciertos parámetros o criterios, que lo conlleven a deducir cuando es procedente aplicar dicha Guarda y Custodia Compartida del menor, y que dichos criterios lo conduzcan a decretar la forma en que se desarrollara el régimen compartido; al respecto propongo se adicione a nuestro Código Civil, un apartado que contenga los siguientes criterios:

- Llevar a cabo, un estudio socioeconómico y psicológico, para ambos padres el cual conlleve a deducir el sano crecimiento del menor.
- La relación de los hijos con sus padres.
- El ajuste al hogar, la escuela y la comunidad en los que se desarrollara el niño.
- La capacidad de cada padre para permitir y animar continua y frecuentemente el contacto entre el niño y su otro padre.

- La capacidad de cada uno de los padres para cooperar o aprender a cooperar en el cuidado de los niños.
- El efecto de los niños, si solo uno de los padres tiene la autoridad en la crianza del menor.
- Cualquier otro factor que tenga relación o injerencia razonable en el desarrollo físico y emocional, así como en el bienestar del menor.
- Considerar que, en general, son los miembros de la familia, mejor que ninguno, los que saben que es lo mejor para cada uno de sus miembros.
- Cuando ambos padres se encuentren igualmente involucrados en las actividades y en la crianza de los hijos, y compartiendo en igualdad de condiciones la responsabilidad, superando roles, estereotipos y practicas tradicionales.
- Que ambos padres tengan claro que el divorcio no restringe a ninguno de los padres el derecho de convivencia con los hijos, excepto cuando así lo decrete una sentencia judicial y en el mejor interés del menor.
- Cuando ambos padres mantienen una alta autoestima, flexibilidad y apertura al apoyo y la ayuda mutua a favor de los hijos, independientemente del divorcio y sus causas. Es decir, que los sentimientos de frustración, enojo, venganza, falta de apoyo y desesperanza no se presentan o son superados con ayuda multidisciplinaria en el corto plazo, y no representen una amenaza para la convivencia y desarrollo de los menores con alguno de los padres.
- La capacidad de los padres para llegar a acuerdos, en lugar de que estos tengan que se impuestos por autoridad judicial, lo que disminuye o elimina la posibilidad de conflictos y agresiones, abriendo la puerta a la construcción de horarios, condiciones, frecuencia y todos los detalles que permitan construir un buen convenio de custodia compartida.

Finalmente, tampoco la ley refiere bajo que esquema se vigilara o regulara que efectivamente se este consumando de manera sana para el menor, este derecho-obligación de Guarda y Custodia por parte de los progenitores hacia sus menores, llámesele Única o Compartida.

2.- Por lo anterior, propongo se adicione a nuestro Código Civil, la creación de una Institución de Supervisión Familiar, a través de la cual, se valore al menor y se regule el buen desempeño que se este llevando a cabo, del ejercicio de la Guarda y Custodia ya sea única o Compartida del menor, la cual considero deberá:

- Crear una base de datos de menores, sobre los que se ejerce la Guarda y Custodia en la cual, a través de un folio y expediente asignado, sean plenamente identificados y valorados.
- Realizar visitas de supervisión y valoración del menor, al o los domicilios de quien ejerza la Guarda y Custodia del Menor, mediante 3 años consecutivos, siendo la primer visita a los 60 días después de decretada la Guarda y Custodia del Menor a un solo padre o ambos padres, y posteriormente visitas de cada 6 meses.
- Realizar anualmente y mediante 3 años consecutivos, un estudio psicológico al menor, el cual conlleve a deducir que tan benéfico o perjudicial es el que se encuentre bajo el régimen de una Guarda Custodia Única o Compartida, y de ahí impartir medidas para el interés superior del menor.

3.7 SUSPENSION, PÉRDIDA Y EXTINCION DE LA GUARDA Y CUSTODIA

Sara Montero Duhalt nos dice:

“La guarda y custodia puede suspenderse temporalmente o puede acabarse en forma definitiva por razones naturales o por sentencia que declare la perdida de la patria potestad y por tanto la de la Guarda y Custodia; en este ultimo caso, se extingue totalmente por el que la ejerce, pero si existen otras personas de las mencionadas por la ley, (padres o abuelos), que puedan ejercerla, entonces el

menor seguirá sujeto a esta Institución, pero a cargo de otra persona.”⁹⁹

a) Suspensión

El ejercicio de la guarda y custodia puede suspenderse por incapacidad declarada, por ausencia declarada y Sentencia.

