

308409



UNIVERSIDAD LATINA, S. C.

INCORPORADA A LA U.N.A.M
FACULTAD DE DERECHO

**“ESTUDIO DOGMATICO DEL OTORGAMIENTO
DE LA GUARDA Y CUSTODIA”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:
MARIA DEL CARMEN ALMA SALGADO VILLEGAS

ASESOR: LICENCIADA MARIA DEL ROSARIO RAMIREZ CASTRO



MEXICO, D. F.

2005

M351875



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD LATINA, S.C.
INCORPORADA A LA U.N.A.M.



Coyoacán México 02 de Diciembre de 2005

C. DIRECTOR GENERAL DE INCORPORACION
Y REVALIDACIÓN DE ESTUDIOS, UNAM
P R E S E N T E:

La **C. SALGADO VILLEGAS MARIA DEL CARMEN ALMA** ha elaborado la tesis profesional titulada **"Estudio dogmático del otorgamiento de la guardia y custodia"** bajo la dirección de la **LIC. MARIA DEL ROSARIO RAMIREZ CASTRO** para obtener el Título de Licenciado en Derecho.

La alumna ha concluido la tesis de referencia, misma que llena a mi juicio los requisitos marcados en la Legislación Universitaria y en la normatividad escolar de la Universidad Latina para las tesis profesionales, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos correspondientes.

ATENTAMENTE
"LUX VIA SAPIENTIAS"


LIC. SANDRA LUZ HERNÁNDEZ ESTÉVEZ
DIRECTORA TECNICA DE LA
LICENCIATURA EN DERECHO.
CAMPUS SUR

Coyoaca México 25 DE Agosto del 2005

**LIC. SANDRA LUZ HERENANDEZ ESTÉVEZ
DIRECTORA TÉCNICA DEE LA CARRERA DE
DERECHO DE LA UNIVERSIDAD LATINA
PRESENTE**

Reciba un cordial saludo y el motivo de la presente es informarle que la alumna **SALGADO VILLEGAS MARIA DEL CARMEN ALMA** con numero de cuenta **97860551-9** ha concluido la tesis denominada **"ESTUDIO DOGMÁTICO DEL OTORGAMIENTO DE LA GUARDIA Y CUSTODIA"** mismo del cual fungí como asesora.

Por lo que otorgo el respectivo visto bueno como asesor y haciendo la aclaración que la investigación a mi juicio cumple con los requisitos de fondo y forma conforme a la Legislación Universitaria y el Reglamento de Titulación de la Universidad Latina.

Por lo antes expresado, solicito a usted que turne el presente trabajo para continuar con los tramites que establece el Manual de Titulación de la UNILA.

ATENTAMENTE



LIC. MARIA DEL ROSARIO RAMÍREZ CASTRO

DEDICO LA PRESENTE TESIS:

DEDICO LA PRESENTE TESIS:

A DIOS: POR DARMÉ LA POSIBILIDAD DE ENCONTRAR EL CAMINO ADECUADO EN LOS MOMENTOS MAS DIFÍCILES Y HABER LLEGADO A LOGRAR ESTE SUEÑO

A MIS HIJOS MELANY Y ALAN QUE ME HAN DADO EL IMPULSO NECESARIO EN LOS MOMENTOS DE MAYOR DESALIENTO PARA CONTINUAR ADELANTE, POR SU APOYO INCONDICIONAL Y SU COMPRESIÓN, POR SER LA LUZ QUE ILUMINA MI VIDA (LOS AMO) Y SIEMPRE SERAN LO MAS IMPORTANTE PARA MI.

A MI ESPÓSO: POR EL APOYO Y LA CONFIANZA PARA LOGRAR ESTA META EN MI VIDA.

A MI MADRE: ESPERANDO QUE ESTE DONDE ESTE SE SIENTA ORGULLOSA DE LOS EJEMPLOS QUE ME DIO PARA AFRONTAR LA VIDA.

A MI HERMANA MARTHA Y SU FAMILIA: POR ENSEÑARME CON EL EJEMPLO QUE A NO DEJARME VENCER POR LA ADVERSIDAD, Y REAFIRMAR QUE LA GANDEZA SE MIDE DE LA CABEZA AL CIELO Y NO DE LA CABEZA AL SUELO.

A MIS AMIGOS DE LA UNIVERSIDAD: ADRIANA, CLEMENTE, ERIKA, DELIA LORENA, MAGALY , MARISOL, RITA, Y SANDRA POR ACEPTARME COMO SU AMIGA POR EL APOYO INCONDICIONAL QUE SIEMPRE TUVIERON PARA CONMIGO, POR HONRARME CON SU CONFIANZA Y SU AMISTAD.

A MI ASESORA: LICENCIADA MARIA DEL ROSARIO RAMÍREZ CASTRO POR SU ENORME PACIENCIA PARA COMPARTIR SUS CONCMIENTOS CONMIGO Y LOGRAR CULMINACIÓN DE ESTE PROYECTO.

A TODOS LOS AMIGOS QUE CREYERON EN MI Y ME BRINDARON TODO SU APOYO E IMPULSARON ESTE SUEÑO SIEMPRE CONMIGO NE LAS BUENAS Y EN LAS MALAS GRACIAS.

A MIS MAESTROS POR HABER COMPARTIDO SUS CONOCIMIENTOS CONMIGO Y POR SU DISPOSICIÓN PARA ACLARAR MIS DUDAS.

A LA UNIVERSIDAD LATINA POR ABRIRME SUS PUERTAS PARA PODER RELIZARME COMO PROFESIONISTA.

ESTUDIO DOGMATICO DEL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

ÍNDICE

Introducción

CAPÍTULO I Conceptos Generales

1.1.- Etimología de las Palabras Guarda y Custodia	1
1.2.- Conceptos Importancia y Naturaleza.	1
1.3.- Personas a las cuales el Derecho les otorga la guarda y custodia de menores.	6
1.4.- Causas de la Perdida de la Guarda y Custodia.	7
1.5 -Antecedentes de la familia.	6
1.5.1- Roma.	17
1.5.2-España.	19
1.6.- México.	
1.6.1 Época precolombina	21
1.6.2 Epoca colonia	21
1.6.3 Código Civil De 1870.	22
1.6.4 Código Civil De 1884	24
1.6.5 Ley De Relaciones Familiares De 1917.	25
1.6.6 Código Civil 1928.	27
1.6.7 La naturaleza Jurídica de la familia	28

CAPÍTULO II. Conceptos de Instituciones Jurídicas Fundamentales de la Guarda y Custodia

2.1.- La Minoría de Edad.	31
2.2.-Concepto de incapaz.	32
2.3.-Concepto de Minoría de Edad.	38
2.4.- Capacidad de Goce y Ejercicio.	43
2.5.- Concepto de Emancipación.	46
2.6.-Formas para obtener la Emancipación	49

CAPÍTULO III. Marco jurídico

3. 1.- Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos Ratificados por México	51
3.2.-Ley de los Derechos de las Niñas, y Niños en el Distrito Federal.	54
3.3.- Ley Para la Protección de los Derechos de Niñas y Niños y Adolescentes (Federal 29 de Mayo del 2000)	58
3.4.-Legislaciones Proporcionadas por los Congresos Estatales.	60
Baja California Sur	61
Guerrero	64
Distrito Federal	66

CAPÍTULO IV. Análisis Jurídico con Respecto al Derecho Sustantivo para el Otorgamiento de la Guardia y Custodia en Materia Federal

4.1.-Por la Separación de los Padres (divorcio)	75
Distrito Federal	78
Baja California Sur	79
Campeche	80
Colima	80
Nayarit	81
Puebla	81
Oaxaca	81
4.2.-Por la Separación de los Padres Cuando estos sean Concubinos	82
4.1.1 Baja California Norte	83
4.1.2 Baja California Sur	83
4.1.3 Campeche	83
4.1.4 Chiapas	84
4.1.5 Chihuahua	84
4.1.6 Distrito Federal	85
4.1.7 Jalisco	85
4.1.8 Morelos	85

4.3.- En el caso de los Incapaces.	85
4.4-Otorgamiento de la Gurda y Custodia Cuando se da por Abandono de los padres	87
4.5.-En la Pensión Alimenticia.	87
4.6.- En la Pérdida de la Patria Potestad.	91

CAPÍTULO V. Análisis Jurídico Con Respecto Al Derecho Adjetivo Para El Otorgamiento De La Guarda Y Custodia

5.1.-Como Acto Provisional.	94
5.2.-Como Acto Prejudicial	101
5.2.1.- Acciones Judiciales Instadas por el Progenitor que tiene la Guarda y Custodia de los Menores.	105
5.1.2Ejecuciones Instadas por el Progenitor que tiene Concedido el Derecho de Visitas	106
5.3.-Por Divorcio Voluntario	106
5.4 .-Por Causas De Nulidad Matrimonio.	112
5.5.- Por Causas De Pérdida De La Patria Potestad.	142
5. 7 Vía Incidental En El Cambio De Guarda Y Custodia.	148
CONCLUSIONES	150

INTRODUCCIÓN

Para entender con facilidad el contenido e importancia del presente trabajo hay que entender la relevancia de los derechos de los niños considerando a estos como sujeto de protección, quien siempre debe ser tratado en función del grupo primario esencial de la comunidad.

El conflicto o lucha de sexos no solamente ocurre en el amplio ámbito social, el escenario político, laboral o profesional, sino que se da con más frecuencia en el ámbito de convivencia conyugal y de la familia, donde el conflicto esposo-esposa, padre- madre se ve desplazado en la triangulación que establece a través de los hijos, como subtítulo frecuente de una confrontación directa, que se teme profundamente o se es incapaz de manejar de manera productiva en busca de cambios más sanos en la relación, que permita el desarrollo de una convivencia armoniosa entre los miembros de la familia .

Si podemos señalar un axioma respecto del presente tema, quizá el mismo se halle en sostener que la preocupación fundamental de los padres debe de estar centrado en el bienestar de los hijos, tanto en el sano desarrollo físico como emocional de los mismos, debiéndose tener en cuenta tanto su opinión como su participación en los conflictos jurídicos que los afecten directamente como es el caso de un divorcio, razón por la cual el tema que me interesa analizar es el referente a la guarda y custodia de menores de edad, así como de personas incapaces de valerse por sí mismos.

A través de algunos comentarios y experiencias de algunos conocidos y familiares, que han pasado por esta situación, me he dado cuenta de que alguno de los padres pierde el contacto con sus hijos por causa del divorcio, en que es otorgada la guarda y custodia a alguno de los padres, y que en muchas ocasiones el padre que no conserva la guarda y custodia y que no por ello pierde sus derechos y obligaciones, deja de cumplir con la obligación de suministrar alimentos, aduciendo que le fue retirada la patria potestad; sin embargo, estas dos figuras jurídicas al no estar debidamente legisladas ni definidas se

prestan a este tipo de confusión, cabe señalar que la patria potestad, como veremos mas adelante, no se pierde con que le sea otorgada la guarda y custodia a alguno de los padres.

Cuando se da una separación sin formalidades legales y el padre que se queda con los hijos no le permite al otro convivir con ellos es injusto tanto para la madre o el padre como para los hijos. Este es mi personal punto de vista.

Me interesa tratar este tema, toda vez que me he dado cuenta que hace falta crear una justa conciencia dentro de la legislación actual, proponiendo una revisión de la legislación en el ámbito federal para proteger adecuadamente a quienes se encuentren en este supuesto y no ser víctima de quien ejerza este derecho; ya que como es sabido, ambos padres conservan la patria potestad tanto con derechos de guarda y custodia como de obligaciones.

Mi conocimiento respecto al tema no es muy amplio, sólo conozco algunas experiencias de terceros y lo que he leído al respecto en las legislaciones de diferentes estados de la República, donde en algunos casos la ley es omisa sobre el tema de la guarda y custodia de los hijos, dando lugar a la confusión antes expuesta.

En la legislación este tema no es muy amplio y se crea una laguna legal, lo que deja en estado de indefinición al menor, quien es privado de la convivencia con alguno de sus padres, siendo que en la CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la cual ha sido firmada y ratificada por México, se estipula que se debe dar la convivencia del menor con ambos padres, salvo disposición judicial en contrario, cuando se considere que lejos de ser benéfica para el menor pueda ocasionarle algún perjuicio.

Cabe señalar que mi interés por conocer más sobre la guarda y custodia, fue creciendo a través de leer las diversas legislaciones estatales, donde no se le ha dado la debida atención.

Asimismo, dentro de las ramas del Derecho que más me interesan, están las relacionadas con el Derecho Familiar, donde considero que uno de los problemas que he encontrado, es

que no se contempla una medida coercitiva apropiada o una legislación más específica para la guarda y custodia, por lo que considero necesario crear un marco jurídico eficiente para una mayor protección del menor y los padres.

Para ello propongo se realice un estudio profundo de la legislación actual, a fin de hacer las modificaciones pertinentes y necesarias en todos los estados del territorio nacional, a fin de unificar los preceptos legales en cuanto a la guarda y custodia, y poder brindar una mayor protección a las partes involucradas (madre o padre hijo), que contando una de ellas con la guarda y custodia, el padre que no la tiene pueda llevarse al hijo a otro estado y así cambiar la situación jurídica, enfrentándose a las discrepancias de la ley que actualmente se presentan, por existir diferentes formas legales en cada uno de los estados, sin poder fincar responsabilidades por que en ese estado no se tipifica como delito el que un padre se lleve al hijo, bien, que se actúe en contra del bienestar del menor.

Este supuesto se presenta al existir problemas conyugales, en los cuales frecuentemente se utiliza al menor para tomar represalias entre los cónyuges, violando con esto los derechos del menor, que han sido firmados por México en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, donde se estipula que el menor tiene derecho a saber quienes son sus padres y a convivir con ambos.

Así mismo, considero importante tratar este tema desde diferentes enfoques como son: el psicológico, el social y el jurídico (desde el punto de vista familiar y penal), realizando un estudio más global.

Por otra parte, mi propuesta también es crear, de cierta forma, una obligatoriedad para que el padre que se queda con la guarda y custodia de los hijos, permita la convivencia de estos con el otro padre, a fin de que no se pierda el contacto entre hijos y padres, y que se amplíe las sanciones para el padre que no cumpla con las obligaciones de la patria potestad escudándose en que no al no haber sido favorecido con la guarda y custodia del menor ya no tiene ningún tipo de obligación para con éste, negándole la pensión alimenticia, y causando otro tipo de problemas. Mi primordial interés es crear una protección jurídica

al menor o persona incapaz, así como a los padres, regulando y vigilando tanto la obligación del padre a proporcionar alimentos como el derecho de convivir con el, debiendo resaltar que cuando es decretada la pérdida de la patria potestad en ocasiones el que mas pierde, es el hijo cuando se queda sin padre y no que el padre cuando se queda sin hijo

Otro aspecto que me interesa plantear, es la necesidad de crear una legislación en materia familiar para cada estado de la República o bien, considerar la materia familiar bajo una óptica donde se acepte de forma independiente los derechos de los niños, o es decir, en una rama que fuera independiente del derecho civil donde normalmente se ubica

Cabe resaltar que las relaciones familiares en México, han variado con el transcurso del tiempo y no son iguales a las que se desarrollaban, por ejemplo en la década de los 30's a las que se presentan actualmente.

La ley de familia es incapaz de visualizar el futuro de esos hijos que empiezan a separarse del padre de la madre, según sea el caso, por un absurdo convenio legal donde se hace la concesión de que el propio padre vea al hijo una hora o cada quince días.

Resulta más grave, que el divorcio la pérdida de la convivencia diaria entre los padres y los hijos, siendo que son las únicas personas que no externalan su opinión ni su consentimiento.

Inicio el presente trabajo dando una semblanza del significado de las palabras guarda y custodia para con ello tener un idea más clara del importancia que tiene la guarda y custodia de los menores e incapaces, señalando las personas a las cuáles el derecho otorga el ejercicio de la misma, al igual que se señalan las causas por las cuales se da la pérdida de la guarda y custodia asimismo se presenta una semblanza del desarrollo de la familia, la evolución de la misma desde el derecho romano y las diversas legislaciones que la han regulado las relaciones familiares en México.

Se presenta asimismo un análisis de etapas de la vida de las personas, como son la minoría de edad y la incapacidad, en las cuales se encuentran sometidas a la guarda y custodia, los medios por los cuales se da la emancipación y con ello la capacidad de goce y ejercicio.

Señalamos las legislaciones actuales que regulan la guarda y custodia iniciando con los tratados internacionales que ha suscrito México para tal fin, así como las normas jurídicas que se han implementado con el fin de regular los derechos de las niñas, niños y adolescentes tanto en el ámbito federal como estatal, de igual forma se hace una recopilación de las legislaciones estatales en las cuales se encuentra regulada la figura legal en comento.

Señalo también las acciones que se deberán intentar para el otorgamiento de la guarda y custodia en los diversos supuestos en el cual se puede presentar la citada controversia entre los padres ya sea por causa de divorcio, o por la separación de los mismos cuando no existe un relación de matrimonio, o en el supuesto de que los menores sean abandonados por los padres, la trascendencia del cumplimiento de la obligación de proporcionar la pensión alimenticia al deudor alimentista, asimismo se señalan las causales por medio de las cuales se da la pérdida de la patria potestad la cual no exime del cumplimiento de las obligaciones inherentes de la misma.

Por último presento un análisis de las diversas acciones a ejecutar tanto por la autoridad como por cada uno de los padres, en los diversos supuestos para el ejercicio de los derechos tanto en la figura del padre que conserva la guarda y custodia como el que tiene solo el derecho de visitas, el otorgamiento de la misma por medio de un sentencia de divorcio, las causas de la nulidad del matrimonio así como los efectos sobre los derechos y obligaciones sobre los hijos en tal supuesto, las causas de la pérdida de la patria potestad, así como las acciones que se pueden intentar para solicitar el cambio del otorgamiento de la guarda y custodia por una vía incidental.

CAPÍTULO CONCEPTOS GENERALES.

1.1 ETIMOLOGÍA DE LAS PALABRAS “GUARDA Y CUSTODIA”

Las palabras guarda y custodia tienen su raíz en el vocablo latín *Custos*, que significa *vigilar una cosa; es decir, es* “La acción y efecto de custodiar, guardar con cuidado y vigilar una cosa”¹

Esta definición es de suma importancia en el ámbito jurídico, puesto que se deriva un derecho y una obligación en el sano desarrollo de los hijos menores de edad, que por diversas circunstancias son víctimas del divorcio o separación de sus padres.

Así mismo, podemos observar que se refiere al cumplimiento de un mandato, que lleva a una persona a custodiar o vigilar a otra persona.

1.2 CONCEPTO IMPORTANCIA Y NATURALEZA GUARDERÍA DE LOS HIJOS

Las palabras “guardar” y “custodiar” proceden respectivamente del germánico *wardon* que significa cuidar, y del latín *custos* derivados de *curtos*, forma agente del verbo *curare* que también quiere decir cuidar.

Por guarda de los hijos se entiende, en lenguaje jurídico, la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados o menores de edad, con la diligencia propia de un buen padre de familia.

En esta acepción genérica que comprende en gran parte las facultades y deberes que comparten ordinariamente quienes ejercen de patria potestad o tutela, pero cabe designarla específicamente

¹ DICCIONARIO JURÍDICO Ed. Porrúa S. A México 2000 pag 803

como la atención que también puede prestar un tercero autorizado debidamente para suplir la vigilancia que corresponde al ejercicio normal de aquellas funciones.

El derecho de guarda de hijos resulta por tanto una función especial cuya esencia reside en potestades y deberes correlativos, que confiere la naturaleza dentro del compromiso humanitario de solidaridad social, o la ley al poner mano de persona extraña a los padres, la persona de sus vástagos en forma inmediata, confidencial y restituible ²

El principal interés de realizar el presente trabajo de tesis, es crear conciencia en las personas sobre el problema que enfrentan tanto los hijos menores como los padres, en el momento en que surgen problemas de índole familiar, que conllevan a la separación de los padres, y a la guarda y custodia de los hijos. Podemos ver que la guarda y custodia de los hijos, está bien definida dentro del Derecho Familiar, por medio del cual se busca la protección jurídica de los intereses tanto del menor como de la familia y del orden social.

Cabe señalar que la institución denominada Derecho de Guarda y Custodia, concede a su titular el derecho o poder de dirección general sobre la persona del hijo que está confiado a los padres, con la aclaración que es una función potestativa que es conferida en beneficio del menor. ³

Es importante señalar que los padres no tienen en exclusiva el ejercicio de este derecho de Guarda y Custodia, pues contrario al dogma en el que se establece la autoridad paterna, se va a buscar la protección de intereses más importantes como la protección de los infantes, al privar al padre indigno del ejercicio de la patria potestad y de los atributos que ésta confiere. Es necesario proceder al derecho de Guarda y Custodia, así como a las inherencias propias de vigilancia y educación.

De acuerdo con lo que nos dice Mazeaud :

“la patria potestad es un conjunto de poderes que conllevan otros tantos deberes, por medio de los cuales se otorga a los progenitores las obligaciones de proteger, educar e

² DICCIONARIO JURÍDICO Ed. Porrúa S. A. México 2000 pag 1555

³ MAZEAUD. Henri, León. *Lecciones de Derecho Civil* Vol. IV, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires 1976 Pag 82

instruir a los hijos menores de edad, así como también cuidar de sus intereses patrimoniales, tomando en consideración la falta de madurez psíquica de los menores de edad; entendiéndose con esto, el adquirir el carácter oficioso de la patria potestad para obtener la protección del hijo.”⁴

El objetivo principal de esta institución de Guarda y Custodia es proporcionar la dirección general sobre la persona del hijo por los padres, en el supuesto natural y en el caso de que los menores carezcan de padres por fallecimiento de los mismos, o por una disposición legal a la que se encuentren sometidos, o que ésta sea ejercida por terceros que detenten el ejercicio otorgado por los mismos padres o bien por mandato judicial.

Cabe mencionar que la custodia de los hijos, es sin lugar a dudas, por su naturaleza, uno de los intereses más importantes de la sociedad y del Estado, ya que se encuentra íntimamente ligada con las instituciones de la patria potestad y de la tutela, por medio de la cual se determina el derecho de guarda y custodia.