Lo anterior, tal y como lo refiere la Autora Montero Duhalt Sara: 1) Por incapacidad declarada judicialmente. El que la ejerce tiene que ser forzosamente una persona en pleno ejercicio de sus derechos para que pueda ser representante de otra. En el caso de que quien la ejerce pierda la capacidad de ejercicio, el mismo necesitara que se le nombre un tutor para que actúe a su nombre. 2) Por la ausencia declarada en forma.

La razón es obvia, si el que debe custodiar, representar, etc; se le declara ausente, es decir, no se sabe donde esta, se ignora su paradero, y existe la incertumbre inclusive si aun vive, no puede ejercer ninguno de sus derechos, incluyendo el de la Guarda y Custodia y la Patria Potestad. 3) Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión. Puede ser que en un momento determinado la conducta del que ejerce la patria potestad sea considerada por el juez como inconveniente a los intereses del menor, por múltiples razones: en este caso como sanción se le condenara a la suspensión de la Guarda y Custodia.¹⁰⁰

Aunado a las ya mencionadas, nuestro Código Civil refiere en su artículo 447° tres causas mas que son: 4) Cuando el consumo de alcohol, el habito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de la Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotropicos, amenacen cuasar algún perjuicio cualquiera que éste sea al menor; 5) Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o

⁹⁹ MONTERO DUHALT Sara, Op.Cit. Pág.352

¹⁰⁰ Ibidem. Pág.353

incluso su vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consanguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado, 6) Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente.

Así bien, algunas de estas causas de suspensión pueden extinguirse en un momento dado; por ejemplo el incapacitado recobra su capacidad de ejercicio; el ausente regresa, al sancionado se le extingue su condena, y el que no permite se lleven a cabo las convivencias del otro progenitor con el menor, lo permite; en estos casos se requerirá también la intervención judicial para que declare que a quien se le había suspendido en su derecho, ha recobrado de nuevo el ejercicio de la Guarda y Custodia.

b) Perdida

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal, refiere en su artículo 444° cuales son las causas o los supuestos por los que se pierde la Patria Potestad y por lo tanto la Guarda y custodia: 1) Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida del derecho; 2) En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283° del Código señalado; 3) En los casos de violencia familiar en contra del menor; 4) El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada; 5) Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada; 6) Cuando el que la ejerza hubiere cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada y, 7) Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves.

c) Extinción

De igual manera nuestro Código Civil para el Distrito Federal, refiere en su artículo 443° cuales son las causas por las que se acaba la Patria Potestad y por lo tanto como ya dijimos la Guarda y custodia: 1) Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; 2) Con la emancipación derivada del matrimonio, 3)

Por la mayoría de edad del hijo, 4) Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida, para ser dado en adopción de conformidad con lo dispuesto por el artículo 901 Bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

CONCLUSIONES

1.- Primeramente Familia, corresponde al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre; a dicha unión o vinculo, le corresponde al Derecho Civil señalar un marco normativo adecuado y el cual contenga la forma en que se regulara la Constitución de la Familia, su organización y disolución; esto con el fin de que las relaciones entre los miembros de la familia se desenvuelvan satisfactoriamente y por tanto se produzca la unidad armónica que debe tener toda célula social.

2.- El Derecho de Familia al tener como finalidad el señalar un marco normativo que regule las relaciones familiares, define las fuentes por las cuales se constituyen los lazos de sangre derivados de la unión sexual y la procreación, de estas fuentes nacen las instituciones básicas es decir, Parentesco, Matrimonio, Concubinato, Filiación y Adopción.

3.- Atendiendo a los derechos y obligaciones que genera la procreación, surge la figura de la Patria Potestad, llaméesele Institución o función, que en épocas-pretéritas de Roma, significo el poder del padre sustentado en la organización familiar, y que ejercía no solo sobre sus descendientes, si no sobre todo el núcleo familiar.

4.- Con el paso del tiempo, y a raíz de las distintas civilizaciones humanas, llegamos al México Independiente en el que a través del Derecho Civil Mexicano, y de sus diversos ordenamientos civiles, definen a la Patria Potestad como aquel conjunto de derechos y obligaciones que se les otorga a ambos ascendientes para con sus descendientes.

5.- Actualmente la figura de la Patria Potestad, se encuentra regulada en el Título Octavo de nuestro Código Civil para el Distrito Federal, en donde a su vez, se encuentra configurada la Guarda y Custodia del menor, una figura derivada de la filiación y el parentesco, y que como se ha dicho, se encuentra regulada dentro de la institución de la patria potestad.

6.- La Guarda y Custodia del menor, comprende el deber y la facultad de quienes ejercen la Patria Potestad, de tener a los menores en compañía de los padres; y el ejercicio de la misma produce en su calidad de figura jurídica, derechos y obligaciones para ambos padres.