“Este derecho de Guarda y Custodia establecido por el legislador, y considerado como de vital importancia, en comparación con los demás derechos que complementan la patria potestad, mismos a los que contrasta, ya que al ser retirado por los tribunales, los que al privar de su ejercicio a quienes los detentan y fijar nuevas medidas para la Guarda y Custodia del menor, como resultado de un procedimiento, ya sea en caso de divorcio o por delitos cometidos por menores o sobre los mismos debido al ambiente familiar, para protección de éstos, previamente determinados por la ley, como medida rigurosa de privación total o parcial de la patria potestad, que preferentemente consistirá en el retiro del derecho de Guarda y Custodia, en caso de privación parcial, lo que resulta tan doloroso para los padres que con frecuencia dan lugar a dichas sanciones por ignorancia o por culpabilidad.”⁵

Estas medidas son necesarias para proteger el interés del menor, ya que éste se presenta cuando los padres han confiado al hijo por decisión propia sin mediar resolución judicial a un tercero

⁴ Ibidem. Pag 97,

⁵ CAUTO Ricardo, SÁNCHEZ MEDAL Ramón; *Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México*, Ed. Porrúa S. A. México, D. F 1997 Pág. 154

que podrá solicitar la guarda y custodia del menor a los tribunales competentes, teniendo en consideración el desinterés de los padres por el menor.

Es de vital importancia la custodia de los menores, dado que cuando se presenta un divorcio, surgen conflictos en relación con los hijos, ya que en muchos casos ésto causa graves disputas entre los cónyuges, y las medidas las tienen que tomar los tribunales, ya sean provisionales o definitivas, y necesariamente deben de ser tomadas buscando el interés de los hijos, siendo que las amplias facultades, tanto de jueces como de tribunales, deberán basar sus decisiones en que haya sido solicitada la custodia por uno de los cónyuges, el Ministerio Público o por algún familiar.

Debemos de considerar que el cónyuge que no obstante este derecho, aún conserva ciertas prerrogativas como el cuidado, la vigilancia, la educación y la manutención de los hijos, siendo ésto sumamente importante, ya que de no hacerlo podríamos encontrarnos ante otro tipo de supuesto como el abandono de persona que está regulado en materia penal. Es importante señalar que la vigilancia del hijo por parte del padre al que se le haya privado de la Guarda, tiene la obligación de contribuir tanto al mantenimiento como a la educación del hijo.

De igual forma, es necesario señalar que el padre a quien se le otorga el derecho de guarda y custodia, deberá permitir la convivencia del hijo con su otro progenitor, ya sea telefónicamente, por correspondencia o cualquier otro medio de comunicación, así como permitir y aceptar las opiniones del otro cónyuge en lo que respecta a la educación y formación del hijo; todo ello respetando las resoluciones judiciales dictadas.

“La cuestión de la Guarda y Custodia de los hijos es la que origina los debates más violentos, por tender generalmente cada uno de los esposos a obtenerla y conservarla.”⁶

Es conveniente que ante estas diferencias entre los padres, los tribunales deberán tomar en consideración las características propias del menor, como las preferencias del hijo hacia uno u otro padre, así como el sexo del hijo, considerando que las preferencias deben estar fundadas y

⁶ MAZEAUD Henri, León y Jean, Op. cit, pag 488

motivadas, las cuales al ser expuestas ante el tribunal deben de influir para tomar la mejor decisión; podemos tomar por ejemplo el derecho francés donde el hijo al cumplir dieciséis años puede elegir con cuál de los padres quiere estar, así como aceptar la comparecencia del menor ante el tribunal y en base a ésto tomará la decisión definitiva, ya que las legislaciones en comento señalan que esas facultades concedidas al menor, no tienen un carácter absoluto ni determinante para resolver su guarda y custodia.

Es necesario tomar en consideración las modificaciones a las resoluciones judiciales, como un elemento importante dentro del derecho de guarda y custodia, ya que se debe considerar que las resoluciones al respecto no siempre son acertadas, por diversas causas, como las que podemos encontrar cuando la situación que la originó se hayan modificado.

Cabe señalar que estas resoluciones no pueden ser definitivas, ya que en base a la misma institución judicial, debe ser modificable puesto que en atención a necesidades urgentes, de una resolución que en un momento dado puede ser justa, luego se puede considerar tanto injusta como absurda por circunstancias o hechos que se presenten posteriormente, tales como un cambio de residencia o el contraer matrimonio del padre que tenga el derecho de guarda y custodia, situación que sin duda provocaría nuevas controversias por parte del padre que hubiera perdido la guarda de sus hijos, el cual también podría alegar que al haber cambiado las circunstancias es necesario efectuar un fallo a la actual situación.

Como podemos darnos cuenta, los conflictos relacionados con la guarda y custodia de los hijos, continúan aún después de la disolución del vínculo matrimonial, y en base a ésto nos encontramos en la necesidad de buscar una reglamentación más efectiva, considerando que este derecho es fundamental para el sano desarrollo tanto físico como emocional del menor.

La Guarda y Custodia es una institución que está integrada por un complicado sistema de derechos y obligaciones, los cuales tienen diversos centros de imputación como son:

Las personas que se encuentran sujetas a ella, los que la ejercen y el Estado. Por lo tanto podemos ver que el conjunto de deberes impuestos para el desempeño de este derecho,

obedecen a la verdadera naturaleza de la citada figura jurídica, mediante la cual se busca obtener los fines que el derecho persigue, siendo estos prestados, ya sea por el Estado mediante las instituciones que para tal efecto se tienen dentro de la administración pública o por los padres.

Quiero señalar que es de gran importancia que se le preste la debida atención a esta institución, pues de no hacerlo se verá comprometida la seguridad, como la moral de los medios rurales así como urbanos.

1.3 PERSONAS A LAS CUALES EL DERECHO LES OTORGA LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES

Como se ha comentado, la Guarda y Custodia es una institución que se crea bajo el concepto de la patria potestad, por lo tanto los rigen las mismas reglas en cuanto a las personas a las que se les conferirá; así tenemos que la custodia recaerá sobre el padre, la madre, los abuelos paternos, los abuelos maternos, o persona e institución que para tal efecto designe el juez competente.

El ejercicio de la patria potestad y su sustitución la encontramos regulada en el Código Civil vigente para el Distrito Federal. En el Libro Primero de las Personas Título Octavo de la Patria Potestad, Capítulo I de los Efectos de la Patria Potestad Respecto de la Persona de los Hijos.

Dentro del parentesco se dan las relaciones específicas de las cuales se desprende la que impone la patria potestad entre padres e hijos, o en su defecto, entre los abuelos y los nietos, así como también se puede dar con los parientes en línea recta hasta el cuarto grado; de igual manera podemos señalar a los sujetos especiales que marca el derecho de familia, diferentes a los parientes en general o quien sea señalado por el juez

Como se mencionó anteriormente, la guarda y custodia es una institución creada acorde al modelo de Patria Potestad, razón por la cual se toman las mismas reglas para decretarla, de conformidad con lo que señalado en el artículo 414 Código Civil vigente para el Distrito Federal. Que a la letra dice:

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

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento ejercerán la patria potestad sobre los menores, ascendentes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuanto las circunstancias del caso”

De conformidad con ésto podemos señalar que la guarda y custodia del hijo menor nacido de matrimonio, le corresponderá ejercerla primeramente a los padres, y a terceros cuando por alguna causa faltara alguno de ellos, sea por excusa, suspensión, condena muerte, entre otros. El juez de lo familiar dictaminara sobre quien recaerá ya sean los abuelos maternos o paternos según juzgue más conveniente, buscando con esto el interés superior del menor.

El artículo 420 del Código Civil nos señala que:

“Solamente por falta de impedimento de todos los llamados preferentemente entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en Artículos anteriores. Si sólo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponda ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho.”

Ahora bien aquella persona que ejerza la patria potestad del menor tendrá la obligación de educarlo convenientemente. Cuando los consejos locales de tutela tengan conocimiento que las citadas personas incumplen con esta obligación, deberán hacer del conocimiento del Ministerio Público para que tome las medidas procedentes para el cumplimiento de la misma.

1.4 CAUSAS DE LA PÉRDIDA DE LA GUARDA Y CUSTODIA

La guarda y custodia es un derecho que ha ido ganando importancia dentro de la legislación actual. Es importante resaltar que es el juez de lo familiar el encargado de vigilar su

cumplimiento. El Código Civil vigente, en su artículo 443 señala las siguientes causas para la extinción de la Patria Potestad.

“ARTÍCULO 443.- La patria potestad se acaba:

- I Con la muerte del que la ejerce si no hay otra persona en quien recaiga,
- II Con la emancipación derivada del matrimonio,
- III Por la mayoría de edad del hijo, y
- IV Con la adopción del hijo, en cuyo caso la patria potestad la ejercerá el adoptante o los adoptantes.”

Por otra parte se regula la pérdida de la patria potestad en el artículo 444 del Código Civil vigente para el D. F.

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

- I Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de este derecho,
- II En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo. 283,
- III En el caso de violencia familiar en contra de menores siempre que ésta constituya una causa suficiente para su pérdida,
- IV El incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria inherente a la patria potestad,
- V Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos,
- VI Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de seis meses,
- VII 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
- VIII Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delito grave.”

Podemos concluir que la Guarda y Custodia de los hijos menores se pierde cuando se ha dejado de cumplir con los requisitos ya mencionados, o en su caso, cuando se desiste de las pretensiones de los menores en relación a su depósito, o porque así lo decreta un juez de acuerdo con su criterio después de haber estudiado las pruebas que se le hayan presentado para su consideración.

1.5 ANTECEDENTES DE LA FAMILIA

Es importante el tener una visión histórica referente al matrimonio y la familia, así como de las normas que han regulado y regulan dichas instituciones, siendo que por este medio que podamos obtener información sobre la evolución que éstas han tenido a través del tiempo, así como el derecho de familia en los distintos países. El enfoque se hace predominantemente sobre el *matrimonio*, el cual es considerado como una de las instituciones más importantes.

Cabe señalar, que no se tiene una idea clara de cuándo aparece la pareja como núcleo familiar.

“Debemos tomar en cuenta que la unión del varón y la mujer en el acto amoroso responde a un instinto natural que no significa necesariamente la institución de la pareja.”⁷

La institución de la pareja humana como matrimonio, la podemos definir a partir de las reglas de convivencia resultantes de sociedades más avanzadas, en las cuales se busca que dentro de un contexto social era importante la permanencia en pareja, así como buscar el bienestar de los hijos, lo cual constituye una necesidad de reglamentar la convivencia social para evitar la rivalidad entre los miembros de las primeras hordas, en las cuales sólo satisfacían sus necesidades tanto de supervivencia como de forma instintivas como la de los demás animales irracionales que poblaban la tierra.

Señalemos que el auto-control, derivado de las reglas de la convivencia, trajo consigo una capacidad de amor, no sólo entre madre e hijo sino también entre mujer y varón, y así mismo entre miembros del mismo sexo pertenecientes a una horda, con lo cual se logró una formación mayor de grupos familiares, según Kathleen Gough. “Sin este auto control inicial que se manifiesta en la prohibición del incesto y en la generosidad y orden moral de la vida familiar primitiva, la civilización no hubiera sido posible”.⁸

⁷ YZAGUIRRE de Pilar y SANCHO Fernando. *La Familia de Hoy*, UNED, Madrid 1999, pág 30,

⁸ GOUGH Kathleen, *La pareja humana*, UNED, Madrid, 1999, pag. 30 citada por YZAGUIRRE de Pilar y SANCHO Fernando, .

Es importante resaltar que el matrimonio por grupos en grupo, es un hecho comprobado, ya que la organización familiar se puede comprobar en diferentes lugares del planeta. Hay vestigios hallados en la Polinesia donde se puede observar que la familia formada a través de la unión sexual, por grupo, obedece a una primera restricción sobre las relaciones sin limitantes.

“Se le han dado diversas denominaciones a la familia en razón de la clase de tabú o limitación que se ponía en las tribus al comercio sexual”.⁹

Debemos entender por familia consanguínea, a aquellas personas en la cual el grupo que interrelaciona sexualmente es conformado por individuos pertenecientes a una misma generación, dado que estaba prohibida la unión entre ascendentes y descendentes.

Conforme a lo que nos señala Sara Montero, “la monogamia es la forma de constituirse la familia mediante la unión de un solo hombre y una sola mujer.”¹⁰

Esta es la forma más usual de integración de la familia, aceptada por la mayor parte de las civilizaciones, y lo que ha propiciado un arraigo determinante en el otorgamiento de los derechos de la pareja.

El principal antecedente de la familia moderna, es sin lugar a duda la familia patriarcal. Las principales raíces de este sistema lo podemos encontrar en la cultura romana que se dio tanto en la denominada República como durante el esplendor del Imperio.

Éste antecedente muestra que no hay diferencia entre el actual núcleo familiar y el de los pueblos salvajes o primitivos. “La forma más común de la familia entre los salvajes, es con mucho semejante a la nuestra una organización construida alrededor del grupo formado por el esposo, la mujer y la prole”.¹¹

⁹ MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, Ed. Porrúa, S.A., México, D.F. 1998, pág. 4

¹⁰ Idem

¹¹ OGBURN Y NINMKOF, *Sociología*, versión castellana, Madrid 1955 pág. 621.

Durante la edad media, la influencia que ejerce el cristianismo se deja sentir con la institucionalidad de la organización patriarcal, la cual ha sido heredada a otros pueblos tanto orientales como occidentales.

En épocas anteriores las relaciones familiares eran consideradas atributivas de derechos subjetivos, que eran creados para el interés de su titular, actualmente los podemos entender como verdaderos deberes en función de la protección tanto de la persona como de la familia.

El Poder patriarcal fue sufriendo modificaciones y limitaciones; sin embargo, actualmente la familia como institución, ha perdido la estabilidad con la que contó durante el Derecho Romano y la Edad Media siendo las principales causas de acuerdo al criterio de Galindo Garfias las siguientes:

- a) La separación de los miembros de la familia dadas las actuales necesidades laborales.
- b) La inseguridad económica que sufren los individuos de escasos recursos por la gran producción industrial.
- c) La falta de vivienda suficiente.
- d) El deficiente control de la natalidad.
- e) La insuficiencia de recursos económicos de las clases obreras y media, para el sustento del grupo familiar lo que obliga a la esposa, los hijos e hijas de edad temprana a buscar trabajo para el sustento familiar.¹²

1.5.1 CONCEPTO DE FAMILIA

La familia esta constituida por el grupo de personas que proceden de un progenitor o tronco común (sentido amplio) y que las relaciones jurídicas que existen entre sus miembros tiene como fuente el matrimonio y la filiación matrimonial o extramatrimonial¹³

¹² GALINDO Garfias, Ignacio, *Derecho Civil*, 7ª. ed. Ed. Porrúa, S.A., México, D.F. 1997. pag 421

¹³ DICCIONARIO JURÍDICO Ed. Porrúa S. A. México 2000 pag 1430

1.5.2 ROMA

Roma es la base de la ciencia jurídica, por la aportación que hace de los conceptos de validez universal. Eugenio Petit señala en su obra que “el derecho romano es fundamental y será eternamente la suerte de toda investigación jurídica”.¹⁴

Los romanos conceptúan al derecho en dos acepciones: objetiva y subjetiva.

Subjetiva: es aquella concepción romana que se traduce como la facultad concebida al individuo por el derecho objetivo como protección tanto de la familia de su persona y de sus bienes.

Objetiva; se entiende como el conjunto de normas por medio de las cuales se regulan las relaciones sociales con carácter de obligatorias, es decir que se son normas determinadas.

Antes de Justiniano, la legislación romana era caracterizada por una anarquía legislativa, por su dificultad para aplicar de las normas legales al tipo. Justiniano en su calidad de jurista excepcional, es el encargado de realizar la recopilación de diversos códigos y de las demás leyes que se encontraban dispersas. Esta recopilación da origen al Digesto, aplicado en las Pandectas, las Instituciones, las Novelas y el Nuevo Código. Gracias a éste jurista es posible contar con una mayor seguridad jurídica, aplicando este adelanto en el campo del Derecho, el cual ha sido transmitido hasta nuestros días y mediante lo cual podemos tener una idea aproximada de lo que fue, es y será el Derecho Romano.

Para los romanos, la teoría de la persona es importante, atendiendo que ésta forma su estado, capacidad y relación con los demás miembros de la familia, y dando como resultado la clasificación de las personas en *Alien Iuris* y *Sui Iuris*, de acuerdo a la relación que guardara con respecto a la potestad paterna. La figura del *pater familia* en el derecho romano se consideraba como el centro de toda *domus* romana el cual era considerado el dueño de los bienes, señor los esclavos, patrón de los clientes, y titular de la *iura patronatus* sobre los libertos, tiene la patria potestad sobre los hijos y nietos, y muchas veces poseía mediante la *manus* potes amplio sobre

¹⁴ PETIT, Eugenio, *Tratado de Derecho Romano*, Ed. Nacional S.A., México, D.F. 1953 pág. 17

su esposa y las nueras casadas *cun manus* así mismo se consideraba juez dentro de la *domus* y el sacerdote de la religión del hogar además tenía la capacidad de imponer la pena de muerte a sus súbditos ejerciendo la terrible *ius vitae necesique* pero no obstante de contar con tal grado de capacidad par poder imponer esta medida el *pater familia* debía someterse a cierta vigilancia moral por parte de la organización gentilicia y del censor.

Por lo que hace a la capacidad: ésta era adquirida por el hombre desde el momento de su nacimiento retrotrayéndose al momento de su concepción, por medio de la cual se generaban efectos de derecho; recordemos que el estado de los hijos era determinado mediante la condición del padre.

Asimismo y por otro lado en Roma, la esclavitud es considerada de diferente forma, dadas las etapas de desarrollo de esta civilización. En un principio se puede calificar como sumamente rigurosa; posteriormente, esto se fue atenuando por diversas causas, hasta conseguir un trato más humano. Así a los esclavos no se les consideraba como personas y menos aún como sujetos de derecho, dado que carecían de personalidad jurídica, pues eran considerados como cosa (*res*) y de igual forma sus descendientes no tenían otra alternativa que debe pasar a ser propiedad del *Pater-familia*.

Eugenio Petit señala que durante la época clásica había cuatro formas de ejercer la potestad que son las siguientes:

- Se refiere a la autoridad sobre el esclavo.
- La Patria potestad,
- La *manciptum*, que consiste en la autoridad ejercida por una persona libre sobre de igual condición, y
- La *manus* que era la potestad del marido sobre la mujer ¹⁵

Para la familia romana, esencialmente patriarcal, no existía ningún tipo de limitante ni ante la familia ni aún ante el estado.

¹⁵ Ibidem, pag 97

En sentido estricto podemos entender a la familia romana o *domus*, como aquella reunión de personas que estaban bajo la autoridad o la *manus* del *pater-familia*, donde los descendientes se encontraban sometidos a la autoridad de éste y la mujer tenía una condición semejante a la de una hija, por lo que se le denominó *locofilia*.

Por otro lado, a la mujer se le otorga el título de *mater familia*, el cual sólo se considera honorífico en la intimidad del hogar y no como término jurídico. Cuando una mujer libre (*sui iuris*) dirigía su propia *domus*, tenía la potestad de los hijos y necesitaba de un tutor para tomar las decisiones importantes por ser soltera o viuda.

Debemos señalar que el *pater-familia* es considerado como el dueño de los bienes, señor de los esclavos, patrón de los clientes y titular de la *iura patronatus* sobre los hijos y nietos; asimismo, ejerce un vasto poder sobre su propia esposa y las esposas de sus hijos (nueras); además, es el juez dentro del *domus* y sacerdote de la religión del hogar.

La mujer obtenía, por medio de la denominada *manus*, la naturalización doméstica en la *domus* del marido. Esta *conventio in manum* se podía combinar con el matrimonio y hacerse independientemente del matrimonio; en este caso, de acuerdo a Gayo, la realizó para liberar a la mujer de una tutela desagradable.

Por medio del *conventi in manum*, la esposa entra a una *domus* diferente a la original y el nuevo *pater familia* ejercía un poder sobre ésta, igual al que tenía sobre sus hijos, y considerando a la esposa como hija.

Podemos decir que la familia romana se caracterizaba por ser totalmente patriarcal, ya que el padre o abuelo *pater* tenía la soberanía total de la *domus* y se le consideraba como dueño absoluto de las personas que se encontraban bajo su autoridad. Así mismo, contaba con un poder total sobre el patrimonio familiar y ejercía derechos tanto de propietario como de sacerdote.

El poder del padre se fundaba por medio del matrimonio, la adopción y posteriormente por la legitimación; señalemos que, como se menciono anteriormente, la mujer al contraer matrimonio caía bajo la autoridad del marido, siendo ésta considerada como hermana de los hijos si el matrimonio era celebrado *cun manus*.

La adopción consistía en el medio legal de adquirir la patria potestad,¹⁶ dado que por medio de esta institución se establecía un parentesco entre dos personas que no lo tenían, y por medio de ésta se daba origen a los mismos efectos, jurídicos que se daban con el matrimonio, en relación con el padre y el hijo; debemos señalar que existían dos tipos de adopciones y al respecto Eugene Petit nos dice que "la adopción de una persona *Sui Juris* y que es la abrogación y la adopción de una persona *Allieni Juris* que es la adopción propiamente dicha"¹⁷

La legitimación se lleva a cabo intentando favorecer las uniones irregulares y permitiendo al padre adquirir la autoridad paterna sobre los hijos naturales concebidos en el concubinato; así mismo, las causas para su extinción, son las siguientes:

- La muerte
- La reducción a la esclavitud
- Disminución de la capacidad jurídica del que la ejercía ya sea máxima, mínima o media
- Elevación del sujeto al adquirir ciertas dignidades
- Entrega en adopción
- Emancipación del hijo (ésto era considerado como una pena o un castigo)

La patria potestad era considerada un poder ilimitado del *pater familia* el cual duraba hasta la muerte del mismo, esto le confería al mismo poder disciplinario casi ilimitado sobre el hijo que iban desde el poder decidir sobre la vida y muerte hasta la venta de él

¹⁶ FOIGNET, Rene. Manual. *Manual Elemental del Derecho Romano*, Ed. Jose Maria. Jr., SA, Puebla, México, 1984. pag. 59

¹⁷ PETIT, Op cit, pag 103

“A través del tiempo la patria potestad se va haciendo menos rígida y en el llamado Bajo Imperio, mediante la intervención del legislador, los hijos fueron considerados como personas capaces de ejercer derechos, aún en contra de la autoridad paterna. Esta lenta pero provechosa evolución, origina la diferencia entre los peculios del padre y del hijo.”¹⁸

En tiempos de Constantino los excesos cometidos por el padre, en cuanto al ejercicio de su anterior y omnímodo derecho, eran castigados de forma severa, presentándose en algunos casos, que los *pater familia* eran sancionados penalmente por causa de la muerte del hijo sin considerar la potestad ejercida.