7.- La Guarda y Custodia es un cargo estrictamente privado de interés público, irrenunciable, intransferible, imprescriptible, temporal, excusable y fuera del comercio; tal y como lo mencionamos en el presente trabajo.

8.- El concepto de patria potestad, ha evolucionado a través del tiempo y este fenómeno repercutió en el concepto de la Guarda y Custodia del menor; toda vez que hasta antes de las Reformas legales de noviembre de 2004, nuestro Código Civil, contemplaba la Guarda y Custodia del menor.- como aquella en la que el cuidado de los hijos y el deber de velar por ellos es atribuido solo a uno de los padres, y al otro se le establece y/o permite el régimen de visitas e invariablemente los alimentos; lo anterior, para el caso de que los ascendientes o progenitores no vivan en el mismo domicilio o se encuentren en etapa de disolución matrimonial.

9.- En la actualidad y con dichas reformas de noviembre de 2004 y febrero de 2007, se contempla en Nuestro Código Civil, una nueva modalidad de ejercer la Guarda y Custodia del menor, que es la Custodia Compartida, entendiendo por tal; a aquella en la que ambos padres tienen la custodia legal y física de sus hijos. Esto implica que comparten los derechos y responsabilidades en la educación, formación, manutención y toda actividad relacionada con la crianza de los hijos, de

tal manera que gozan, por resolución judicial, de igualdad en todas las decisiones y acciones relativas a los menores, en igualdad de condiciones.

10.- Dentro del análisis llevado a cabo, considero que la Guarda y Custodia Compartida es aplicable dependiendo en que situación legal nos encontremos, es decir, si nos situamos primeramente en el Matrimonio, impera la Guarda y Custodia de los menores para ambos progenitores, tal y como lo podemos inferir de la lectura que se haga del artículo 168° del Código Civil aplicable.

11.- A lo anterior, se le desdobra la llamada Nulidad de Matrimonio, en la cual a través del análisis efectuado de nuestro Código Civil, deduzco que la Guarda y Custodia puede ser compartida mediante el acuerdo de voluntades que se de en ambos padres, tal y como lo refiere el artículo 258° del ordenamiento referido al remitirnos éste al artículo 282° .

Así mismo, y de no llegar a un acuerdo los progenitores sobre la Guarda y Custodia de los Menores, el Juez resolverá atendiendo siempre al Interés Superior del Menor, tal y como lo prevé el artículo 259° del Código Civil.

12.- Posteriormente, si nos trasladamos al Concubinato o unión libre, el ordenamiento legal aplicado, no especifica de manera precisa su modalidad de Custodia una vez separados los progenitores, por lo cual en base a lo establecido en el artículo 380° del ordenamiento legal invocado, se infiere que puede haber un ejercicio conjunto de la guarda y custodia, en el que se requiere la voluntad expresa de ambos padres.

También puede haber un ejercicio paterno o materno de la guarda y custodia que impliquen la exclusión de la madre o el padre, según sea el caso, es decir, deducido de común acuerdo por los padres, o bien, por el primero que lo haya reconocido ante las autoridades, o por resolución judicial en el que se haya decretado pérdida de la patria potestad por alguna de las causales previstas en

nuestra Ley, y finalmente puede haber un régimen legal derivado de una resolución judicial, como consecuencia de una falta de acuerdo por parte de los padres.

13.- Finalmente, y como tema medular de la presente tesis, se efectuó un análisis Jurídico del artículo 283°Bis de nuestro Código Civil para el Distrito Federal, que se refiere a la diversa situación legal que es la del Divorcio; y en el cual deduzco, que la guarda y custodia en el Divorcio Voluntario y con algunas excepciones en el de índole Necesario, corresponde a ambos padres, conforme a una interpretación armónica de los artículos 282° fracción V, 283° y 283° Bis del Código Civil.

14.- Sin embargo, se puede presentar el caso en que los padres no se pusieren de acuerdo en cuanto a la guarda y custodia del menor; en este supuesto, el Juez deberá exhortar a los progenitores a audiencia que resolverá la diferencia, pero si ese acuerdo no fuere posible, deberá resolver con base al interés superior del menor.

15.- La referida Guarda y Custodia Compartida, no es aplicable en el Divorcio Necesario, si el mismo se interpuso por la causal de violencia familiar en contra del menor, o por cualquier otra causal que termine el Juez, y que vaya en contra del Interés Superior del Menor.

16.- Consecuentemente, si bien es cierto existe el reconocimiento de la guarda y custodia Única y Compartida, la ley no precisa como deberá llevarse a cabo el procedimiento, vigilancia o regulación, hacia los progenitores o ascendientes, de que efectivamente se este consumando este derecho-obligación hacia sus menores, y el cabal cumplimiento de todos y cada uno de los aspectos inherentes al interés superior del menor, referidos en el precepto legal 416° TER, del ordenamiento citado.

17.- Por lo anteriormente referido, propongo primeramente se adicione a nuestro Código Civil, un apartado que contenga ciertos criterios, que considero conllevaran al Juez a deducir cuando es procedente decretar la Guarda y Custodia Compartida del menor, y dichos criterios coadyuvaran igualmente a decretar la forma en que se desarrollara el régimen compartido.

18.- Finalmente, tampoco la ley refiere bajo que esquema se vigilara o regulara que efectivamente se este consumando de manera sana para el menor, este derecho-obligación de Guarda y Custodia por parte de los progenitores hacia sus menores, llámesele Única o Compartida.

19.- Por lo anterior, propongo se adicione a nuestro Código Civil, la creación de una Institución de Supervisión Familiar, a través de la cual, se valore al menor y se regule el buen desempeño que se este llevando a cabo, del ejercicio de la Guarda y Custodia del menor, ya sea única o Compartida.

BIBLIOGRAFIA

Azpiri Jorge, Juicios de Filiacion y Patria Potestad, Editorial Hammurabi, Buenos Aires Argentina, Año 2003.

Baqueiros Rojas Edgar, Derecho de Familia y Sucesiones, Editorial Harla, México, D.F., 1995.

Bialostosky Sara, Panorama del Derecho Romano, Editorial Textos Universitarios, UNAM, México, D.F. Año 1982.

Bonecase Julián, La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho Familiar, México, D.F.

Coulanges Fustel, La Ciudad Antigua, Madrid EDAF, Año 1982.

De Ibarrola Antonio, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, México, .D.F. Año 1984.

Del Carril López Julio, Derecho de Familia, Editorial Compatria, México D.F., 2000

Di Pietro Alfredo, Derecho Privado Romano, Ediciones de Palma, Buenos Aires, Año 1996.

Elías Azar Edgar, Personas y bienes en el Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa, México, D.F., Año 1997.

Eugene Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Época, S.A. Año 1977.

Flores Gómez González Fernando, Nociones del Derecho Positivo Mexicano, Editorial Porrúa, México, D.F. Año 1991.

Floris Margadant Guillermo, Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, México, D.F., 1981.

Galindo Garfias Ignacio, Derecho Civil, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1982.

González Juan Antonio, Elementos de Derecho Civil, Editorial Trillas, México, D.F., Año 2002.

León Gabriel, Antecedentes y Evolución de la Patria Potestad en la Legislación Mexicana, Edición Escuela Libre de Derecho, México, D.F., Año 1949.

León Portilla Miguel, Los Antiguos Mexicanos a través de sus crónicas y cantares, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, D.F., Año 1988.

Louzan de Solimano Nallely Dora, Curso de Historia e Instituciones del Derecho Romano, Ediciones Lumiere, Buenos Aires Argentina, Año 2001.

Montero Duhalt Sara, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, S.A. México, D.F., 1990.

Morineau Iduarte Martha, e Iglesias González Román, Derecho Romano, Editorial Oxford, México, D.F., Año 1998.

Planiol Marcel, Tratado Elemental de Derecho Civil Francés, Editorial Cajica, México, D.F. Año 1990.

Planiol Marcel y Ripert Georges, Derecho Civil, Editorial Harla, México, D.F., Año 1997.

Planiol Marcel y Ripert Georges, La Familia, Editorial Harla, México, D.F., Año 1999.

Radbruch, Filosofía del Derecho, México D.F. Año 1991

Rojina Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil I, Editorial Porrúa, S.A. México, D.F., 2001.

Sainz José Maria, Derecho Romano I, editorial Limusa, S.A. de C.V. México, D.F. Año 1996.

Toledo Martínez Gabriela y Ortega Castro Juan Carlos, La Perdida de la Patria Potestad, Ediciones Incija, S.A. de C.V., México, D.F., Año 2004.

O B R A C O M P L E M E N T A R I A

De pina Vara Rafael, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, México, D.F., Año 1981.

Diccionario de la Lengua Española, Edición vigésima segunda, de la Real Academia Española, México, D.F. Año 2001

Diccionario Enciclopédico Salvat, T.20, Barcelona, Año 1985.

Lagunes Pérez Iván, Diccionario Jurídico Mexicano, vocablo: guarda de los hijos, Editorial Porrúa, México, D.F.

L E G I S L A C I O N

Agenda Civil del Distrito Federal 2007, Editorial Ediciones Fiscales ISEF, México, D.F., 2007.

Código Napoleón con los Proyectos de Ley, Informes y Discursos, Barcelona, Año 1860.