Es importante resaltar, que de la patria potestad se desprenden otras instituciones jurídicas semejantes, como la tutela y la curatela, cuyo objetivo era ejercer la potestad sobre los sujetos que no se encontraban sometidos a ella, sea por incapacidad en relación con el sexo, edad, deficiencia mental o en casos de prodigalidad.

Particularmente en el caso de la mujer, ésta quedaba sujeta de forma perpetua, en el derecho antiguo. Posteriormente fue excluida de la patria potestad así como los hijos nacidos fuera del matrimonio, los cuales dado su condición no se encontraban sujetos a la patria potestad ni los *sui iuris* de los dos sexos.

Eugene Petit señala que “durante el siglo VI la mentalidad de los romanos, fijó una nueva idea que consistió en la protección de los incapaces por intervención de la sociedad, cuando la familia no era suficiente para protegerlos y alimentarlos, dejando asentado el principio que prevalece hasta la actualidad sobre la protección, asistencia y representación de los incapaces según la necesidad”¹⁹.

“La diferencia entre la tutela y la patria potestad es que el tutor carece de autoridad sobre la persona del pupilo y ejercicio del derecho de corrección así mismo sus funciones se

¹⁸JOSEAN. Louis., *Derecho Civil. la Familia* tomo 1, Vol II, Ed Jurídicas Europa-América. Bosch y CIA. Buenos Aires, 1950, pag. 257

¹⁹PETIT Eugene, *op cit* pag 127

limitan la defensa de los intereses del incapaz, concluyendo que el tutor se ocupa de la fortuna del pupilo y no de su guarda y educación.”²⁰

Para los romanos se establecieron tres tipos de tutela, conocidos actualmente como: *testamentaria*, *legítima* y *dativa*, siendo la primera la más importante. En la Ley de las XII Tablas se concedía como un atributo del ejercicio de la patria potestad, cuando ésta era designada por medio de testamento, dando prioridad a los parientes.

Los requisitos que debían llenarse para ser tutor, eran garantizar su solvencia y honradez por medio de una fianza. Esto tenía una sola excepción, que se presentaba cuando el tutor era designado por medio de un testamento.

Las formas por medio de las cuales se daba por terminada la tutela, eran las siguientes; “En razón de la persona del pupilo cuando éste llegaba a la pubertad y finalmente por la muerte; terminaba en razón de la persona del tutor por la muerte, excusa, por haber cumplido el término o condición que se hubiese estipulado y también por cualquier disminución en la capacidad jurídica”.²¹

Por otra parte, la *cúratela* es la figura supletoria de la patria potestad, con la cual se busca solucionar necesidades específicas como los casos de incapacidades accidentales: sordomudos, pródigos, y furiosos. Con base en ello podemos señalar que ésta institución sustituía la tutela, si el pupilo era mayor de catorce años y menor de veintiocho y que tuvieran el estatus de *sui iuris*, considerando que solamente se habían desarrollado físicamente pero no mentalmente, conforme con la Ley Plétora que es la que viene a regular esta institución.

Es importante señalar que el origen y la función de la tutela dentro del derecho romano, se dio al querer dar la protección necesaria a los incapaces normales y la *cúratela* establecida para brindar la protección a incapaces accidentales.

²⁰ Ibidem pag. 130

²¹ Ibidem pag. 138

1.5.2 ESPAÑA

La historia de España está fundada por la convergencia de diversos grupos que se asentaron de manera pacífica, mientras que otros lo hicieron por medio de la conquista, como fue el caso de los celtiberos los que tenían como característica principal la estrecha solidaridad familiar, fundamentada principalmente en los vínculos, y creada tanto por lazos consanguíneos como por medio de la adopción y la monogamia.

En su caso, los fenicios de origen semita, establecieron sus colonias dentro del territorio español, buscando la posibilidad de descalzar el comercio, y fusionarse con las colonias españolas autócratas tanto en Cádiz como en Málaga.

Por otro lado, Cartago se estableció dentro de las colonias pertenecientes a España, buscando tanto la expansión comercial como territorial. Esta invasión da como consecuencia que los romanos entren a España y expulsen a los cartagineses, permitiendo que Roma se extienda territorialmente y para lograr la difusión de su cultura y su derecho, e institucionalizar el derecho a la ciudadanía.

Los visigodos de origen indogermánico, se caracterizaban por ser nómadas y contaban con una cultura deficiente. También se establecieron en España, logrando imponer sus leyes, usos y costumbres aspectos que posteriormente se unieron a los de los romanos, y así prevalecieron. Debido a ésto, la familia era constituida por lazos consanguíneos, y la potestad paterna era absoluta. Los hijos conseguían su emancipación cuando eran considerados aptos para las armas, obteniendo un estatus de guerreros y formando parte de la República. El régimen familiar imperante era monogámico, pero el hombre llevaba a cabo la compra de la mujer para dar solemnidad al acto matrimonial.

El derecho de familia se ha ido transformando a través del tiempo. Así, al hablar de los visigodos, ya comentamos que la emancipación dependía de que fueran aptos para las armas, cosa que no subsistió en el Fuero Juzgo que establecía una edad de quince años para quienes eran huérfanos.

En el Fuero de Castilla se fijó una edad de entre catorce y veinticinco años para ser sujetos a curatela, como medida de protección, y así mismo prohibían hacer testamento a los que estaban sujetos a patria potestad.

Por su parte, la denominada Ley del Toro, en contraposición con la Ley de las Siete Partidas, sí permitía testar a los sujetos a patria potestad, regulando también la pérdida de la misma cuando se inducían al menor a la prostitución o cuando eran víctimas de malos tratos.²²

“En el derecho de familia en cuestión, podemos afirmar que la condición de la mujer es inferior a la del hombre.”²¹ Sin embargo, esta situación fue modificándose por medio del cristianismo. Con respecto a los menores, éstos eran considerados incapaces para discernir hasta que llegaban a la edad de siete años y de igual forma se les consideraba imputables a partir de los catorce años, en la comisión de cualquier delito. El límite de edad máxima para que un menor fuera adoptado, era a los dieciséis años, y solamente podía conseguir la emancipación por medio del consentimiento judicial otorgado por el padre.

El padre ejercía la patria potestad y con esto tenía el derecho de usufructo sobre los bienes de los hijos. No obstante, los hijos menores tienen el derecho de disponer de sus bienes.

La terminación de la patria potestad se producía cuando moría quien la ejercía o bien por el destierro, la muerte civil, o que se cometiera incesto; así como porque el que estaba sujeto a ésta obtuviera un cargo o dignidad pública o contrajera matrimonio.

Los regímenes de tutela curatela y patria potestad, dentro del derecho hispano tenían su fundamento en el derecho romano, con la única diferencia de que los hispanos dispusieron que cuando no hubiera padre, la madre podía ejercer esta.

²² ESQUIVEL OBREGÓN Toribio, *Apuntes Para la Historia del Derecho en México*, Libro II, sec II ed. Polis, México, D. F., 1937, pag 367

²¹ *Ibidem*, Pag. 381

Las relaciones jurídico-familiares son esencialmente personales, ya que se dan por ciertos vínculos familiares que unen a determinadas personas. Estas personas pueden ser titulares de derechos patrimoniales, y tener derechos o deberes que cumplir las unas con las otras. Es así, que además de las relaciones meramente personales, el derecho de familia también regía relaciones de carácter netamente patrimoniales. A partir de ésto se da una clasificación a las relaciones jurídico-familiares, que atiende a su propio contenido, dividiéndolas en personales y patrimoniales, lo que para Savigny representa el Derecho de Familia puro y el Derecho de familia aplicado.

Cabe señalar que al encontrarse regulada la familia por el derecho, se considera una institución social basada fundamentalmente en la diversidad de sexos, dando lugar al matrimonio y a la patria potestad sobre los hijos.

Por último, en el fondo predominante ético de la familia española, como institución social, repercute en una regulación jurídica, y es la primera y más destacada característica del derecho de familia. Español²⁴

1.6 MÉXICO

El régimen jurídico de los pueblos precortesianos fue rudimentario, pues apenas se iniciaban las relaciones contractuales y no se había llegado al estado de complejidad social que hace que se desarrolle el derecho y la filosofía.

1.6.1 EPOCA PRECOLOMBINA

Sin embargo, en el reinado de Netzhuacoyotl se dio una evolución del derecho, con lo cual se aumentaron sus fórmulas e instituciones.

Dentro de las familias se presentaba una gran variedad de costumbres, tanto en los principios básicos del matrimonio, como en las costumbres e influencias sociales de la familia.

²⁴ CÁNOVA ESPÍN Diego *Manual de Derecho Civil Español* 8ª edición. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, pag 8

Por otra parte, la poligamia era un privilegio reservado para las personas pudientes. El rey podía tener todas las mujeres que quisiera, ya fueran de alto o bajo linaje, pero había una esposa con la que se presentaba a las ceremonias. Existiendo esta idea en lo que se refiere a buenas y malas costumbres se trataba primero de los reyes y la gente ilustre y posteriormente de la gente común y plebeya.

Es a causa de la poligamia que fue más difícil llevar a cabo la evangelización española, dado que los personajes de origen no aceptaban dejar sus costumbres. Para los misioneros fue difícil establecer la monogamia, y los bautizos se llevaron a cabo cuando establecieron que la primera esposa sería considerada como la legítima.

1.6.2 EPOCA COLONIAL

Durante la Época Colonial “el matrimonio, a más de las disposiciones en el derecho canónico y en la legislación de Castilla había motivado disposiciones particulares en las Indias por las condiciones particulares que ahí se presentaban.”²⁵

Las reglas del derecho civil acerca del matrimonio, en la denominada Indias, se encuentran contenidas en la pragmática sanción del 23 de marzo de 1776, que recogió los diversos preceptos que la experiencia había dictado, según ella, aquí como en España. Los menores de veinticinco años necesitaban la previa autorización del padre o madre, y a falta de estos la de los abuelos o de los parientes más cercanos. En estos dos últimos casos, tanto los abuelos como parientes cercanos deberían de obtener la adopción judicial, exceptuando a los negros, mulatos y castas que fueran oficiales de milicias, así como indios que tuvieran alguna dificultad para solicitarlas, en cuyos casos deberían impetrar la de curas y doctrinarios, españoles cuyos padres o tutores vivieron en España o en otro reino de indias, quienes también podrían solicitar directamente licencia de la autoridad judicial.

²⁵ CHAVEZ HAYHOE, Salvador, *Historia sociológica de México*, ed Salvador Chavez Hayhoe, México, 1944, pag. 147

Cuando el matrimonio era contraído sin contar con la licencia para ello, no podía producir efectos civiles respecto a los cónyuges ni a los hijos. Así, no se presentaba entre ellos dote legítima, ni mayorazgo, ni ningún otro tipo de derecho de familia.

Durante el llamado México Independiente, hasta las Leyes de Reforma al matrimonio se considero como de competencia exclusiva de la iglesia. La unión entre un hombre y una mujer es considerada connatural, ya que nace con la humanidad misma, siendo ésta denominada unión libre, matrimonio o concubinato.

1.6.3 CÓDIGO DE 1870

El 13 de diciembre de 1870 por medio del decreto 6855, fue publicado el Código Civil con el que se derogaba la legislación el Código Civil del Imperio Mexicano.

Dentro del título cuarto de este código, se regulan las actas del estado civil, desde las de nacimiento, reconocimiento de hijos naturales, de tutela, de emancipación, y matrimonio, hasta las de defunción.

Por otro lado en el llamado Código Civil de Napoleón, en el artículo 159 se define al matrimonio como:

“La sociedad legítima de un solo hombre con una mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.”²⁶

En el capítulo 198 de los derechos y las obligaciones que nacen del matrimonio se previene que:

“los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad, a contribuir cada uno a los objetos del matrimonio y socorrerse mutuamente.”²⁷

²⁶ CHAVEZ Asencio Manuel F. *la Familia en el derecho , derecho de familia y relaciones jurídicas familiares* ed. Porrúa, México, 2001, pag. 74

²⁷ *Ibidem*, pag. 75

La edad mínima para contraer matrimonio del varón, era a los catorce años y para la mujer a los doce. De acuerdo con el derecho eclesiástico imperante en su época, para poder contraer matrimonio antes de cumplir los veintiún años, se debía contar con la autorización del padre, o de la madre si el primero había fallecido.

Los bienes de los cónyuges eran regulados de acuerdo al régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. De igual manera se establecen las capitulaciones matrimoniales y el régimen legal de ganancia. Se entiende como bienes gananciales aquellos que son incorporados al patrimonio inicial de los cónyuges, durante el matrimonio que se celebraba bajo el régimen de sociedad conyugal.

“Se reglamentaba a partir del artículo 2131 la sociedad legal, como una de las formas de lograr el régimen matrimonial de sociedad conyugal.”²⁸

Los artículos 2251 y posteriores regulaban la dote, señalando que ésta es cualquier cosa o cantidad que la mujer u otro en su nombre da al marido con objeto expreso de ayudarlo a sostener la carga del matrimonio.²⁹

En el código en comento se daba un gran predominio del marido sobre la mujer. En su artículo 199 se consagra que “la mujer casada debe vivir con su marido.” el artículo 32 dice que “el domicilio de la mujer casada que no está legalmente separada de su marido, es el de éste.” El artículo 201 señala que “el marido debe proteger a la mujer, ésta debe obedecer a aquel, así en lo doméstico como en la educación de los hijos y en la administración de los bienes.” El artículo 204 señala que “la mujer está obligada a seguir a su marido, si éste lo exige, a donde quiera que establezca su residencia salvo pacto en contrario celebrado en las capitulaciones matrimoniales.” El artículo 207 señala que “tampoco puede la mujer sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso o lucrativo, enajenar sus bienes y obligarse, sino en casos especificados en la ley.”³⁰

²⁸ Ibidem, pg 76

²⁹ Ibidem, pág. 76

³⁰ Ibidem, pag 75

En los artículos subsecuentes se encuentra regulado que el marido era el administrador legítimo sobre todos los bienes del matrimonio. Así mismo, era considerado como el representante legítimo de su mujer y ésta no podía comparecer en juicio por sí misma o por procurador, si no contaba con la autorización, por escrito del marido, aún cuando se tratara de pleitos comenzados antes del matrimonio.

El artículo 239 referente al divorcio dice:

ARTÍCULO 239.- El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio, suspende sólo algunas de las obligaciones civiles que se expresarán en los artículos relativos a este código

De acuerdo con lo establecido en este código, los hijos se clasifican en legítimos, "naturales y en hijos espurios (adulterinos) y los incestuosos, para otorgarles derechos hereditarios en diferentes proporciones, en razón a la diversa categoría a que perfeccionan de conformidad con los artículos 383 y del 3460 al 3496 a 2496."³¹

Considero que lo antes comentado sobre el código de 1870 es lo de más interés respecto a la producción legislativa en ese tiempo.

1.6.4 CÓDIGO CIVIL DE 1884

Este Código consigna una definición del matrimonio en su artículo 155, igual a la referida en el Código civil de 1870. Constata la definición en ambos Códigos como sociedad civil, con el decreto Número 7329, del 14 de diciembre de 1874, considerando al matrimonio como un contrato civil. El código en comento sólo trajo como única innovación importante, el principio de la libre testamentación que abolió la herencia forzosa, y suprimió el régimen de las legítimas, en perjuicio principalmente de los hijos de matrimonio, es decir, se suprimió el Sistema de

³¹ Idem, pag 75

herederos forzosos (legítimos) por el cual el testador no podía disponer de ciertos bienes por estar asignados legalmente a sus herederos.³²

1.6. 4 LEY DE RELACIONES FAMILIARES

La Ley de Relaciones familiares del nueve de abril de 1917, expedido por Venustiano Carranza, es considerada viciada desde su origen "por haber sido expedida y promulgada cuando ya existía un congreso a quien correspondía darle vida".³³ Esta Ley derogó los capítulos y títulos relativos al Código Civil de 1884.³⁴

En la exposición de motivos de esta ley se consigna que "El cristianismo no influyó directamente sobre la organización de la familia".³⁵ Sin embargo, los tratadistas concuerdan en que el cristianismo si influyó benéficamente en el matrimonio y la familia.

Del mismo modo, en la citada exposición de motivos se señala que el sacramento lejos de disminuir la autoridad que ejercía el marido sobre la mujer, se vio robustecida, desde el punto de vista moral, dado que al comparar al marido con Cristo y a la mujer con su Iglesia, se le concede mayor poder al marido. Los mismos teólogos señalaban que al llevar a cabo la celebración del matrimonio, el sacerdote era considerado como testigo y no como ministro, dado que este último era considerado el contrayente.

El artículo 13 de la Ley en comento, señala la definición del matrimonio no como un contrato social de conformidad con los Códigos Civiles anteriores, sino como un contrato civil de conformidad con la definición Constitucional, y agrega que es "vínculo disoluble que tiene por objeto perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".³⁶

De acuerdo con la anterior definición, se confirma la introducción del divorcio vincular en nuestra legislación, y podemos encontrar en el artículo 75 establece que:

³² Ibidem pág. 77

³³ SÁNCHEZ MENDAL, Ramón, op cit, pág. 12

³⁴ Ibidem pag 79

³⁵ Idem pag. 79

³⁶ Ibidem pag 80

“el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en plenitud de contraer otro”.

Así mismo, encontramos que en su artículo 76 fracción XII, se establece no sólo el divorcio necesario sino también el divorcio por mutuo consentimiento.

En el artículo 40 y subsiguientes se consignan los derechos y las obligaciones que nacen con el matrimonio, y nos señalan que :

ARTÍCULO 40.- los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad, a contribuir cada uno por su parte a los objetivos del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

ARTÍCULO 41 señala la obligación de la mujer de vivir con el marido, exceptuando cuando éste se ausente de la República o se instale en un lugar insalubre.

ARTÍCULO 44 se consigna la obligación del marido de dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar. Por su parte, la mujer tiene obligación de atender todos los asuntos domésticos por lo que ella será especialmente encargada de la dirección y cuidado de los hijos, así como del gobierno y dirección del hogar; aunque en el artículo 241 se establece que la patria potestad se equipara a ambos cónyuges para ejercerla.

Se borró la distinción entre hijos naturales e hijos espurios, o adulterinos, así como incestuosos. Además se dispuso que los hijos naturales sólo tendrán derecho a llevar el apellido del progenitor que los había reconocido, y deliberadamente omitió consignar el derecho de alimentos y a heredar con relación al mismo progenitor; derechos que ya les otorgaban los Códigos Civiles de 1870 y 1884.³⁷

En los artículos 197 y 198 se concedió la acción de investigación de la paternidad, no sólo en el caso de raptó o violación, que ya establecían legislaciones anteriores, sino también cuando

³⁷ Ibidem. Pág 25

existía la posición de estado de hijo natural o se tuvieran otras pruebas y un principio de prueba por escrito.

Se introduce la adopción en sus artículos 220 a 236 la cual desde el proyecto de Código Civil de Justo Sierra en el año de 1861, se desconoció por haber sido considerado inútil en su totalidad, así como fuera de nuestras costumbres, razón por la que fue omitido tanto en el código de 1870 como en el de 1884.

1.6.5 CÓDIGO CIVIL DE 1928

Con el Código Civil de 1928 llegamos a la evolución del Derecho mexicano, en el cual se tratan todos los asuntos relacionados con la familia, tanto en lo que se refiere a las personas como a sus bienes.

En este Código que por primera vez encontramos regulada la figura del concubinato.

Además, señala en la exposición de motivos que una manera muy peculiar de formar a la familia es el concubinato, y afirma que éste no se contrapone con el matrimonio, ni es demérito de esta forma moral y legal de constituirla por su parte, el legislador no puede quedarse al margen de estos problemas sociales que en alguna forma se reconocen.

Encontramos al concubinato reconocido de forma indirecta, pero no así a las relaciones entabladas entre concubinarios, dado que originalmente éstos sólo tenían derechos a los alimentos en caso de sucesión legítima. También existe la presunción de los hijos del concubinario y la concubina lo cual se señala en el artículo 383 del citado Código, semejante a la presunción que existe en relación de los hijos nacidos dentro del matrimonio.

Con respecto a los hijos, la patria potestad sería ejercida tanto por el padre como por la madre. Cuando se presenten conflictos familiares, el menor será otorgado en Guarda y Custodia a las personas que el juez crea conveniente. Se considera que esta facultad discrecional del juez es sumamente importante, ya que éste cuenta con la posibilidad de tener una idea precisa del

cuidado y bienestar de los menores basándose en los informes que le rinda el Agente del Ministerio Público y las documentales que le sean ofrecidas para formarse un criterio al respecto. Así mismo, esta figura jurídica debe estar regulada en la Ley Sustantiva.

1.6.5 LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FAMILIA

Como la familia es la base de la sociedad, esta se comprende dentro de la legislación positiva de la familia se hace referencia, directa o indirectamente, en todas las leyes que componen la legislación positiva del país. O dicho de otro modo, si observamos que la familia esta presente en las leyes del país, significa que la familia se la considera base de la sociedad

Es por esto que no solos debemos estudiar las normas las relativas a la familia que se encuentran dentro del Derecho civil, sino también aquellas que se encuentran dentro del Derecho publico y que tienen por objeto proteger y promover a la familia, y proveer de casa , vestido, trabajo y seguridad social a la misma para que pueda cumplir su misión

Representa normas de derecho público, derecho privado y derecho civil. Buscando por este medio establecer los criterios necesarios en materia de distinción entre derecho público y derecho privado.

Las teorías que tienen su sustento en el interés, se señalan como aquellas que son de derecho público, es decir, que van dirigidas al interés general de una colectividad, y las de derecho privado, que garantizan el interés particular.

De acuerdo con el contenido de la norma serán consideradas de derecho público las que determinan los órganos y funciones del Estado, en tanto que serán de derecho privado las que regulan las relaciones que se presentan entre los sujetos, dentro de aquellos aspectos en los que no tiene parte el Estado ni forma parte de su estructura.

Por otra parte como producto de las grandes revoluciones del siglo XX, se desarrollan nuevas ramas del derecho, con características propias que difieren de las antes señaladas tanto el

derecho privado como el derecho público; por ello, ésta nueva rama se denominó “Derecho Social”.

Por último, están aquellos que nos hablan acerca de la distinción en razón de la situación a la que están los sujetos de determinada relación jurídica.

Se considera que dicha denominación es poco afortunada, ya que el derecho es en esencia un fenómeno que se da en sociedad, entendiéndose simultáneamente con esto, que no puede haber derecho que no sea social.

El Derecho Social es referente a los individuos en cuanto a los integrantes de grupos sociales o sectores de la sociedad bien definidos, ya sean entendidos como familia, obreros, campesinos, entre otros.

La maestra Sara Montero dice que “Creemos que la inclusión del derecho de familia dentro del derecho privado es lo debido, pese a que en este derecho no vemos funcionar a la autonomía de la voluntad como pilar de sus principios”.³⁸

“Pero es derecho privado porque rige las relaciones de los particulares entre sí, como simples particulares...” Pero ¿hay algo más íntimo y privado para el individuo que la esfera familiar?...³⁹

Para el maestro Antonio Cícu

“el derecho de familia no es un derecho público y la estructura de sus relaciones pugna con los más elementales criterios que determinan al derecho privado, al derecho que a la familia debe de asignársele un lugar independiente entre el derecho público y el derecho privado, es decir, la bipartición, debe transmutarse en tripartición, creándose un tercer género en el que pudiera tener cabida el derecho de familia”.⁴⁰

³⁸ MONTERO DUHALTE Sara, Op cit. Pág 27

³⁹ Idem pag 27

⁴⁰ CÍCU Antonio, cita por SARA MONTERO DUHALTE *Derecho de familia* Op cit pag. 27 Y 28

Por su parte, el doctor Julián Guitrón dice que. "El derecho de familia es un derecho tutelar".⁴¹

Dado que no es un derecho privado ni público sino un derecho social, protector de las relaciones familiares, considerando a la familia como el núcleo más importante de la sociedad, tradición que aún en nuestros días se continúa conservando a pesar de la débil situación de ésta, es necesario para subsanar los problemas a los que se enfrenta la familia, propugnar por la proclamación de un código de familia federal, y proteger de manera más efectiva al núcleo social más importante de la humanidad.

Sara Montero manifiesta que el derecho social no existe, ya que el derecho de familia se debe ubicar dentro del derecho privado.⁴²

Sin embargo, se considero que la naturaleza jurídica del derecho de familia se encuentra fundamentado en el derecho social, como lo señala el Doctor Julian Guitrón Fuentevilla. Anteriormente ha habido algunos autores que no se han puesto de acuerdo en la aplicación de las normas, dado que las opiniones se dividen entre sí, sin embargo, si se debe aplicar el derecho público. Olvidando que el derecho es un fenómeno que se da dentro de la sociedad, no es posible concebir un derecho que no sea necesariamente social, y éste lo podemos entender como un derecho social que se refiere a los individuos como integrantes de grupos sociales debidamente determinados.

⁴¹ GUITRON Fuentevilla Julian, *Derecho de Familia*, pag 49, México, citado por Chavéz Asencio Manuel, *la Familia en el derecho , derecho de familia y relaciones jurídicas familiares* ed Porrúa, México, 2001, pag. 43

⁴² *Ibidem* pag 27

Capítulo II

CONCEPTO DE INSTITUCIONES JURÍDICAS FUNDAMENTALES DE LA GUARDA Y CUSTODIA

2.1 LA MINORÍA DE EDAD

Se considera como minoría de edad, desde el punto de vista biológico, aquella persona que no ha alcanzado el desarrollo gradual de su organismo ni la madurez plena, y desde el punto de vista jurídico, es la persona que no ha alcanzado la madurez biológica.

Esto lo podemos encuadrar desde el momento del nacimiento hasta que se alcanza la mayoría de edad; por tal motivo, la Ley le restringe su capacidad, dando lugar a la creación de jurisdicciones especiales para su protección.

Es importante subrayar que fue el derecho romano el que hace la distinción de ésta, pues no se contaba con una clasificación propiamente dicha, siendo los romanos quienes los clasifican en tres etapas, que eran las siguientes: infancia, pubertad e impubertad.

Los infantes: comprende a los menores de siete años y a los que no sabían hablar; eran considerados como incapaces totales para la proyección de sus actos.

Los impúberes: inicialmente se incluían a los infantes dado su inaptitud fisiológica para la reproducción; esta etapa comprendía desde la conclusión de la infancia hasta los doce años en el caso de las mujeres y en el de los hombres hasta los catorce.

Los púberes: esta última etapa comprende desde la salida de la impubertad hasta los veinticinco años.

Dicho fundamento tiene su origen en la voluntad de proteger a los menores, dado que éstos no cuentan con la suficiente capacidad para discernir, ni la de responsabilizarse de sus actos, y por

ésto, al ponerle limitantes a su capacidad, se busca proteger y tutelar el interés de los terceros, dado que las sanciones recaen sobre éstos y no sobre los menores.

Las señaladas incapacidades se aplican indistintamente para ambos sexos, o en cualquier situación familiar, sin que ésto constituya un atentado a la personalidad, ya que la confirma y protege.

Para la minoría de edad se deben tener en consideración dos tipos de instituciones de representación que son:

- 1.-La representación propiamente dicha, y
- 2.-El de asistencia.

La representación es aquella en la que se actúa por medio de un organismo o de una persona física, como en el caso de la patria potestad o tutela, que se basa en este principio.

Mientras que en la asistencia se actúa por sí mismo, es decir, con el auxilio de una persona como es el caso de la institución como la curatela, asesor jurídico y autoridad marital, la cual se basa en este modelo. Podemos ver que los citados tipos de representación deberán de ser adaptados al caso en concreto que se nos plantee, debiendo tomar en consideración la naturaleza de la incapacidad de que se trate, así como la extensión de la misma.

2.2 CONCEPTO DE INCAPAZ.

Podemos definir que el menor, por el simple hecho de serlo, tiene limitada su capacidad de obra, que lo imposibilita para la realización de determinados actos o negocios jurídicos; sólo podrá adquirir la plena capacidad de obrar al alcanzar la mayoría de edad, o bien, por medio de la emancipación.

Podemos topamos con el caso de que el menor padezca de alguna enfermedad psíquica, y que aún cuando llegue a la mayoría de edad se vera restringida su capacidad jurídica, la cual se vera limitada por tiempo indefinido.

Podemos señalar que los menores podrán ser considerados incapaces cuando concurra en ellos causas de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persista aun cuando se alcance la mayoría de edad.

El Código Civil, en su Título Noveno de la Tutela, artículo 450, nos señala que:

ARTÍCULO 450.- Tiene incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad.

II. Los mayores de edad que por causas de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que lo supla.

El derecho señala las siguientes causas de la incapacidad:

1) Natural:

a) Minoría de edad

2) Legal

b) Privación de la inteligencia por:

I) Locura.

II) Idiotismo.

III) Imbecilidad.

c) Sordomudez unida a que no se sepa leer ni escribir.

d) Embriaguez consuetudinaria.

e) Abuso inmoderado y habitual de drogas enervantes.⁴³

⁴³ ROJINA Villegas Rafael, *Compendio de Derecho Civil* tomo I, México D.F. 2001, ed. Porrúa, pág. 155.

Podemos definir como capacidad “la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones y para ejercerlos por sí mismos”⁴⁴

A continuación definimos cada una de estas causas de incapacidad:

a) **Minoría de edad:** Para el estudio de la salud evolutiva, generalmente se parte del momento del nacimiento hasta que llegue a cumplir la edad de 18 años, la cual es considerada por nuestra legislación como la mayoría de edad, que es cuando el individuo se considera que tiene la capacidad tanto jurídica como mental para manejarse por sí mismo.

Algunos estudiosos como Jerónimo de Moragas, sostiene que existen siete etapas en las que se deben considerar los aspectos somáticos y psíquicos como son:

- 1.-El desarrollo motriz,
- 2.- Relaciones consigo mismo y con el mundo exterior,
- 3 -Vida intuitiva,
- 4.-Vida afectiva
- 5.- Vida intelectual,
- 6.-Lenguaje y
- 7.-Aprendizaje⁴⁵.

Por lo tanto, debemos considerar que cuando el individuo ha alcanzado estas etapas, lo podemos tener como una persona con la madurez suficiente para llegar a lograr su capacidad de goce y ejercicio, y con ésto será considerado como un sujeto de derechos y obligaciones al cumplir la mayoría de edad, siendo que en nuestra legislación se dará al cumplir los 18 años.

b) **Privación de la inteligencia:** La deficiencia o debilidad mental, la inmadurez psicológica, se refiere a un mismo problema causal. Se trata de deficiencia de la inteligencia con origen en lesiones orgánicas, anomalías en la estructura del cerebro, anomalías endocrinas y sensoriales. La gravedad varía desde la absoluta incapacidad intelectual hasta límites con la normalidad. La sicología distingue entre debilidad mental irreversible y debida a causas

⁴⁴ *Ibidem* pag 158

⁴⁵ Moragas DF Jerónimo, *Sicología del Niño y el Adolescente*, Ed Labor Barcelona Madrid, 1967, Pag 39, ss

orgánicas. La enfermedad mental o el padecimiento psíquico de cualquier persona puede ser presupuesto de una disminución legítima, en cuanto puede limitarse el libre desarrollo de su personalidad, al quedar reducida su capacidad de obra en virtud de la declaración judicial de incapacidad; de igual manera podemos agregar que la enfermedad mental puede ser causa de limitación de su capacidad de ambulatoria, y en cuanto a lo que se refiere al menor de edad que se encuentra en este supuesto, debemos resaltar que él mismo se encuentra sujeto al régimen de patria potestad o, en un dado caso, a tutela.

Podemos definir la deficiencia intelectual como aquella situación en que la edad mental no corresponde a la edad cronológica. Así mismo han establecido métodos y escalas para medir la inteligencia de una persona, según el coeficiente intelectual, el cual se clasifica de la siguiente manera:

1) **Locura:** Podemos definirla con las psicosis orgánica y se encuentra asociada a estados tóxicos, problemas metabólicos o enfermedades neurológicas, es decir, el comportamiento desviado del inmaduro psíquico obedece más a la influencia de sus limitantes de sus facultades mentales, las cuales les impiden la correcta comprensión de las normas de convivencia. Las citadas limitaciones refieren a lesiones orgánicas, anormalidad de la estructura del cerebro, anomalías endocrinas y sensoriales. Su gravedad varía desde la absoluta incapacidad intelectual hasta límites con la normalidad.

2) **Idiotismo:** La psicología distingue la incapacidad intelectual cuando la edad mental no corresponde a la cronológica, mediante el respectivo diagnóstico del grado de anomalía para los correspondientes fines pedagógicos. Se han establecido métodos y escalas para medir la inteligencia de las personas, de acuerdo con el coeficiente intelectual en el que el idiotismo se diagnostica, cuando el individuo no alcanza un coeficiente intelectual mayor del nivel mental de los tres años.

3) **Imbecilidad:** Es considerado como un estado intermedio entre el idiota y el débil mental, el cual puede presentar algunos comportamientos desviados; los hechos antisociales más significativos suelen ser el comportamiento irregular que obedece más al aprendizaje social que

a su anomalía mental, considerando que con frecuencia está asociada a otros trastornos psicológicos.

En el imbecil se advierte no siempre imprevisibilidad emotividad y perversión siendo su inteligencia únicamente receptiva, estará en imposibilidad de comprender el significado de los deberes sociales.

La Ley de los derechos de las niñas y los niños en el Distrito Federal, en su título primero, artículo 3 fracción XVIII, señala:

ARTÍCULO 3 .-“A la niña o niño con discapacidad como: Al que padece temporal o permanentemente una disminución en sus facultades físicas, mentales o sensoriales que le impiden el desarrollo normal de sus actividades”⁴⁶

C) Sordomudo aunado a que no sepa leer y escribir : Es importante subrayar que para que se presente esta incapacidad es necesario que el individuo sea analfabeta, razón por la cual se considera que se encuentra totalmente incomunicado con el resto de la humanidad, y en consecuencia se colocará en una situación de desprotección, por lo cual quien ejerza la patria potestad o la tutoría del mismo, deberá procurar que aprenda a leer y escribir para salir de su estado de incapacidad. Debemos entender con ésto, que cuando el sordo mudo aprende a leer y escribir, así como a darse a entender por medio de el lenguaje de señas, obtendrá su capacidad de goce y ejercicio.

D) Embriaguez consuetudinaria: Cuando el alcoholismo se convierte en permanente, se considera a la persona que lo padece como un ser enfermo, el cual estará necesitando que se le proteja y deberá quedar bajo el amparo de un representante legal, el cual estará obligado a procurar la rehabilitación del sujeto, para que una vez que ésto suceda, el sujeto pueda recuperar su capacidad, logrando que se extinga el estado de interdicción.

⁴⁶ Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de octubre de 1999.

F) Abuso immoderado y habitual de drogas enervantes: Como en el caso anterior, se considera que una persona que se encuentra constantemente bajo los influjos de las drogas, no se puede considerar capaz para ejercer sus capacidades y sólo podrá recobrarla si logra su rehabilitación.

Todas estas circunstancias son exclusivas e inherentes del ser humano, por lo que valdría la pena hacer referencia a la historia, dado que los casos de incapacidad que encontramos a lo largo de la misma son varios. El derecho romano, por ejemplo, nos señala que la incapacidad estaba relacionada directamente con el estatus de los sujetos, en su calidad de personas libres, esclavos, ciudadanos o peregrinos, *sui juris* o *alieni juris*, o bien por su calidad social, ya que dependiendo del grado que ocupaban en el estatus romano, determinaría su capacidad.

Las incapacidades se presentaban en una extensa gama de posibilidades entre otros podemos señalar a los *furiosis*, los infantes, los *mente capiti*, los *sui juri* entre los doce y los catorce años (los impúberes), los menores de veinticinco, las mujeres *sui juris* los esclavos, los *fili familias*, los extranjeros y los interdictos pródigos que se colocaban en este estado por la orden de un magistrado para que el pródigo no pudiera realizar actos de disposición de sus bienes, buscando con esta interdicción proteger a otras personas respecto a determinadas situaciones que se presentarán en perjuicio del patrimonio tanto del interdicto como de los otros.

Las incapacidades eran distintas y graduales, dependiendo de las calidades antes señaladas. Como podemos ver, las causas son semejantes, tomando en consideración la edad, el sexo y la condición de extranjería, así como la perturbación mental, o bien, en su caso, la privación de la inteligencia, la afición a ciertos vicios, la sordomudes y la prodigalidad, entre otros.

De esta manera podemos definir como capacidad: "La aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones y para ejercerlos por sí mismos."⁴⁷

Como podemos ver, de esta definición se desprenden dos aspectos importantes que son: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, donde se destaca que, en términos generales, se

⁴⁷ CHAVEZ ASENCIO Manuel, *La Familia en el Derecho Relaciones Paterno Filiales*, México, D.F., 2001 ed Porrúa.

considera capaz a toda persona física a partir del nacimiento, y esto sólo se limita a las personas que presenten alguna o algunas de las características antes señaladas, para ser considerados como incapaces en estado de interdicción.

Se entiende por interdicción la restricción de la capacidad de ejercicio de la persona mayor de edad, declarada por el juez de lo familiar, de acuerdo con las formalidades que para el efecto establece la Ley Procesal, siempre que se haya probado dentro de este procedimiento, que el mayor de edad se encuentra privado de la razón, en los diversos grados antes enunciados, o bien, como ya se menciono: por tener impedimento para oír y hablar, así como por el consumo consuetudinario de drogas enervantes o del alcohol.

Es por esto que nuestro sistema judicial tiende a dictar el estado de interdicción, buscando proteger tanto en la persona como a sus bienes, siendo considerada como incapaz de manejarse por sí misma, debiendo para ello nombrar un tutor o un curador de acuerdo con las circunstancias del caso, entendiendo que deberá permanecer bajo la guarda y custodia de quien determine el juez de lo familiar.

Así mismo, podemos definir que: El menor de edad es aquel ser humano que no ha cumplido dieciocho años de edad.

Los mayores de edad, que por causas de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial e intelectual, emocionalmente o varias de ellas a la vez, no pueden gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismos o por algún medio que la supla.

2.3 CONCEPTO DE MINORÍA DE EDAD

“Minoría de edad, situación en la que se encuentra quien todavía no ha cumplido la edad que la ley considera necesaria para la obtención de la emancipación por mayoría de edad. El menor de edad tiene una capacidad de obrar limitada, pues aunque hay actos que la ley puede permitirle celebrar por sí sólo (por ejemplo, otorgar testamento a partir de una determinada edad), la regla general es que el menor de edad se encuentre bajo la patria potestad de sus padres o, en su defecto la guarda de un tutor. Unos u otro le representarán para todos los actos que la ley no le permite llevar a cabo por sí mismo.

A pesar de su situación, la ley no ignora que el menor, según su edad y condiciones de madurez, puede realizar actos eficaces en el ámbito jurídico. Así, puede aceptar donaciones puras (que no impliquen obligaciones por su parte o estén sometidas a condición), ejercitar derechos de la personalidad (firmar una obra literaria o una partitura musical de las que sea autor), adquirir la posesión de los bienes o reconocer hijos. En no pocos supuestos de crisis matrimonial de sus padres, la situación de persona necesitada de una especial protección da derecho al menor a ser oído en las cuestiones que le puedan afectar. Bastantes legislaciones le permiten también otorgar testamento o contraer matrimonio a partir de una determinada edad (o hacerlo si se les dispensa el impedimento de edad por la autoridad competente), ser testigos en un contrato o administrar los bienes que adquieran con su trabajo o industria.

Los actos que lleve a cabo un menor de edad, sin tener capacidad para ello, son impugnables por sus representantes legales o por él mismo cuando alcance la mayoría de edad. Pero no son radicalmente nulos, pues mientras no sean impugnados, son considerados válidos por el Derecho.

El menor de edad puede ser emancipado por decisión de quienes ejerzan la patria potestad o por decisión judicial. En tal caso, será considerado mayor para actuar en la vida, pero seguirá requiriendo la actuación de sus representantes legales para llevar a cabo algunos actos señalados por la ley, y que pueden entrañar riesgo (por ejemplo, vender un bien inmueble)”⁴⁸

El Código Civil nos señala en su artículo 22, que:

⁴⁸“Minoría de edad.” *Enciclopedia® Microsoft® Encarta 2001*. © 1993-2000 Microsoft Corporation.

“la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos en el presente código”.

El citado ordenamiento legal dentro de las reformas del año 2002, en su artículo 23, establece que:

“La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significa menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes”.

Como podemos observar, la minoría de edad dentro de nuestro derecho, es aquella capacidad que se adquiere por el nacimiento y que conlleva derechos así como restricciones a la capacidad, que duraran hasta antes de cumplir los dieciocho años

Podemos decir que la minoría de edad sufre una evolución gradual, que se ve regulada por el derecho de familia, a efecto de tomar en consideración diversas edades que comprenden del nacimiento a los 12 años, de los 12 a los 16 y de los 16 a los 18 años.

Para explicar las modificaciones de las capacidades de las personas físicas, y señalar las jerarquías que se dan respecto a la capacidad, de acuerdo a estas edades, presentan los términos siguientes:

A) Por el hecho de ser concebido se le reconocen los derechos de goce en materia familiar, de heredar y contractual.

B) Con el nacimiento se presenta un aumento sensible dentro de la capacidad de goce del recién nacido, mientras que la de ejercicio es nula; por ello todos sus derechos deberán hacerse valer por su representante, si bien se presenta una capacidad de goce completa en lo que respecta al orden patrimonial, mientras que en el orden familiar esta capacidad se encuentra restringida en lo que se refiere a contraer matrimonio y testar.

Por otra parte, en todas las otras órdenes del derecho de familia, se cuenta con los derechos inherentes al parentesco.

C) A la edad de 14 años se presentaban importantes consecuencias en la capacidad de goce para determinados actos del derecho familiar, como era el matrimonio en el caso de la mujer al llegar a la edad núbil, o bien en la que le era posible contraer matrimonio de acuerdo a lo establecía anteriormente el artículo 148 del Código Civil, pero de acuerdo con las reformas del año 2000 éstas nos señalan lo siguiente:

Que no es suficiente con alcanzar la edad núbil sino que nos consigna lo siguiente:

ARTICULO 148.- “ Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad.

Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años. Para tal efecto se requerirá del consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad, o en su defecto la tutela, y a falta o por la negativa o imposibilidad de éstos, el Juez de lo Familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso.”

De igual manera, para la adopción se deberá otorgar el consentimiento del adoptado al llegar a la citada edad, además del consentimiento de la persona que ejerza la patria potestad o tutela, o en su defecto, con el del Ministerio Público de conformidad con lo que nos establece el artículo 397 del C.C. en su fracción IV después de las reformas del 2000 que consigna:

ARTICULO 397.-“ Para que la adopción pueda tener lugar deberá consentir en ella, en sus respectivos casos.

IV. El menor si tiene más de doce años.

En todos los asuntos de adopción serán escuchados los menores atendiendo a su edad y grado de madurez.”

Como podemos observar, con las reformas recientes se otorgan la posibilidad de decisión al menor, lo cual amplía su capacidad tomando en consideración su madurez a más temprana edad, no como se hacía anteriormente, que era hasta los 14 años cuando podía tomar dicha decisión, así como también podemos darnos cuenta de las limitaciones que se señalan con respecto al matrimonio con respecto a la edad.

D) La edad de dieciséis años es de especiales consecuencias en lo que respecta al matrimonio, ya que bajo este supuesto se determina la edad núbil del varón

Además, debemos señalar que en la tutela dativa será necesario contar con el consentimiento del menor, para poder designar al tutor de acuerdo con lo establecido en los artículos 496 y 497 del C.C, que nos dice:

ARTICULO 496.- “El tutor dativo será consignado por el menor si ha cumplido 16 años. El Juez de lo Familiar confirmará la designación si no tiene justa causa para reprobarla. Para reprobar las ulteriores designaciones que haga el menor, el Juez oírá el parecer del Consejo Local de Tutelas. Si no se aprueba el nombramiento hecho por el menor, el Juez nombrará tutor conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente”.

ARTICULO 497.-“Si el menor no ha cumplido dieciséis años, el nombramiento de tutor lo hará el Juez de lo Familiar, de entre las personas que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas, oyendo al Ministerio Público, quien debe cuidar de que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida para tutor.”

Con respecto a la materia hereditaria, a los 16 años se dará la capacidad para elaborar su testamento, esto lo encontramos consignado en los artículos 1305 y 1306.

ARTICULO 1305.- “Pueden testar todos aquellos a quien la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho”.

ARTICULO 1306.- “Están incapacitados para testar:

- I. Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres y
- II. Los que habitual o accidentalmente no disfruten de su cabal juicio.

Cabe señalar, que para el Derecho es considerado menor de edad aquél individuo que aún no ha adquirido el grado de formación, tanto mental como físicamente, para gobernarse a sí mismo; considerándole por ello un incapaz y, debido a ésto, será objeto de una regulación jurídica especial, mediante la cual no le serán reconocidas ciertas prerrogativas de la personalidad, lo cual no le impide participar en el ámbito jurídico.

Por su parte, la jurista uruguaya Isabel M.P. de Luna, señala que los menores se pueden encontrar en diferentes situaciones como son las siguientes:

- I. Menor púber, soltero sujeto a patria potestad o tutela.
- II. Menor púber, casada habilitado por la ley.
- III. Menor púber, soltero, sujeto a patria potestad o tutela, que administra su pecunio cuando es debido a su profesión o industria.
- IV. Menor púber de dieciocho años cumplidos, al habilitársele tiene la semicapacidad.⁴⁹

2.4 CAPACIDAD DE GOCE Y EJERCICIO

Es importante remarcar que, al incapaz no se le veda su participación en la vida jurídica, sino que se busca darle una protección adecuada al nombrársele un representante, el cual estará obligado a representarle para que ejercite sus derechos.

La incapacidad considerada como la ausencia de capacidad, se puede definir como lo señala Sara Montero: "Inaptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones y para ejercerlos por sí mismo".⁵⁰

Como se ha señalado, la capacidad puede ser de goce o de ejercicio, siendo que en ésta última se cuenta con derechos y obligaciones, pero al no tener la capacidad el sujeto, éste no los podrá hacer valer por sí mismo, entendiéndose que no puede actuar por sí mismo en la vida jurídica, cuando está limitado por alguna causa.

⁴⁹ M.P. de LUNA Isabel, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de Uruguay de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, Uruguay, 1953 pag. 117

⁵⁰ Montero Duarte Sara Opcit pág. 56

Podemos resumir que: la capacidad es la regla, mientras que la incapacidad es la excepción.

Por lo tanto, las normas sobre incapacidad tienen un fundamento biológico: La falta o la merma de discernimiento del incapaz para poder apreciar cabalmente la conducta más acorde con sus intereses. Esta carencia puede provenir de la falta de madurez intelectual como en el caso del menor de edad, o bien, siendo por subdesarrollo mental congénito e irreversible como en los casos denominados por este precepto “idiotismo” e “imbecilidad”; así mismo, por alteración de las facultades mentales en los supuestos de locura, ciertos grados de la embriaguez y la drogadicción, o por imposibilidad de adecuada comunicación e interacción con la sociedad como los sordomudos que no saben leer ni escribir; lo anterior se podría interpretar en *contrario sensu*, al entender que si los sordomudos que sí saben leer y escribir son considerados capaces. De igual manera, al hablar de la embriaguez y del uso de drogas o enervantes, es necesario calificar el grado de embriaguez consuetudinaria y la drogadicción habitual, así como el uso de drogas immoderado para poder considerarlos como causas de interdicción.

Nuestro Derecho hace distinción en cuanto a la incapacidad que se presenta por la minoría de edad, y la que se refiere a la interdicción de los mayores de edad, ya sea porque se encuentren privados de la inteligencia, por causas patológicas o por hábitos viciosos.

Por lo tanto entendamos que “la capacidad es el atributo más importante de las personas”.⁵¹

Todo sujeto de derechos debe tener capacidad de goce, el atributo esencial e imprescindible de toda persona, ya que la capacidad de ejercicio que se refiere a las personas físicas, puede faltar en ellas y sin embargo existir la personalidad.⁵²

El derecho moderno consagra el principio de que: “Todo hombre es persona. La capacidad de goce se atribuye antes de la existencia orgánica independiente del ser humano ya concebido quedando su personalidad destruida si no nace vivo o viable”.

⁵¹ Bonnacce, Julián, *Elementos de Derecho Civil* Tomo I ed, Jose M. Cajica Jr, Puebla, México, 1945, pág.377 y 378

⁵² *ibidem* 378

Como ya se ha comentado, el artículo 22 del Código Civil contiene una verdadera ficción jurídica pues declara que:

“ La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero como sabemos desde el momento de la concepción el individuo está bajo la protección de la Ley y se considera como nacido para los efectos pertinentes del presente código.”⁵³

Subrayemos que para nuestro derecho el embrión humano tiene personalidad, para determinadas consecuencias de derecho aún antes de su nacimiento, principalmente en lo que se refiere al derecho sucesorio, para poder ser nombrado heredero o legatario, o bien para recibir en donación.

La personalidad del hombre comienza con el nacimiento, que tiene lugar en el instante en que el feto ha salido del seno materno; y es viable, pues éste es el momento en que puede ser objeto de una protección jurídica independiente de la que corresponde a la madre⁵⁴.

Con respecto a la capacidad de ejercicio, podemos señalar que esta capacidad supone la posibilidad jurídica, en el individuo, de hacer valer de forma directa sus derechos, de celebrar a nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones, así como de llevar a cabo las acciones conducentes ante los tribunales, por lo que cuando se da la incapacidad de ejercicio, el sujeto se verá impedido para hacer valer sus derechos.

Es precisamente por este motivo, que se da la necesidad de que tenga un representante para que sea éste el que haga valer sus derechos o acciones, se obligue y cumpla por el incapaz, o celebre por él los actos jurídicos. Asimismo se da la representación legal que surge dentro del derecho como una institución auxiliar de la incapacidad de ejercicio, siendo que capacidad de ejercicio es la aptitud de participar directamente en la vida jurídica, es decir, de hacerlo personalmente⁵⁵.

⁵³ ibidem, Pag 378

⁵⁴ Nicolás Coviello, *Doctrina General del Derecho Civil* trad. De Felipe de J. Tena, México 1983, pág 158

⁵⁵ Rojina Villegas Rafael, *Opcit*, pág. 164

La capacidad jurídica de las personas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, de conformidad con lo citado en el artículo 22 del Código Civil, aunque el ejercicio de la capacidad está reservada a la mayoría de edad y a la emancipación con ciertas limitaciones; dentro de la vida de una persona se distingue entre mayores y menores de edad, y entre aquellos que están en estado de interdicción o tienen alguna otra incapacidad establecida por la Ley, señalando que son restricciones en la personalidad jurídica.

Es conveniente señalar que los incapaces “pueden ejercer sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.”⁵⁶ Además, la plena capacidad se adquiere con la mayoría de edad y se adquiere de igual forma disponer libremente tanto de su persona como de sus bienes, salvo las limitaciones que establezca la propia ley.

Art. 23 La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley. Son restricciones de la capacidad de ejercicio que no significa menoscabo de la dignidad de la persona ni la integridad de La familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes

De acuerdo con lo antes establecido, podemos darnos cuenta que no se niega la posibilidad de ejercitar sus derechos a los incapaces, ya que podrán hacerlo por medio de sus representantes, legalmente designados por un juez de lo familiar, el cual está facultado a actuar de oficio en todo lo relacionado con la familia, como nos señala en el artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles.

En este punto se hará énfasis en lo que se considera que nuestras legislaciones son omisas, al no señalar concretamente quién podrá solicitar se declare el estado de interdicción del individuo que se encuentre en este supuesto, si bien considera que el juez de lo familiar está facultado para actuar de oficio en este caso, no señala cuales serán los requisitos que se deben cumplir para solicitar al juez que conozca del mismo.

⁵⁶ Chávez Ascencio Manuel. *Op cit*, pag 291

2.5 CONCEPTO DE EMANCIPACIÓN

Podemos considerar que la emancipación es un derecho inherente a las personas, así como al derecho de familia, ya que por este medio se va a determinar una semicapacidad de ejercicio en el menor emancipado, de conformidad con lo que señalan los artículos 641a 643 del Código Civil en su Título Décimo de la Emancipación y la Mayoría de Edad al contar con la libre administración de sus bienes, contemplando las restricciones que el citado precepto marca en lo que respecta a enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces, así como comparecer en juicio como actor o demandado.

ARTICULO 641.- El matrimonio del menor de dieciocho años produce el derecho de emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado que sea menor no recaerá en la patria potestad.

Debemos entender que la emancipación se da:

ARTICULO 643.- El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad.

- I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces, y
- II. De un tutor para negocios judiciales.

Al derecho de familia le interesa regular la emancipación, como lo podemos observar en el artículo 641 del Código Civil citado anteriormente.

Debemos entender que la emancipación se da como consecuencia del matrimonio y subsisten aún después de que el mismo se haya disuelto.

Manuel Chávez Ascencio señala que: "Aún cuando el matrimonio se disuelve, el cónyuge emancipado que sea menor de edad no recaerá en la patria potestad",⁵⁷ es decir, que la emancipación se presenta como consecuencia del matrimonio, y continúa aún cuando éste se

disuelva. Lo cual no es efecto directo del matrimonio sino un acto reflejo que modifica la capacidad en los supuestos señalados por el referido artículo 641 del Código Civil, que requiere que el sujeto sea menor de edad y que contraiga matrimonio para que se produzca de pleno derecho la emancipación.⁵⁸

Para el Derecho de Familia, los efectos más importantes de emancipación son los que se encuentran consagrados en los artículos 641 y 643.

Colín Capitant nos señala que considera la emancipación como la "transición útil entre la gobierno sobre su persona, y una especie de semicapacidad, lo cual consiste en la realización de los actos menos peligrosos de la vida jurídica, así como el remedio de los inconvenientes de la representación. De este acto podemos decir que el régimen de representación es sustituido por el de asistente".⁵⁹

Se entiende que para nuestro Derecho, la emancipación está regida por los lineamientos generales de la doctrina, y que separa al hijo de la patria potestad, o bien, de la tutela, según sea el caso, de la representación bajo el que se encuentre sujeto.

Esta institución es considerada de gran utilidad para la protección del menor, ya que produce cierto provecho para cuando llegue a la mayoría de edad.

La emancipación trae beneficios que no sólo atañen al menor, sino también recaen sobre terceros que efectúan cualquier acuerdo o contrato con menores, puesto que una vez conseguida la emancipación, el menor perderá la situación legal de privilegio en que estaba antes de conseguir la misma.

Algunos de los efectos que produce la emancipación del menor son los siguientes:

- a) Se acaba la patria potestad.

⁵⁸ *Ibidem* pag 204

⁵⁹ *Idem* pag,204

- b) Se extingue el derecho de usufructo que tenían las personas que ejercían la patria potestad sobre él.
- c) Obligación de que le sean reintegrados todos los bienes y frutos, propiedad del emancipado.
- d) Libertad para elegir , donde vivir, su oficio o la profesión que desee.

Para el Derecho francés, se considera mayor de edad al individuo que con dieciocho años cumplidos se dedique al comercio, dicha mayoría de edad está limitada, pues sólo será considerada como tal para los actos de comercio.

2.6 FORMAS PARA OBTENER LA EMANCIPACIÓN

Para nuestro Derecho, sólo se contempla la emancipación cuando el menor de edad contraiga matrimonio, la legislación actual, comienza al cumplir el menor los dieciocho años. En el primer supuesto la emancipación subsiste aún en el caso de que se termine el matrimonio.

De acuerdo a lo establecido en el Título Décimo "De La Emancipación y la Mayoría de Edad," en su capítulo I artículos 641 y 643, podemos encuadrar la definición de la emancipación como: La terminación de la patria potestad que conforme a la Ley opera cuando un menor de dieciocho años contrae nupcias.

Anteriormente se presentaba la figura de la emancipación voluntaria, la cual fue suprimida en el texto actual.

Como consecuencias de la emancipación legal, el menor no volverá a recaer en la patria potestad, tendrá la libre administración de sus bienes, aún cuando deberá contar con la autorización judicial para disponer de ellos y requerirá de un tutor judicial.

La emancipación es de suma importancia, tanto para el Derecho de Familia como al derecho de persona, ya que para el Derecho de Familia, al contraer matrimonio se da la emancipación sin

que al terminar el mismo se vuelva a quedar en la patria potestad, lo que podemos señalar como un efecto muy peculiar del matrimonio.

En la legislación civil anterior a las reformas del 25 de mayo del 2000, se contemplaban los siguientes supuestos para obtener la emancipación:

- a) Ser mayor de dieciocho años.
- b) Buena conducta.
- c) Comprobar aptitud para el manejo de sus intereses.

En la parte final del citado precepto nos señalaba: "Los padres o tutores pueden emancipar a sus hijos y pupilos que se encuentren en las condiciones mencionadas en el párrafo anterior, siempre que estos consientan en su emancipación."⁶⁰

De esta manera, se reconoce el derecho del menor a la emancipación y se regula como una forma de buscar su beneficio, razón por lo cual no será otorgada la señalada figura jurídica si no es con su consentimiento, y es por esta razón que como lo señalaba el Art. 644 (derogado), una vez hecha la emancipación no puede ser revocada.

Con lo antes expuesto puedo concluir que la forma para obtener la emancipación será cuando el menor cumpla la mayoría de edad, es decir, al cumplir los dieciocho años, o bien, cuando éste contraiga matrimonio.

⁶⁰ Ibidem pags 128 y 129

CAPÍTULO III MARCO JURÍDICO

3.1 PRINCIPALES DECLARACIONES Y TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS RATIFICADOS POR MÉXICO EL 21 DE SEPTIEMBRE DE 1990

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

(Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989

Aprobada por el Senado el 19 de junio de 1990

Ratificada por México el 21 de septiembre de 1990

Publicada en el Diario Oficial el 25 de enero de 1991

El presente tratado es un esfuerzo de las Naciones Unidas que buscan el reconocimiento de la dignidad intrínseca y derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia como grupo fundamental de la sociedad humana, y con el pleno convencimiento de que la familia como medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros y, en particular, de los niños, los cuales deben recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad que integran.

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Toda vez que el niño debe estar preparado plenamente para una vida independiente en sociedad, y ser educado bajo los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, principalmente con un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

Se debe considerar que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial, ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre

de 1959, así como reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (En particular en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (En particular en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados que se interesan en el bienestar del niño.

Y como lo indica la Declaración de los Derechos del Niño “El niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal tanto antes como después del nacimiento”.

Debemos resaltar que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que éstos niños necesitan especial consideración por lo cual la Convención Sobre los Derechos del Niño nos señala lo siguiente:

ARTÍCULO 8.1.- Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas.

ARTÍCULO 8.2.- Cuando el niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas, con miras a reestablecer rápidamente su identidad.

ARTÍCULO 9.1.- Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de los padres o cuando éstos viven separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

ARTÍCULO 9.2.- En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en el y de dar sus opiniones.

ARTÍCULO 9.3.- Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

ARTÍCULO 9.4.- Cuando esta separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (Incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona está bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará cuando se le pida a los padres, al niño o si procede a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resulte perjudicial para el bienestar del niño, los Estados Parte se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

ARTÍCULO 10. 1.- De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes, a tenor de los dispuestos en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria, y expedita. Los Estados Partes garantizarán además que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

ARTÍCULO 10. 2.- El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrán derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 2 del Artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país incluido el propio y de entrar a sus propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto únicamente a las restricciones estipuladas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

En los tratados internacionales firmados por México como estado parte, se resalta que el interés primordial de los mismos es fomentar y mantener la sana convivencia entre padres e hijos, buscando con esto la integración familiar, toda vez que como se ha mencionado anteriormente, ésta es la base de toda sociedad, razón por lo cual se pretende salvaguardar los derechos de los menores a tener una sana convivencia con ambos padres; se considera que, como se ha expuesto anteriormente, es inhumano cuando por problemas maritales se tome a los hijos como instrumento de venganza para dañar al padre o la madre, cuando en realidad quien sale más perjudicado, en muchos casos, es el propio menor, y si organismos internacionales como son las Convenciones de Derechos Humanos, se han interesado en crear mecanismos de defensa para cubrir este terreno, por lo que se considera que es sumamente importante que se difundan los citados preceptos para que sean del conocimiento de la población y que, en un momento dado, puedan hacerlos valer para su beneficio en el sano desarrollo de los menores.

Una vez analizados los tratados internacionales signados por México, encontramos que existe un compromiso por parte de nuestro país, para proteger los derechos de los menores a mantener una sana convivencia con ambos padres, razón por la cual se considera que es de suma importancia crear la legislación apropiada y hacer entender a los padres la diferencia que priva entre la patria potestad y la guarda y custodia, siendo que si se otorga la guarda y custodia a uno de los padres, no por ello el otro pierde los derechos y obligaciones inherentes; se debe, evitar que los conflictos de pareja afecten al menor, por lo que es importante crear un marco jurídico para que no se deje al menor en estado de indefensión por no tomar en consideración su necesidad afectiva como individuo.

3.2 LEY DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS EN EL DISTRITO FEDERAL

TÍTULO PRIMERO DISPOSICIONES GENERALES CAPÍTULO ÚNICO DEL ÁMBITO Y DEL OBJETO

ARTÍCULO 1.- La presente Ley es del orden público, interés social y de observancia general en el Distrito Federal. Los beneficios que se deriven de esta Ley, serán aplicables a todas las niñas y niños que se encuentren en el Distrito Federal .

La aplicación de la presente Ley corresponde, en el ámbito de su competencia, a la Administración Pública centralizada y descentralizada del Distrito Federal.

ARTÍCULO 2 - La presente Ley tiene por objeto:

I Garantizar y promover el ejercicio de los derechos de las niñas y los niños;

II Establecer los principios que orienten las políticas públicas a favor de las niñas y los niños;

III fijar los lineamientos y establecer las bases para la instrumentación y evaluación de las políticas públicas y de las acciones de defensa y representación jurídica, asistencia, prevención, protección y participación para la promoción y vigilancia de derechos de las niñas y niños a fin de:

Impulsar y consolidar la atención integral y la generación de oportunidades de manera igualitaria para las niñas y los niños;

Establecer los mecanismos que faciliten el ejercicio de los derechos de las niñas y niños;

Promover la cultura de respeto hacia las niñas y los niños en el ámbito familiar, comunitario y social, así como en el público y privado; y

Establecer las dificultades y obligaciones de la Administración Pública para el cumplimiento de la presente Ley.

TÍTULO SEGUNDO DE LOS PRINCIPIOS RECTORES Y DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS EN EL DISTRITO FEDERAL.

CAPÍTULO I DE LOS PRINCIPIOS .

ARTÍCULO 4 .- Son principios rectores en la observancia, interpretación y aplicación de esta Ley los siguientes :

I El interés superior de las niñas y los niños. Este principio implica dar prioridad al bienestar de las niñas y niños ante cualquier otro interés que vaya en su perjuicio .

Este principio orientará la actuación de los Órganos Locales de Gobierno encargados de las acciones de defensa y representación jurídica, previsión protección especial y participación de las niñas y niños, y deberá verse reflejado en las siguientes acciones;

- a) En la asignación de recursos públicos para programas sociales relacionados con las niñas y los niños,
- b) En la atención a las niñas y los niños en los servicios públicos; y
- c) En la formulación y ejecución de políticas públicas relacionadas con las niñas y los niños;

IV El de la familia como espacio preferente para el desarrollo de las niñas y los niños;

CAPÍTULO II LOS DERECHOS

ARTÍCULO 5.- De manera enunciativa, mas no limitativa, conforme a la presente Ley las niñas y niños en el Distrito Federal tienen los siguientes derechos:

A) A la Vida, la Integridad y Dignidad:

I A la vida con calidad, siendo obligación del padre y la madre , de la familia, los Órganos Locales de Gobierno del Distrito Federal y de la sociedad, garantizar a las niñas y los niños su sobre vivencia y su desarrollo, así como el acceso a los medios y mecanismos necesarios para ello.

IV A recibir protección por parte de sus progenitores, familiares, órganos locales de gobierno y sociedad.

B) A la Identidad, Certeza Jurídica y Familiar:

IV A vivir y crecer en el seno de una familia, conocer a sus progenitores y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos, aun en el caso de estar separados, salvo si ello es contrario al interés superior de la niña y niño.

V A integrarse libremente y sin presión de ninguna autoridad , institución u organización, a un hogar provisional y a recibir los beneficios de la adopción llegado el caso.

TÍTULO TERCERO DE LAS OBLIGACIONES DE LA FAMILIA

CAPÍTULO ÚNICO DE LAS OBLIGACIONES.

ARTÍCULO 8 .- La madre y el padre son igualmente responsables del desarrollo sano e integral de sus hijos, debiendo garantizar lo necesario para su subsistencia, salud educación y los elementos que favorezcan su incorporación al medio social.

ARTICULO 13.- El Jefe de Gobierno a través de la Secretaria de Desarrollo y el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en el Distrito Federal, en coordinación con las demás instancias locales y federales establecerán las normas y los mecanismos necesarios a fin de que, cuando una niña o niño se vean separados de su familia de origen, se procure su reencuentro con ella, o bien, para la localización de sus familiares en el caso de abandono, sustracción o retención ilícita, separación por sentencia judicial, ausencia o muerte de los progenitores.

En el caso de la presente Ley para el Distrito Federal, es también como en el caso anterior, interés primordial de la nación la protección de niñas y niño; lo que nos lleva a reflexionar que si bien es interés superior de la nación la protección de los menores que habitan en el Distrito Federal, por que no se integran en el citado ordenamiento preceptos que definan plenamente la guarda y custodia como figura jurídica totalmente regulada, no dejando lagunas legales como se puede observar en el presente caso, ya que con ésto surgen las confusiones entre el padre custodio y el no custodio, dando pie a que se violen los derechos de visita y sana convivencia entre el menor y el padre que no fue favorecido con la guarda y custodia. El Jefe de Gobierno, a través de la Secretaria de Desarrollo y el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, en el Distrito Federal, y demás instituciones locales y federales, deben generar los mecanismos para otorgar una seguridad jurídica al menor, insisto, totalmente definida, sin que exista lugar a duda o confusión con respecto de los derechos y obligaciones que conlleva dicha figura jurídica.

3.3 LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑAS NIÑOS Y ADOLESCENTES (FEDERAL 29 DE MAYO DEL 2000)

TÍTULO PRIMERO DISPOSICIONES GENERALES

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

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

ARTÍCULO 3.- Para la protección de los derechos de niña, niños y adolescentes, tiene como objeto asegurarles un desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, social y mentalmente en condiciones de igualdad.

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

A El interés superior de la infancia.

B El de la no discriminación por ninguna razón, ni circunstancia.

C El de igualdad sin distinción de raza, edad, sexo, religión, idioma o lengua, opinión política o de cualquier índole, origen étnico, nacional o social, posición económica, discapacidad, circunstancia de nacimiento o cualquier otra condición suya o de sus ascendentes, tutores o responsables legales.

D El de vivir en familia como espacio primordial del desarrollo.

E El de tener una vida libre de violencia.

F El de corresponsabilidad de los miembros de la familia, Estado y sociedad.

G El de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y las garantías constitucionales.

ARTÍCULO 7.- Corresponde a las autoridades o instancias federal, del Distrito Federal, estatales y municipales en el ámbito de sus atribuciones, la de asegurar a niñas niños y adolescentes la protección y el ejercicio de sus derechos y la toma de medidas necesarias para su bienestar tomando en cuenta los derechos y deberes de sus madres padres y demás ascendentes , tutores y custodios, u otras personas que sean responsables de los mismos. De igual manera y sin perjuicio de lo anterior, es deber y obligación de la comunidad a la que pertenecen y en general de todos los integrantes de la sociedad, el respeto y el auxilio en el ejercicio de sus derechos.

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

De la presente Ley se desprende la importancia que tiene la sana convivencia de los menores con ambos padres, la necesidad de preservar los derechos de niñas, niños y adolescentes a ser protegidos. La pregunta es, que si esta Ley es de observancia federal por que no se difunde y aplica más ampliamente.

Si se aplicara supletoriamente a los estados de la República Mexicana, en los cuales la ley es omisa al respecto de la guarda y custodia de los menores, cuál es la causa de que no se use como instrumento para preservar la importancia que tiene que ambos padres, sin importar el estado que guarde su relación como pareja, ejerzan sus derechos de convivencia, así como su obligación de cuidar de los hijos, de que se hagan responsables de la convivencia y el apoyo que se dé al menor para su sano desarrollo.

3.4 LEGISLACIONES PROPORCIONADAS POR LOS CONGRESOS ESTATALES

Con base en un estudio minucioso de las legislaciones civiles correspondientes de cada uno de los estados de nuestro país, sólo se encontró que en los estados de Baja California Sur, Guerrero y recientemente en el Distrito Federal, que regula la figura jurídica en comento, siendo que ni en los estados de Zacatecas e Hidalgo, los cuales cuentan con código de familia, se hace mención de la misma.

Se considera que ésto es una gran laguna legal, que tiene como consecuencia tanto la desinformación como la confusión de las partes involucradas en un conflicto de esta índole, cuando el padre custodio no permite la sana convivencia del menor con el padre no custodio, o cuando escudado en la creencia que por haber sido otorgada la custodia a uno de los padres o persona distinta a estos, ya sea por mandato judicial o por medio del convenio celebrado por los padres, aquel que no se ve favorecido por tal fallo considera que pierde los derechos y las obligaciones inherentes a la patria potestad.

De esta manera nos encontramos con este tipo de omisiones por parte de los legisladores, que por un lado firman y aceptan tratados internacionales mediante los cuales se compromete la nación a procurar la sana convivencia de los menores con ambos padres, y por otra parte, se es omiso al legislar al respecto ya sea tanto en el ámbito estatal como federal.

A continuación enuncio los artículos del Código Civil del estado de Baja California Sur, los cuales regulan la guarda y custodia, señalando que:

CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA SUR
CAPÍTULO V
DE LA ASIGNACIÓN DE LOS HIJOS EN EL DIVORCIO
Y LOS DERECHOS DEL PADRE NO CUSTODIO.

ARTÍCULO 322.- Salvo casos excepcionales, como violencia intrafamiliar enfermedades graves y contagiosas, corrupción, maltrato o abandono, la custodia de los hijos menores de siete años corresponde a la madre, cualquiera que sea el tipo y la causal de divorcio.

ARTÍCULO 323.- Cuando ambos progenitores conserven la patria potestad, la asignación de los hijos sólo legitima su cohabitación permanente con el padre custodio, como consecuencia natural de la separación corporal de los cónyuges o de la disolución del matrimonio, pero no debe afectar los derechos del padre no custodio a tener una adecuada vinculación con sus hijos, ni el cumplimiento de sus obligaciones de nutrición afectiva, humanización y socialización de sus descendientes.

ARTÍCULO 324.- En los casos en que el Juez lo juzgue conveniente y se trate de hijos mayores de doce años, la custodia se decretará después de escuchar a dichos menores, con asistencia de psicólogos o trabajadores sociales, siempre que no les cause perjuicios.

ARTÍCULO 325.- Atendiendo a las necesidades de una sana comunicación paterno filial, el juzgador procurará que los derechos del padre no custodio, se ejerzan fuera del domicilio al que están asignados los hijos, salvo casos excepcionales como enfermedad, minoridad extrema u otros similares, en los que se autorizará temporalmente la visita en la casa del padre titular de la tenencia.

ARTÍCULO 326.- En las determinaciones relativas a la custodia y al derecho de vinculación, debe aplicarse el principio de igualdad en las cuestiones relativas a vacaciones, asistencia a eventos, y demás relaciones de los hijos con sus padres y con las familias de origen.

ARTÍCULO 327.- El padre custodio tiene la obligación de informar oportunamente al otro progenitor, sobre las enfermedades, accidentes, conductas desviadas y cualquier problema que afecte a los hijos, para que éste cumpla su deber de proteger y educar; pedir su autorización en todos aquellos actos que requieran intervención de ambos padres, facilitando la sana convivencia con sus hijos y el respeto que éstos deben a sus progenitores. La violación sistemática de estas obligaciones, legitima al padre no custodio a solicitar la asignación de los hijos.

ARTÍCULO 328.- Los jueces deberán notificar personalmente a los cónyuges la sentencia de divorcio, haciéndoles conocer expresamente el contenido del artículo anterior, cuando ambos conserven la patria potestad, exhortándoles para que mantengan una sana vinculación y el máximo respeto por la imagen y los derechos de cada uno sobre sus menores hijos.

ARTÍCULO 329.- Independientemente de quién ejerza la patria potestad o la custodia, los parientes obligados por ley a dar alimentos, tienen derecho a visitar a sus descendientes o colaterales y a tener una adecuada comunicación con ellos. En caso de oposición injustificada, podrán recurrir al Juez para que decrete un régimen de visitas, después de escuchar a los padres y, en lo posible, a los menores.

Como podemos ver, se cubren las necesidades de la sana convivencia y la protección al menor; si como se presenta en este estado considero que debería hacerse en los demás estados, buscando siempre el interés superior de la nación que es el sano desarrollo de los menores e incapaces.

El estado de Guerrero también contempla la guarda y custodia dentro de su legislación civil, pero considero que es omisa en algunas cosas como se puede ver a continuación

CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE GUERRERO
TÍTULO TERCERO
DE LA FILIACIÓN QUINTO
DE LA PATRIA POTESTAD Y DE LA CUSTODIA
CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 539.-> Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo, en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá la custodia del hijo y, en consecuencia, con quien de ellos habitará; y en caso de que no lo hicieren, el juez de primera instancia del lugar, oyendo a los padres, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.

ARTÍCULO 540.-> En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por el padre y la madre que no vivan juntos, el que primero lo hubiere reconocido ejercerá la custodia del hijo y éste habitará con aquél, salvo que ambos convinieren otra cosa y siempre que el juez de primera instancia del lugar no creyere necesario modificar el convenio, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público. El convenio sólo podrá modificarse en interés del hijo.

LIBRO SEGUNDO
DE LA FAMILIA
TÍTULO QUINTO
DE LA PATRIA POTESTAD Y DE LA CUSTODIA
CAPÍTULO V
DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 626.-> Si el padre y la madre viven separados, se observará respecto de la guarda y custodia del hijo, lo dispuesto en los artículos 539 y 540.

ARTÍCULO 627.-> En el caso previsto por el artículo anterior, cuando, por cualquiera circunstancia cese de tener la custodia del hijo el ascendiente a quien corresponda y deje aquél de habitar con éste, entrará a ejercer dicha custodia el otro ascendiente, con el cual habitará entonces el hijo.

ARTÍCULO 628.- Si se separasen los padres que vivían juntos al hacer el reconocimiento del hijo, convendrán quién de los dos ejercerá su custodia y en caso de que no se pusieren de acuerdo sobre este punto, el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo, designará a la persona que deba hacerlo. El hijo habitará con el ascendiente al que se encargue la custodia.

ARTÍCULO 629.- Las disposiciones relativas al ejercicio de la patria potestad se aplicarán al ejercicio de la guarda y custodia del menor, teniendo siempre en cuenta el interés de éste así como su óptimo desarrollo físico-psíquico.

La presente legislación nos remite a la patria potestad, aunque para algunas personas que no conocen de derecho, lo más común es que se confundan, toda vez que cuando se otorga la guarda y custodia no comprenden que siguen existiendo derechos y obligaciones de la patria potestad, toda vez que son dos figuras separadas y de ambas emanan derechos y obligaciones; es importante que cuando se otorgue la guarda y custodia se señale a ambos padres los derechos y obligaciones, y que el tener la custodia del menor o incapaz, no exonera al otro de la obligación de estar presente tanto en la educación y formación como en la manutención de los hijos.

CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL
TÍTULO QUINTO DEL MATRIMONIO
CAPÍTULO X
DEL DIVORCIO

En el Distrito Federal, en fecha reciente se dio la reforma al Código Civil, en concreto a los artículos 282 fracción V, artículo 283 en su primer párrafo, y se adicionan dos párrafos 293 párrafo segundo; se adiciona un párrafo segundo al artículo 411,417, se adiciona el párrafo tercero y dos fracciones al artículo 447. (reformas publicadas el 7 de septiembre del 2004, las cuales enteraron en vigor el 10 de diciembre del mismo año).

Quedando de la siguiente forma.

ARTÍCULO 282.- Desde que se presenta la demanda y solo mientras dure el juicio, se dictaran las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:

Fracción V.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, debiendo ser uno de éstos y pudiéndose compartir la custodia. En defecto de ese acuerdo; el juez de lo familiar resolverá lo conducente, previo al procedimiento que fije el código respectivo y , tomando en cuenta la opinión del menor .

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

Fracción VI El juez de lo familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres.

ARTÍCULO 283 -La sentencia que se pronuncie en definitiva, fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez de lo familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o recuperación, según el caso.

Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en caso de que algún ascendente tuviese la custodia, el otro que no la posee, después de los siete años podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres, lo anterior en función de las posibilidades de estos y aquellos, así como que no exista con alguno de los progenitores peligro alguno para su normal desarrollo.

La recuperación de la patria potestad procederá únicamente en aquellos casos que por cuestiones alimentarias se hallan perdido, siempre y cuando se acredite que se ha cumplido con dicha obligación.

Lo mismo se observará respecto de la recuperación de la custodia.

La protección para los hijos incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas en los términos provistos en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Para el caso de los mayores incapaces sujetos a la tutela de alguno de los exconyuges en la sentencia de divorcio deberá establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección.

Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en caso de que algún ascendente tuviese la custodia el otro que no la posee, después de los siete años podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres; lo anterior en función de las posibilidades de estos y aquellos, así como que no exista con alguno de los progenitores peligro alguno para su normal desarrollo.

La recuperación de la patria potestad procederá unidamente en aquellos casos que por cuestiones alimentarias se haya perdido, siempre y cuando se acredite que se ha cumplido con dicha obligación.

Lo mismo se observará respecto de la recuperación de la custodia.

LIBRO PRIMERO DE LAS PERSONAS
TÍTULO SEXTO
DEL PRETESCO Y DE LOS ALIMENTOS
CAPÍTULO I
DEL PRETESCO

ARTÍCULO 293.- El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común

También se da el 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.

LIBRO PRIMERO DE LAS PERSONAS
TÍTULO OCTAVO
DE LA PATRIA POTESTAD
CÁPTULO I
DE LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LA
PERSONA DE LOS HIJO

ARTÍCULO 411.-En relación entre ascendente y descendiente debe de imperar el respeto y l consideración mutua, cual quiera que sea su estado, edad y condición.

Quien ejerza la patria potestad, deberá procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendente que también ejerza la patria potestad. en consecuencia, cada un de los ascendientes deberá evitar cualquier acto de manipulación, alineación parental encaminado a producir en la niña o el niño, rencor o rechazo hacia el otro progenitor

ARTÍCULO 417 .- Los que ejercen la patria potestad, aún cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para estos.

No podrá impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior así como los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad conforme a las modalidades que para su ejercicio establezca el convenio o resolución judicial.

El juez de lo familiar aplicara las medidas previstas en el Código de Procedimientos Civiles e incluso podrá decretara el cambio de custodia de los menores previo el procedimiento respectivo, cuando quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva sobre ellos realice conductas reiteradas para evitar la convivencia con la persona o personas que tengan reconocido judicialmente su derecho a la misma .

LIBRO PRIMERO DE LAS PERSONAS
CAPÍTULO III
DE LA PERDIDA , SUSPENSIÓN, LIMITACIÓN Y TERMINACION
DE LA PATRIA POTESTAD

ARTÍCULO 447.- La patria potestad se suspende:

I.- Por incapacidad declarada judicialmente;

II.- Por causa de ausencia declarada en forma;

III.- Cuando el consumo de alcohol, el hábito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio, cualquiera que este sea al menor;

IV.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión

V.- Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso su vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de parientes por consanguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado.

VI.- Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o convenio aprobado judicialmente.

Al revisar la legislación del Distrito Federal, se encuentra que en fechas recientes se ha llevado a cabo reformas en lo relativo a la custodia compartida, con lo cual se da un paso hacia la búsqueda de la protección de los derechos de los menores cuando se encuentran en el caso de un divorcio o separación de los padres.

Se considera que las presentes reformas al Código Civil del Distrito Federal, son acertadas, ya que por este medio se otorga certeza jurídica a los menores y a los padres, protegiendo sus derechos a la sana convivencia.

Asimismo, se considera que es importante que se señalen las reformas realizadas en el Código Penal en los artículos 171 , 173 y 284 párrafo segundo, respecto de la sustracción o retención de los menores:

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL
LIBRO SEGUNDO PARTE ESPECIAL
TÍTULO CUARTO DELITOS CONTRA LA LIBERTAD PERSONAL
CAPÍTULO V
RETENCIÓN Y SUSTRACCIÓN DE MENORES O INCAPACES

ARTÍCULO 171.- Al que sin tener relación de parentesco, a que se refiere el artículo 173 de este Código, o de tutela de un menor de edad o incapaz, lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza la legítima custodia o su guarda, se le impondrá de uno a cinco años y de cien a quinientos días multa .

Quien bajo los mismos supuestos del párrafo anterior los sustraiga de su custodia legítima o su guarda, se le impondrá de cinco a quince años de prisión y de doscientos a mil días multa.

Se considera que el presente precepto es acertado, toda vez que otorga seguridad jurídica a la persona, que por mandato judicial tenga la guarda y custodia de los menores o incapaces, en el caso de que el citado menor sea sustraído por la persona que consagra el artículo 173 del mismo ordenamiento legal, el cual nos dice:

ARTÍCULO 173 .- Se impondrá de uno a cinco años de prisión y de cien a quinientos días de multa , al ascendente, descendiente , pariente colateral o a fin hasta el cuarto grado, que retenga o sustraiga a un menor o incapaz, en los siguientes casos;

I Que haya perdido la patria potestad o ejerciendo esta se encuentre esta suspendida o limitada.

II No tenga la guarda y custodia provisional o definitiva o la tutela sobre él.

III No permita la convivencia decretada por resolución judicial, o

IV Teniendo la guarda y custodia compartida no devuelva al menor en los términos de la resolución que se haya dictado para ello.

Este delito se perseguirá por querrela.

Con lo antes expuesto, se considera que se ha dado un gran paso en lo ya señalado, con respecto a los acuerdos internacionales y las leyes para la protección de niños, niñas y adolescentes, tanto en materia federal como para el Distrito Federal; asimismo, de igual forma se considera acertada la adición del párrafo segundo del artículo 284 de citado ordenamiento legal.

ARTÍCULO 284. Con excepción de los casos previstos en el artículo 73 bis del Código Civil de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

ARTÍCULO 73 bis Los jueces de lo familiar, respecto a la convivencia de menores podrá emplear :

I, Arresto hasta por 36 horas .

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

Una vez realizado el estudio respectivo a las legislaciones estatales, existe omisión por parte de los legisladores, toda vez que, a excepción de las antes señaladas, en los demás estados de la República Mexicana no existe la guarda y custodia como figura debidamente reglamentada, por tal razón se considera que es de suma importancia que se legisle en todos los estados de la República Mexicana la contemplen, y que con ello otorguen una mayor certeza jurídica a las partes que se ven involucrados en los supuestos que se han venido señalando a lo largo del presente trabajo.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS JURÍDICO CON RESPECTO AL DERECHO SUSTANTIVO PARA EL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA

La patria potestad es un derecho que nace tanto de la paternidad como de la maternidad. Si bien la ley la reglamenta no la crea, dado que ésta nace de una relación natural que se da entre ascendientes y descendientes, es decir, que es un derecho natural de los padres, la cual se debe ejercer por ambos cuando se da un vínculo matrimonial, o por quien se encuentre al frente de la familia cuando se den los supuestos de un divorcio, o cuando se trate de familias constituidas por madres solteras o por causa de una separación de los cónyuges.

Cabe señalar que la patria potestad es un derecho que debemos considerar prioritario, dado que el principal afectado es el menor hijo, siendo que para los padres debe de tener prioridad su educación, así como el desarrollo humano integral del mismo. Recordemos que las relaciones paterno-filiales se encuentran garantizadas en la Convención sobre los Derechos del niño.

Es importante resaltar que el citado derecho es prioritario de los menores para que por este medio reciban una atención completa, incluyendo tanto la educación como el desarrollo humano y religioso, lo que podemos entender mejor cuando se profundiza en el estudio de derecho los alimentos y el concepto de patria potestad.

Al respecto Manuel Chávez Ascencio señala que "Todo padre y toda madre, como consecuencia de la paternidad y maternidad, tiene derecho natural de ejercer la patria potestad en beneficio de su menor hijo no emancipados a su reconocimiento y protección jurídica."⁶¹

Así encontramos que en nuestra legislación se reconoce a la familia como amplia, o nuclear; siendo así que por este medio se tratan las relaciones conyugales y las paterno filiales. Así mismo, podemos encontrar regulado el concubinato. Por otra parte, nuestra legislación es omisa en los referente a otro tipo de familias como son las unipaternales, que se presentan en

⁶¹ Chávez Ascencio Manuel, Op cit, pag.428.

el caso de las madres solteras o abandonadas o en el caso de las familias agregadas y finalmente tenemos también el caso de las familias adoptivas.

A continuación daremos una breve definición de cada una de ellas, a fin de entenderlas mejor.

Familia amplia es aquella que se encuentra constituida por los padres, los hijos y algunos otros parientes como ahijados y/o los abuelos. Este tipo de familias aún podemos encontrarlas en diversas regiones de nuestro país.

Familia nuclear: se encuentra constituida por el esposo, quien es el que trabaja, una esposa ama de casa y dos hijos en promedio, pero es importante señalar que esta definición ésta cambiando, ya que actualmente por las necesidades tanto económicas como personales, la mujer ha salido a trabajar, así como a desarrollarse profesionalmente. Esta familia nace del matrimonio como forma moral y legal de constituirlo.

Familia constituidas por divorciados: este tipo de familias está constituida por el padre o la madre y los hijos de ambos, los cuales son criados únicamente por quien tenga la custodia de los hijos habidos dentro del matrimonio, aunque el progenitor que no conserva la custodia tiene derecho visitarlos, sin que por ésto se le pueda considerar como un miembro de la familia. Este tipo de familia actualmente se presenta con más frecuencia en nuestra sociedad.

Familia formada por el concubinato: nuestra legislación reconoce el concubinato como una forma de familia, la cual está constituida por dos personas que se encuentran libres de cualquier vínculo legal entre ellos o con otra persona, y los hijos de ambos.

Familia unipaternal: se constituye en el caso de las madres solteras, siendo mujeres que deciden tener al hijo o los hijos, sin la presencia del progenitor de los mismos. Actualmente este tipo de familia se presenta cada vez más en nuestra sociedad.

Dentro de este mismo rubro podemos encontrar a las familias abandonadas por alguno de los padres. El origen de esta familia se puede dar por el matrimonio o por el concubinato, siendo que alguno de los que integraron esta relación, abandono al otro y a los hijos habidos.

Familias adoptivas: es el vínculo que se da entre el adoptado y el adoptante el cual se da por medio de la adopción plena, donde de acuerdo con lo que nos señala el artículo 410-A del C.C, “el adoptado tiene en la familia del o de los que lo adopten una relación interpersonal amplia, que abarca todos los miembros de la familia, y como consecuencia, el adoptado tiene en esa familia los mismos derechos y obligaciones del hijo consanguíneo.”

Una vez señalados los diversos tipos de familias que podemos encontrar en nuestro entorno, mencionaré algunas de las formas de otorgamiento de la guarda y custodia, en cada caso, según la relación de que se trate.

4.1 POR LA SEPARACIÓN DE LOS PADRES (DIVORCIO)

En el caso de la disolución del vínculo matrimonial, no todas las relaciones que se suscitaron entre los cónyuges se extinguen, tal es el caso de las relaciones judiciales que surgen cuando hay hijos de ambos

Por medio de un convenio en el caso del divorcio voluntario, se verán regulados los aspectos fundamentales como son la guarda custodia, el ejercicio de la patria potestad, el derecho de visita y las pensiones alimenticias.

Es importante resaltar la importancia del citado convenio, el cual busca regular lo mejor posible esos aspectos en beneficio y la protección de los hijos, siendo el interés primordial de la nación de conformidad con lo que establece la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal, en su Título Segundo de los Principios Rectores y de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal, Capítulo I de los Principios Artículo 4 fracción I.

“Fracción . I El interés Superior de las niñas y los niños. Este principio rector implica dar prioridad al bienestar de las niñas y los niños ante cualquier otro interés que vaya en su perjuicio.”

Se debe destacar que en caso de divorcio se otorgará preferentemente la guarda y custodia al cónyuge inocente, siendo el juez de lo familiar la autoridad competente para estudiar el convenio que satisfaga todas las disposiciones de orden público, interés social y buenas costumbres, para lo que contare con el auxilio del Ministerio Público.

El Código Civil vigente, para el Distrito Federal en su artículo 273 fracc.1, nos dice que en el convenio se deberá designar:

“La persona a quien serán confiados los hijos del matrimonio tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio”.

A los cónyuges que han procreado hijos y que por cualquier circunstancia no convivan bajo el mismo techo, jurídicamente les podrá ser concedida la guarda y custodia de los menores, en caso de controversia deberán concurrir ante el Juez de lo Familiar, después de oír los razonamientos del Ministerio Público, determinando a quién le otorgará la guarda y custodia de los hijos.

En caso de divorcio voluntario, ambos cónyuges podrán decidir quien de ellos va a desempeñar la guarda y custodia, señalándolo por medio de un convenio.

Como sabemos, la patria potestad es irrenunciable y por lo tanto ambos padres la conservan. Así quedan vigentes todos los derechos, deberes y obligaciones inherentes a ésta, y será responsabilidad de ambos padres el cumplimiento de los mismos.

Se debe hacer notar que la fracción en comento señala que se designará a la “persona” a quién serán confiados los menores, y de acuerdo con esto ¿se nos amplían las posibilidades para que le sea entregada la custodia a persona distinta de los padres? La legislación es vaga al

respecto, quedando en el aire la pregunta sobre cuál será el límite que tomará el juzgador para tal designación; además, también es importante cuestionarnos ¿quién tendrá la guarda y custodia de los hijos? lo cual se va a establecer por medio del convenio que se deberá presentar a consideración del juez para su aprobación, dentro del escrito inicial de la demanda de divorcio o voluntario

Entendiendo con ello que el padre que conserve la custodia será quien ejerza preferentemente la patria potestad sobre los hijos por conveniencia de estos últimos .

Cabe señalar que el término “persona” se encuentra natural y jurídicamente limitado en la patria potestad, ya que uno de los principales deberes paterno-filiales es la custodia de los hijos.

Al respecto, Manuel Chávez Asencio señala que: “Esto hace concluir que las personas a quien pueden ser confiados los hijos son quienes pueden ejercer la patria potestad, es decir, los progenitores, los abuelos maternos y paternos.”⁶²

Jurídicamente, aún cuando sólo uno de los padres ejerza la guarda y custodia, ambos tendrán la patria potestad sin que por esto el padre que no tenga la guarda y custodia deje de tener los derechos y las obligaciones que conlleva la misma.

El que esté privado de la guarda y custodia del menor, tiene la obligación de vigilar y ayudar, teniendo el derecho de oponerse razonablemente a las decisiones del otro padre.

Cuando se presenten desacuerdos entre los que ejerzan lo relativo a la guarda y custodia de los menores después de oír al Ministerio Público el Juez de lo Familiar, será quien decida lo conducente, siendo que el artículo 416 del C.C. señala lo siguiente:

ARTICULO 416.- En caso de separación de quienes ejerzan la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrá convenir los términos de

⁶² Ibidem, pag. 101

su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En este supuesto, el menor, quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos, y el otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.

El Juez, al designar cuál de los progenitores deberá de tener la custodia, sin tomar en consideración la culpabilidad que conlleva todo proceso de divorcio, ya sea para uno o para ambos cónyuges, deberá de valorar la gravedad de la falta que se cometió para decidir a quién de los progenitores le es otorgada la guarda y custodia, tomando en consideración cuales fueron las causales invocadas para la disolución del matrimonio, cuando las mismas sean graves por actos cometidos en contra del otro cónyuge, o afecten directamente a los hijos, como podemos señalar en las causales de las fracciones V y XV del artículo 267 del Código Civil.

En este espacio se quiere hacer un comparativo de algunas de las legislaciones estatales, referente al acuerdo que se debe dictar al presentarse una demanda de divorcio, por medio del cual se va a buscar asegurar a los menores hijos habidos de esa relación, señalando con qué persona permanecerán, así como el monto de la pensión por alimentos, que se otorgará de manera precautoria por el juez, en tanto se lleva a cabo el proceso de divorcio, y aún después de terminado éste, lo anterior es buscando siempre el mayor beneficio para el menor y tomando en consideración lo expuesto por los padres en el citado convenio, considerando con qué persona pueden estar mejor los menores, ya que en algunas ocasiones también puede no ser conveniente que queden bajo la guarda y custodia de alguno de los padres, sino con los abuelos o alguna institución encargada del cuidado de los menores.

DISTRITO FEDERAL

ARTÍCULO 273.- Procede el divorcio voluntario por vía judicial cuando los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto en el artículo anterior, y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas:

- 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;
- II.- El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deban darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento.
- III.- Designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enceres familiares, durante el procedimiento de divorcio;
- IV.- 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 ;
- V.- La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia a favor de cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II;
- VI.- Las manera de administrar los bienes de al sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para este efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, y el proyecto de partición; y
- VII.- las modalidades bajo las cuales el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos.

BAJA CALIFORNIA SUR

ARTÍCULO 284. - Los que soliciten el divorcio voluntario ante autoridad judicial, deberán presentar un convenio en que fijen los siguientes puntos:

- I.- Designación de la persona a quien serán confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;
- II.- El modo de cubrir las necesidades de los hijos, tanto durante el juicio como después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que eventualmente se otorgue;
- III.- La designación del domicilio que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;
- IV.- En los términos del artículo 306, la cantidad que a título de alimentos debe pagar un cónyuge a otro durante el procedimiento y después de ejecutoriada la sentencia de divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo; y
- V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y las bases para su liquidación. A este efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes de la sociedad, así como de las cargas u obligaciones que reporte.

El Juez y el Ministerio Público vigilarán, en todo momento, que al liquidarse la sociedad conyugal no se lesionen los derechos de los cónyuges y que éstos en igualdad de circunstancias reciban los beneficios de la liquidación.

CAMPECHE

ARTÍCULO 298.- Al admitirse la demanda de divorcio, o antes, si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes

- V.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el

cónyuge que pida el divorcio, propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el Código respectivo, resolverá lo conveniente.

COLIMA

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

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

II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado y después de ejecutoriada la sentencia de divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo;

III. 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;

IV. La cantidad que a título de alimentos debe pagar un cónyuge deberá pagar al otro durante el procedimiento y después de decretado el divorcio, si la necesitara, la forma de hacer el pago y la garantía que debe darse para asegurarlo; y

V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio. Así como la designación de liquidadores A este efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.

ARTÍCULO 275. Mientras que se decreta el divorcio, el juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes hay obligación de dar alimentos

NAYARIT

ARTÍCULO 266.- Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior están obligados a presentar al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

- I.- Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;
- II.- El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

PUEBLA

ARTÍCULO 443.- Los cónyuges que pidan de conformidad su divorcio deberán de acompañar en todo caso a su demanda un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

- I.- A quien confiarán los hijos de los consortes, durante el procedimiento de divorcio como después de ejecutoriado el divorcio,
- II.- El modo de ejercitar, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio el derecho de visita a sus hijos y tener correspondencia con ellos, respecto del cónyuge a quien no se confien aquellos

OAXACA

ARTÍCULO 285.- Los cónyuges que pretendan divorciarse por mutuo consentimiento estarán obligados a presentar al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

- I.- Designación del progenitor, o en su caso, personas a quien sean confiados los hijos del matrimonio, menores o incapaces asimismo se especificara la casa que habitaran tales hijos y la forma y condiciones en que se ejercerá el derecho de visita o convivencia de los hijos con el progenitor que no tenga la custodia,

II.-En el mismo caso de la fracción anterior el modo de subvenir a las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

Con el fin de dar una pequeña muestra respecto de las legislaciones estatales se tomo a los estados de la Republica antes mencionados, y toda vez que seria obvio de repetición señalarlos todos y cada uno toda vez que la regulación es sino igual muy similar, con el fin de ejemplificar la regulación existente con respecto a los hijos nacidos en una relación de concubinato a los cuales se les reconocen los derechos inherentes de la relación paterno filiar.

Asimismo como sucede con los hijos nacidos de matrimonio la legislación actual de todos los estados es omisa en señalar algún precepto dentro del cual se contemple la figura jurídica de la guarda y custodia.

Se da la protección en cuanto al derecho de heredar, de ser reconocido como hijo de los que conforman la relación de concubinato pero, ¿qué hay al momento en que se presente una ruptura de la citada relación? ¿Cómo se regularía el derecho de visitas de convivencia entre los hijos y el padre que por cualquier causa decida terminar la relación de pareja con el otro?

Los hijos quedan en un estado de indefensión total, toda vez que no hay una regulación adecuada para establecer la guarda y custodia de los menores procreados dentro del tiempo que dura la convivencia de los concubinos.

Es por lo que el presente trabajo busca despertar la conciencia al respecto de la importancia de subsanar la laguna legal existente al respecto dentro de nuestra legislación creando los mecanismos necesarios como pueden ser.

Que se regule como en el caso de los Estados de Baja California sur, Guerrero, y recientemente el Distrito Federal para brindar la misma protección a los hijos nacidos dentro del concubinato; por otro lado mi propuesta seria que se cree un sistema de vigilancia por medio del DIF, Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, o el Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar con trabajadores sociales que vigilen el cumplimiento, tanto de los derechos como de las obligaciones correspondientes a la relación paterno filial.

4.2 POR LA SEPARACIÓN DE LOS PADRES CUANDO ESTOS SEAN CONCUBINOS

Es de suma importancia la adición que se realizó al C. C. en su Capítulo X del Concubinato, respecto a este tipo de relación, buscando dar una mayor protección tanto a los hijos que nacen de ésta como a la misma pareja, porque si bien es una forma de crear una relación, es

necesario que se busque darle un grado pues aunque se puede considerar inferior al matrimonio, también crea derechos y obligaciones para las partes como son la facultad de la concubina de exigir alimentos una vez terminada la relación, o la de heredar en la sucesión legítima.

En los artículos 291 bis al 291 *quintus* del citado ordenamiento legal, encontramos la regulación de este tipo de relación respecto a la pareja y a los hijos, lo que propiamente nos interesa lo vamos a encontrar en el artículo 383 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, que consigna lo siguiente :

ARTÍCULO 383 .- Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I Los nacidos dentro del concubinato

II Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina.

Como podemos observar, nuestra ley sustantiva señala al respecto cuales son los derechos, (Art. 291- quárter del Código Civil), como a recibir alimentos, pero no regula lo concerniente a la patria potestad o a la guarda y custodia de los menores nacidos dentro de una relación de concubinato.

Cabe resaltar que en el caso del concubinato, cuando se da la separación de los concubinos y estos han procreado hijos, nuestra legislación sustantiva a través de las reformas del año 2000, logró preservar los derechos de los menores.

BAJA CALIFORNIA NORTE

ARTÍCULO 380.- Se presumen hijos del concubinario y de la concubina

I.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato;

II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.

BAJA CALIFORNIA SUR

ARTÍCULO 330 - El concubinato es la unión de un sólo hombre y una sola mujer, libres de impedimentos de parentesco y ligamen matrimonial, con el propósito tácito de integrar una familia a través de la cohabitación doméstica y sexual, el respeto y protección recíprocos, así como la eventual perpetuación de la especie.

ARTÍCULO 331 - Para que exista jurídicamente el concubinato, es necesario que la manifestación de voluntad se prolongue de manera pública y permanente:

- I.- Durante cinco años interrumpidos;
- II.- Durante dos años si la unión se produjo por medio de rito indígena o religioso de carácter público, o
- III.- Desde el nacimiento del primer hijo, si esto ocurre antes de los plazos anteriores.

CAMPECHE

ARTÍCULO 399 BIS - Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

- I.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato;
- II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.

CHIAPAS

ARTÍCULO 378 - Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

- I.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato;
- II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.

CHIHUAHUA

ARTÍCULO 360.- Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

- I- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato;
- II- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.

DISTRITO FEDERAL

(ADICIONADO, G.O. 25 DE MAYO DE 2000)

ARTÍCULO 383.- Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

- I- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato;
- II- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.

JALISCO

ARTÍCULO 513 - Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

- I- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato, y
- II- Los nacidos dentro de trescientos días siguientes al día en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina.

MORELOS

ARTÍCULO 238.- Presunción de hijos en el concubinato. Se presumen hijos de los concubinos:

- I.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato, y

II.- Los nacidos dentro de los trescientos días contados a partir de que ceso la vida común entre los concubinos.

4.3 EN EL CASO DE LOS INCAPACES

Como se señaló anteriormente, las causas de incapacidad son diversas para el derecho romano ya que se encuentra relacionada directamente con el Status de los sujetos de acuerdo a su calidad de personas. Las incapacidades de ejercicio se presentaban en una amplia gama de situaciones, siendo distintas y graduales, y dependiendo de sus características encontramos las perturbaciones mentales, la privación de la inteligencia, la afición a ciertos vicios, y la sordomudez, entre otras.

Es de resaltar que la incapacidad se considera como una ineptitud del sujeto para poder actuar por sí mismo, y ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones, dados sus limitaciones tanto físicas como psíquicas, razón por la cual no se está debidamente regulado, y el legislador ha sido omiso a este respecto, dejando a criterio del juez de lo familiar el otorgamiento de la patria potestad a la cual deberán estar sujetas las personas que se encuentran en situaciones antes citadas. Por ello, al igual que en el caso del concubinato, considero que hace falta legislar a este respecto, pues sólo se hace mención de los incapaces en el Art. 283 párrafo tercero y Art. 284. Cuando se presenta la exposición o abandono de los hijos por más de 6 meses, esto ocasiona la pérdida de los derechos de los padres con respecto a los hijos, recordando que algunos de estos derechos son la guarda y custodia del menor.

Se insiste por parte de los tribunales sobre la gravedad de la pérdida de la patria potestad, porque acarrea graves consecuencias “tanto para los hijos como para el progenitor, para decretarla en los casos excepcionales previstos en la ley, se requiere de pruebas plenas e indiscutibles que sin lugar a dudas hagan manifiestas la justificación de la privación”.⁶³

⁶³ Instancia Tercera Sala Séptima época Tomo IV. Parte SCJN Tesis 308 pag 207 Amparo Directo 4253-69 Ma. De Lourdes Castillo Hurtado 12 agosto de 1970

El abandono de persona se encuentra debidamente legislado en materia penal, ya que lo encontramos tipificado en el título Séptimo Delitos Contra la seguridad de la subsistencia familiar Capítulo único en los Art. 193 al 343.

ARTICULO 193.- Al que abandone a cualquier persona respecto de quien tenga la obligación de suministrar alimentos, sin recursos para atender a su necesidades de subsistencia, aun cuando cuente con el apoyo de familiares o terceros se le impondrá de 3 meses a 3 años de prisión o de noventa a 360 días multa, privación de los derechos de familia y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente.

ARTICULO 194.- Al que se coloque en estado de insolvencia con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que la ley determine se le impondrá pena de 1 a 4 años de prisión.

4.4 CUANDO SE DA EL ABANDONO DEL MENOR POR LOS PADRES

Cuando se presenta este supuesto en que los menores hayan sido abandonados por ambos padres, corresponderá a los abuelos en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Cabe Mencionar que una vez que el juez tenga conocimiento sobre el caso en particular, y que haya otorgado la custodia a quien considere adecuado procederá en caso necesario a condenar ambos cónyuges a la pérdida de la patria potestad.

Pero cuando los hijos de padres desconocidos y en especial los expósitos, la ley establece que se colocan “bajo la tutela de la persona que los haya acogido, tendrá las obligaciones y facultades y restricciones establecidas para los demás tutores (Art. 492 del Código Civil.)”

“En relación a los directores de inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia donde se reciban expósitos, desempeñarán la tutela de éstos con arreglo a las leyes y a lo que prevengan los estatutos del establecimiento (Art. 493 del Código Civil.)”

4.5 EN LA PENSIÓN ALIMENTICIA

Para Rafael De Pina, la patria potestad se define como el conjunto de facultades, que supone también deberes conferidos a quienes ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria.⁶⁴

Por lo tanto, la pensión alimenticia es uno de estos derechos que tiene el hijo y por consiguiente una de las obligaciones del padre.

“Como nos lo señala Manuel Chávez Asencio , los alimentos se derivan del matrimonio, el concubinato, el parentesco la adopción, tienen un carácter de permanentes en el parentesco y en el matrimonio por ser obligación conyugal darse alimentos. Son relativos, intransmisibles, irrenunciables, e intransigibles, salvo los alimentos ya causados, e inembargables. Desde el punto de vista del obligado termina con la muerte. En cuanto a la obligación, son de dar y hacer, según se trate de dinero o cosas necesarias o educación, cuidado, etcetera.”⁶⁵

“Por lo tanto, podemos definir a los alimentos como la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista, para exigir a otra lo necesario para vivir en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio, del divorcio, del concubinato.”⁶⁶

Cabe señalar la importancia que tiene para la seguridad de los hijos, que se salvaguarden sus derechos con respecto a los alimentos, ya que si bien se ve limitada la convivencia después de un proceso de divorcio o por la separación de los padres, sea cual fuera su estatus, ésto no es razón para que se deje al menor en estado de indefensión.

En el título de la patria potestad no se hace señalamiento alguno con respecto a los alimentos, pero lo podemos encontrar regulado, ya que la citada obligación es una de las principales que podemos encontrar en las relaciones paterno filiales, quienes están obligados a proporcionar

⁶⁴ De Pina Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Ed. Porrúa S.A. México 1980 tomo I pag 373

⁶⁵ Chávez Asencio Manuel, *OP cit*, pag 408.

⁶⁶ *Ibidem* pag 481

alimentos así como en su momento tendrán el derecho a recibirlos, por lo que el legislador crea un capítulo especial denominado Título Sexto del Parentesco, de los Alimentos y de la Violencia Familiar del Código Civil vigente.

A decir de Castan Vázquez "El deber de alimentar a los hijos menores es proclamado por la moral y exigido por las legislaciones positivas."⁶⁷

Hagamos énfasis en la obligación, ya que aún cuando se declare la pérdida, la suspensión, o la terminación de la patria potestad esta obligación alimentaria persiste. La obligación de dar alimentos respecto de los hijos no emancipados presenta un doble aspecto; por un lado la cobertura de las necesidades económicas y por el otro el de la asistencia y los cuidados directos de los hijos, en el aspecto económico recordando que los alimentos son independientes al ejercicio de la patria potestad. Por lo tanto, en los casos de separación, nulidad o de divorcio, se va a señalar la necesidad de que los progenitores continúen otorgando los alimentos, ya que esta obligación es para ambos progenitores de manera proporcional de conformidad con lo que nos señala el artículo 308 del Código Civil.

ARTÍCULO 308.- Los alimentos comprenden:

- I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria, y en su caso los gastos de embarazo y parto;
- II. Respecto de los menores, además los gastos para su educación proporcionarles, algún oficio, o profesión, adecuados a sus circunstancias personales,
- III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y
- IV. Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurara que los alimentos se le proporcionen, e integrarlos a la familia

⁶⁷ Castan Vazquez, José María. La Patria Potestad Ed, Revista de Derecho Privado Madrid 1960

Podemos decir que la obligación en comento es una obligación autónoma e independiente, que nace directamente del vínculo familiar y que es reconocida por las relaciones de familia y su causa es plenamente justificable.

Resaltemos que los alimentos son considerados de interés social y de orden público. Para reafirmar éstos tenemos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha considerado que es improcedente "conceder la suspensión contra el pago de alimentos porque, de considerarse, se impediría al acreedor alimentista recibir la protección necesaria para subsistencia, en contravención de las disposiciones legales de orden público que la ha establecido y se afectaría el interés social, resultando el requisito negativo exigido por la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo para negarla"⁶⁸

El Código Civil nos señala en su artículo 315, quienes pueden pedir los alimentos y nos dice lo siguiente:

ARTÍCULO 315 - Tienen acción para pedir el aseguramiento de los alimentos:

- I El acreedor alimentario;
- II. El que ejerza la patria potestad o el que tenga la guarda y custodia del menor;
- III. El tutor ;
- IV. Los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado,
- V. La persona que tenga bajo su cuidado al acreedor alimentario, y
- VI. El Ministerio Público.

Los alimentos son considerados de gran importancia por lo que el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles faculta al Juez de lo Familiar para que actúe de oficio para ello y nos señala lo siguiente:

⁶⁸ Jurisprudencia 37 (Sexta Época), pag. 105 volumen 3º Sala Cuarta Parte, Apéndice 1917/1975. Jurisprudencia 34 pag 115

ARTÍCULO 941 - El Juez de lo Familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y de alimentos decretando las medidas que tiendan a preservarla y proteger a sus miembros.

No obstante la intervención está limitada, y no puede alterar el proceso, y en el supuesto de que el juez intervenga de oficio no se considera como una violación:

“de garantías en perjuicio del quejoso, ya que tratándose de conceptos familiares o de alimentos, el juez puede invocar juiciosamente algunos principios, sin cambiar los hechos, excepciones o defensas por tratarse de una materia del orden público según lo establecido o ha establecido esta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversos precedentes”⁶⁹

Así, para nuestra legislación los asuntos relacionados con proteger el derecho de alimentos son prioritarios, y éstos serán considerados en juicios sumarios por la gran importancia que representa proteger al acreedor alimentista.

En cuanto a lo que se refiere a la cuantía, debemos entender que ésta se fija de acuerdo a las posibilidades del que debe darlos y las necesidades de quien deba recibirlo.

Pero en la práctica se presentan problemas serios para poder acreditar la cuantía necesaria para sufragar las necesidades del acreedor y estar en posibilidad de presentarla ante el juez para que éste pueda tomar la determinación, adecuada ya que en ocasiones el acreedor alimentista carecen de elementos de prueba suficientes por tal motivo es importante aligerar la carga de la prueba para el acreedor alimentista, considerando que el deudor tiene los medios económicos para defenderse.

Además debemos considerar que la citada obligación persiste aún en los casos de suspensión, pérdida o terminación de la misma, ya que como se señaló anteriormente, ésta se deriva de la solidaridad humana y familiar, y de quien tiene el derecho de exigirlos para recibirlos.

⁶⁹ Amparo directo 3040/1975. Juan José Santiago Hernández. Febrero 11 de 1976. 5 votos Ponentes Mtr. Rafael Rojina Villegas. Tercera Sala. Informe 1976. Segunda Parte. Tesis 12 pag. 15

4.6 EN LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

Es importante mencionar que es diferente la extinción de la patria potestad y la pérdida de la misma se presenta por causas diferentes. En esta parte nos limitaremos al estudio de las causas de la pérdida y nos enfocaremos a las personas que ejercen la patria potestad, así como los tipos de pérdidas que nuestra legislación reconoce las cuales pueden tener un carácter absoluto, o relativo, y su limitación, que también puede considerarse como relativo.

Así, para Eduardo Zannoni “cuando la conducta ilícita de los padres contraria debidamente los contenidos sustanciales de los deberes-derechos emergentes de ella, imponen a los progenitores”⁷⁰

Al respecto, el Código Civil en su artículo 444 que a la letra dice:

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

- I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de este derecho;
- II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 de este Código;
- III. En el caso de violencia familiar en contra del menor siempre que ésta constituya una causa suficiente para su pérdida;
- IV. El incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria (sic) por más de 90 días sin causa justificada;
- V. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos por más de tres meses;
- VI. Cuando el que la ejerza hubiera cometido en contra la persona o los bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada; y
- VII. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delito grave.

⁷⁰ Zannoni Eduardo. *Derecho de Familia*, Ed. Astrea, Buenos Aires Argentina, 1978, Pag. 773

De lo antes citado, todas las causales para la pérdida de la patria potestad, señaladas en el artículo en comento, son de naturaleza grave, razón por la cual la pérdida será definitiva, pues como bien sabemos la patria potestad encierra derechos y obligaciones para el padre, la madre y los hijos y tienen la característica de ser una institución de orden público, en cuya preservación y debida aplicación de las normas que la regulan

Hagamos notar que la pérdida de este derecho natural, reconocido por la ley tiene consecuencias graves para quienes la ejercen así como para los hijos, y para que esta se puede decretar es necesario que los hechos que motivaron tal resolución, sean probados para que puedan valorarse en las circunstancias y determinar si hay razones que puedan ser lesivas para el menor, debiendo entender que se deben probar las conductas del padre o la madre que no cumplen con sus deberes y obligaciones, afectando la seguridad, la salud o la moralidad de los hijos.

Cabe recalcar que para la Nación, deberá ser de primordial interés el bienestar de la infancia, por lo que el legislador también debe ser sumamente cuidadoso al decretar la pérdida de la patria potestad para no causar un mayor daño al menor.

CAPÍTULO V

ANÁLISIS JURÍDICO CON RESPECTO AL DERECHO ADJETIVO PARA EL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA

5.1 COMO ACTO PROVISIONAL

Se quiere resaltar en este punto la importancia de los efectos provisionales, que se tienen al iniciar un juicio de divorcio

Por lo general todas las legislaciones nos señalan los efectos provisionales que se desprende de un juicio de divorcio; al presentar la demanda de divorcio, por lo que se considera importante que tomemos en consideración qué tipo de divorcio se está solicitando para así comprender mejor los efectos que se presentan cuando se trata de un divorcio necesario o contencioso, y cuales serían los que se presentan en el caso del divorcio voluntario

Pues si bien en ambos casos se señalarán las citadas medidas provisionales, en cada caso, se produce una segunda división dado que algunos serán provisionales, que se presentarán durante el proceso de divorcio, y otros son los definitivos, es decir, los que se van a presentar a consecuencia de la sentencia ejecutoria por medio de la cual se va a disolver el vínculo matrimonial

Por lo que respecta a las medidas provisionales, las podemos encontrar en todas las legislaciones, las cuales señalan que en el caso del divorcio necesario, al presentar la demanda y cuando se trata de casos urgentes, aún antes de que ésta sea presentada, el juez de lo familiar está facultado para tomar las providencias necesarias para la separación de los cónyuges, para designar durante proceso de divorcio a quién de los cónyuges le otorga la guarda y custodia de los menores hijos; si hay un acuerdo o cuando no lo haya, el juez podrá determinar si los entrega a un tercero.

Como sabemos, las resoluciones judiciales que son dictadas de manera provisional se pueden modificar en la sentencia interlocutoria o en la definitiva.

En el derecho comparado podemos señalar que en la legislación Suiza “ el juez tiene un poder absoluto para que sin necesidad de buscar el acuerdo previo de ambos consortes si así lo estima conveniente, decreta a favor de un tercero la custodia provisional de los hijos; pudiendo hacerlo así, hasta cuando por común acuerdo de los padres, se pretendiese confiar la custodia a la madre, si el juez considera que ésta, por su trabajo, profesión, mala conducta o debido a ciertos vicios, constituya un peligro para la educación, protección o cuidado de los hijos”. Con criterio de mayor altura que lo demás del mundo, el Código Civil suizo faculta al juez para pasar sobre el acuerdo de los padres, pudiendo confiar la custodia a uno de los abuelos, a un pariente o hasta a tercera persona que en su concepto garantice la educación . Puede, por ejemplo, acordar el internado del hijo, si está en edad escolar.⁷¹

El artículo 156 del Código Civil suizo consigna en su texto:

“En caso de divorcio o de separación de cuerpos, el juez adopta las medidas necesarias, concernientes a la potestad paterna y a las relaciones personales entre padres e hijos después de haber oído al padre y a la madre y si se considera necesario, a la autoridad tutelar. aquel de los padres a quien los hijos no han sido confiados debe, sin embargo, contribuir, según sus facultades, a los gastos de sostenimiento de los hijos. Tiene también el derecho de conservar con ellos las relaciones personales indicadas por las circunstancias.”⁷²

En el artículo 157 del citado Código, se nos amplía la idea del legislador, señalándonos como la autoridad tutelar o alguno de los padres, como el juez podrá adoptar la medidas que considere pertinentes, tomando en consideración los acontecimientos que pueden dar un cambio importante dentro de la situación de la relación paterno- filial , como pueden ser el matrimonio, la ausencia, el cambio de domicilio de un ciudad o país, o bien la muerte de alguno de los padres.

⁷¹ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano* Ed. Porrúa México D. F. 1998 pag. 513

⁷² Idem

Por otra parte, también se considera la posibilidad de que la mujer se encuentre embarazada al momento de promover el divorcio; la legislación Suiza prevé que el menor no sea sustituido, la supresión del mismo, o bien, que se haga aparecer como viable al hijo que no lo sea por lo cual tomará las medidas precautorias necesarias.

Como un último paso precautorio, el juez debe decretar una pensión de alimentos que sea suficiente, considerando las posibilidades de los padres y las necesidades de los hijos y del cónyuge, de acuerdo a las reglas que se señalan en el citado ordenamiento legal.

En nuestra legislación también se encuentra regulada esta postura, buscando dar protección a los menores así como a la mujer que se enfrentan a un proceso de divorcio; debemos hacer hincapié en la importancia que tiene para el legislador la sana convivencia entre padres e hijos tan es así que en la reforma al artículo 417 que se llevo a cabo en diciembre de 1997, se busca proteger tanto los derechos de los padres y los hijos. Si comparamos nuestra legislación con las europeas o con las americanas, nos encontramos con que el Código Civil en su artículo 282 nos señala lo siguiente:

ARTÍCULO 282.- Desde que se presenta la demanda de divorcio, y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:

I La separación de los cónyuges. El juez de lo Familiar determinara con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar, y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté se dedicado, debiendo informar éste su lugar de residencia.

La separación conyugal decretada por el juez interrumpe los términos a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 267 de este Código;

II Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;

III Las que estime convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicio en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo ordenar cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, la anotación previa de la demanda en el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal y en aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;

IV Dictar en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede embarazada;

V Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, debiendo ser uno de éstos y pudiéndose compartir la custodia. En defecto de este acuerdo, el juez de lo familiar, resolverá lo conducente, previo el previo el procedimiento que fije el código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor,

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de seis años deberán quedar al cuidado de la madre. No obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos;

VI El juez de lo familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visitas o convivencia con sus padres.

VII En los casos en los que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y la causales invocadas en la demanda, tomará las siguientes medidas con el fin de salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar los intereses y seguridad de los interesados que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar;

- a) Ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda adonde habita el grupo familiar;
- b) Prohibir al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio

- o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados, y
- c) Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio juez considere pertinente;

VIII Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este código ;

XI Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, específicamente además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tiene que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento recabará la información complementaria y comprobación de datos que a su caso precise; y

X Las demás que considere necesaria.

Como podemos observar, por medio de este precepto legal el juzgador está facultado para dictar las medidas precautorias tendientes a proteger tanto a los hijos como a los cónyuges inocentes, que den causa al divorcio como puede ser la violencia familiar.

En el caso del Código de Familia del estado de Zacatecas, en el artículo 221 nos señala:

ARTÍCULO 221.- En los procedimientos de divorcio el juez de oficio, deberá tomar todas las medidas necesarias para proteger el interés que el estado tiene en garantizar el sustento de los hijos y lo relativo a la protección de la mujer que se encuentre encinta.

En lo que se refiere al divorcio voluntario, en el capítulo XII sección I , en sus artículos 224 y 226 señala:

ARTÍCULO 224.- Los cónyuges que pidan de conformidad su divorcio deberán de acompañar en todo caso en su demanda, un convenio en el que se fijen los siguientes puntos:

I A quién se confían los hijos de los cónyuges, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio;

II El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe darse para asegurarlo;

III La casa que servirá de habitación a cada uno de los esposos durante el procedimiento;

IV La cantidad que a título de alimentación debe pagar el cónyuge deudor, al cónyuge acreedor durante el procedimiento, así como la forma de hacer el pago y la garantía y que debe darse para asegurarlo;

V Si alguno de los excónyuges tendrá derecho a pensión alimenticia, después de decretado el divorcio; y

VI La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio.

A este efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes e inmuebles de la sociedad

ARTÍCULO 226.- Presentada la demanda el juez de Primera Instancia citará los peticionarios a una junta para que la ratifiquen por sí mismos ante su presencia, en esta junta procurará el juez avenir a los cónyuges; si no logra avenirlos aprobará provisionalmente, oyendo al Ministerio Público, los puntos del convenio relativo a la situación de los hijos menores o incapacitados a la separación de los cónyuges y a los alimentos de aquellos de los que un cónyuge debe dar al otro mientras dure el procedimiento, dictando las medidas necesarias, de aseguramiento. Si no insistieren los cónyuges, se dará por terminada la instancia.

En lo que se refiere al divorcio necesario, el citado Código nos señala en su artículo 234 lo siguiente:

ARTÍCULO 234.- Mientras se decreta el divorcio, el juez, al admitir la demanda, de oficio dictará provisionalmente las siguientes medidas:

II Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimenticio al cónyuge acreedor y a los hijos;

III Las que estime convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes, ni en los de la sociedad conyugal;

VI Dictar, en su caso, las medidas precautorias para proteger a la mujer que quede encinta;

V Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieran designado los cónyuges pudiendo ser uno de estos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pide el divorcio propondrá la persona a cuyo cuidado deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, con audiencia del otro cónyuge resolverá inmediatamente designando la persona que crea conveniente en caso de no ser aceptada la propuesta;

VI En la sentencia que decreta el divorcio el juez determinara los derechos y obligaciones derivadas de la patria potestad que conservará cada uno de los cónyuges, respecto de la persona y bienes de sus hijos teniendo en cuenta el interés particular de los menores, su salud costumbres, educación y conservación de su patrimonio. Para tal efecto deberá el tribunal oír al Ministerio Público, a los cónyuge, y en caso de estimarlo necesario a los abuelos, tíos o hermanos mayores pudiendo además discrecionalmente acordar de oficio cualquiera providencia que consideré benéfica para los hijos; y

VII Los hijos quedarán bajo la custodia del cónyuge no culpable si embargo el juez, en protección de los derechos de los menores, podrá disponer lo que considere más beneficioso para ello, tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo que precede. Si los dos cónyuges fueran culpables los hijos quedaria al cuidado de los ascendientes a quienes corresponda la patria potestad en defecto de los padres; y si no lo hubiere se les nombraría un tutor.

En el Código de Familia del Estado de Hidalgo también contempla las citadas medidas precautorias en el artículo 117 nos señala:

ARTÍCULO 117.- Al admitirse la demanda de divorcio, si hubiere urgencia se dictaran provisionalmente y sólo mientras dura el juicio, las disposiciones siguientes:

I. Separar a los cónyuges;

II Depositar en casa de persona de buenas costumbres a la mujer si se dice que esta a dado causa al divorcio, y el marido pidiera el depósito. La casa que para esto se destine será destinada por el Juez. Si la causa por la que se pide el divorcio no supone culpa en la mujer esta no se depositará sino a solicitud suya;

III Señalar y asegurar los alimentos que de dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos;

IV Dictar las medidas convenientes para que el marido no cause perjuicios ni en su persona, ni en sus bienes a la mujer;

V Dictar en su caso, las mediadas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede en cinta; y

VI Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieran destinado los cónyuges, pudiendo ser uno de estos. En defecto de ese acuerdo el cónyuge que pide el divorcio propondrá a la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez, previo procedimiento que fije el Código respectivo, resolverá lo conveniente.

5.2. COMO ACTO PREJUDICIAL

En este punto se desea tratar el otorgamiento de la guarda y custodia, considerando el caso de la separación de los padres sean estos esposos o concubinos considerando la separación como un

acto prejudicial, dado que en este acto el juez de lo familiar tendrá la facultad de decretarla de manera provisional será él quien determine la situación de los hijos, entregándoselos al padre que solicite la separación.

El Código de Procedimientos Civiles nos señala en su Título Quinto Capítulo III cómo el juez de lo familiar se encuentra facultado para conocer de la separación de las personas como acto prejudicial, El artículo 205 a la letra dice:

ARTÍCULO 205 El que intente demandar o denunciar o querrellarse contra su cónyuge
Puede solicitar su separación al Juez de lo familiar

Pero siendo el caso de que no hubiere juez de lo familiar en su localidad el mismo Código lo prevé y le concede facultad para conocer al juez de la localidad. Este supuesto nos lo señala en el artículo 206.

ARTÍCULO 206.- Sólo los jueces de lo familiar pueden decretar la separación de que habla el artículo anterior, a no ser que por circunstancias especiales no pueda ocurrirse al Juez competente, pues entonces el Juez del lugar podrá decretar la separación provisional, remitiendo las diligencias al correspondiente.

Así mismo, el citado ordenamiento legal nos dice cómo se puede realizar el trámite, ya que debemos considerar la importancia que encierra el dictar las medidas provisionales, buscando el mayor beneficio para los individuos que se encuentran involucrados en un proceso de divorcio considerando tanto el bienestar de los cónyuges como el de los hijos habidos de dicha unión, por lo que el interés del legislador al dictar la norma podemos considerar es crear una esfera jurídica que proporcione una seguridad para los involucrados en dicho proceso; ésto lo podemos corroborar cuando nos avocamos al estudio del ordenamiento citado, en donde podemos constar cómo se subsanan los requerimientos para que sea recibida la demanda de divorcio como nos lo señala el artículo 207 que a la letra dice:

ARTÍCULO 207.- La solicitud puede ser escrita o verbal, en la que se señalarán las causas en que se funda, el domicilio para su habitación, la existencia de hijos menores y las demás circunstancias del caso.

Como podemos observar, en este precepto legal se busca que la persona aún sin tener conocimientos legales, pueda presentar ante un juez competente su escrito inicial de demanda sin que deba fundar y motivar dicho escrito, o bien, puede de igual forma presentarse ante la autoridad competente para que sólo con la narración de los hechos, sea suficiente para que dé inicio el proceso de divorcio; el juez competente buscará otorgar la guarda y custodia tomando en consideración los resultados que arrojen las diligencias que se practiquen, para que con ello pueda avenirse los elementos de juicio y con ésto poder dictar las medidas que considere pertinentes. Cuando se encuentra ante casos de violencia familiar, buscará tener la información necesaria para tener una base y con ésto tener los suficientes elementos que le permitan dictar lo conducente, tal y como nos lo señala el artículo 208 del Código de Procedimientos Civiles, que a la letra dice:

ARTÍCULO 208.- El juez podrá practicar las diligencias necesarias que a su juicio sean necesarias antes de dictar la resolución. En el caso de la violencia familiar tomará en cuenta los dictámenes, informes y opiniones que hubieren realizado las instituciones públicas o privadas dedicadas a atender asuntos de esa índole.

Considerando lo antes expuesto, y lo que nos señala nuestro ordenamiento legal, debemos establecer que el Juez de lo Familiar determinará los efectos definitivos, toda vez que haya tenido a la vista y para su estudio, los medios suficientes para poder emitir una resolución para determinar a quién deberá otorgar la guarda y custodia.

Como bien sabemos, la patria potestad es un derecho irrenunciable que ambos padres conservan. Y por ésto mismo se conservan todos los derechos, así como las obligaciones inherentes a la misma y será responsabilidad de ambos padres el cumplimiento de la misma.

Pero con el divorcio se produce la disolución del vínculo y por lo tanto los padres vivirán en diferentes domicilios, por lo tanto se debe otorgar a uno de ellos la guarda y custodia de los hijos. El padre que tenga la misma será considerado como el que ejerce preferentemente la patria potestad, aún cuando como ya mencione anteriormente, ambos las conserven, pero considerando la mayor conveniencia de los menores. Aquel padre que la ejerza deberá decidir y ejercer la citada facultad, sin que por ello el otro padre quede exento de sus obligaciones así como de sus derechos.

El fundamento legal en que se basa lo antes expuesto, es el artículo 416 del Código Civil.

Debemos entender con ésto, que aquel padre a quien se le otorgue la guarda y custodia, podrá decidir sobre a qué escuela, qué clase de formación se le va a dar al menor, qué tipo de servicios de salud se le brindan al hijo, etcétera .

Sin que por ésto el padre que no la conserve esté excluido de dichas decisiones, toda vez que éste ejerce el derecho de vigilancia, por lo que podrá intervenir entendiendo que le asiste el derecho de oponerse razonablemente a las decisiones que tome el otro padre

Una de las consecuencias más importantes que se producen con el divorcio es la guarda y custodia de los hijos, ya sean menores o incapaces, para uno de los progenitores, sin que por ello el otro quede en desventaja, puesto que se establece por este medio el derecho de visitarlos, comunicarse con ellos y, asimismo, tenerlos; para algunos esto es un derecho, para otros es un deber del progenitor para con los hijos, inherente a la patria potestad, pero debemos entender que se deberá ejercer siempre en beneficio de los hijos, por lo tanto debemos concluir que el régimen de visitas no es en beneficio de los progenitores si no un beneficio tanto para el hijo como para el padre no custodio buscando con esto que se permita una relación paterno filial estable, con lo que se cubra las necesidades afectivas y educacionales de los hijos, buscando que el menor sufra el menor daño posible, dada la separación de los padre.

Pero lamentablemente esto en muchas ocasiones no es suficiente puesto que es muy común que el régimen de visitas se convierta en una arma con la que los progenitores buscan hacerse daño.

Lo más lógico y deseable sería que los mismos cónyuges fueran los que se pusieran de acuerdo para regular el tiempo, modo y lugar donde se dé el ejercicio del régimen de visitas, poniendo un poco de flexibilidad para poner mayor consideración en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, disponibilidad de tiempo libre, ocupaciones, etcétera, de cada uno de los padres, pero cuando estos no se ponen de acuerdo será el juez quien deberá señalar, por medio de las medidas provisionales en la sentencia o en la ejecución de la misma. Cuando se da el incumplimiento de estas resoluciones, el progenitor que se vea afectado podrá pedir el auxilio judicial, para que por este medio solicite la ejecución de lo acordado.

5.2.1 ACCIONES JUDICIALES INSTADAS POR EL PROGENITOR QUE TIENE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES

Entre los supuestos que se presentan en estos casos son básicamente tres; siendo los más recurrentes que se presentan a instancia del padre que conserva la guarda y custodia los siguientes:

I Solicitud de entrega de los hijos:

a) Cuando se entrega la guarda y custodia al progenitor que no la tenía anteriormente.

Una vez que fue dictado el auto, la sentencia firme o bien, concedido la ejecución provisional de la misma, se acordará la entrega de los hijos; sus ropas y enseres de uso personal, al progenitor a quien le haya sido otorgada la guarda y custodia, dentro del plazo que señale el juez.

b) No devolución de los menores por el progenitor después de ejercer el derecho de visita durante el tiempo concedido.

II Incumplimiento del régimen de visitas por el progenitor que lo tiene concedido o ejercicio discrecional del mismo.

III Limitación o suspensión del derecho de visitas solicitud de prohibición de salidas del menor al extranjero con ocasión de ejercer el otro progenitor el derecho de visitas.

5.2.2 EJECUCIONES INSTADAS POR EL PROGENITOR QUE TIENE CONCEDIDO EL DERECHO DE VISITAS

Los supuestos más frecuentes son los siguientes:

I No poder ejercer el régimen de visita fijado.

II No hacer obedecer el requerimiento del juez en lo concerniente al régimen de visitas.

III Solicitar el cambio de custodia de los menores cuando se ponen obstáculos para el normal desarrollo del régimen de visitas.

IV Ampliación del régimen de visitas.

V Inconformidad con la hora de la recogida o entrega de los menores.

VI Suspensión del pago de pensión por obstaculizar el régimen de visitas.

VII Cambio de domicilio del progenitor que tiene la custodia.

VIII Solicitud de compensación de días o periodos en los que no se ha ejercido el derecho de visitas.

5.2.3 POR DIVORCIO VOLUNTARIO

LOS SISTEMAS DE DIVORCIO

Lo podemos dividir en dos grandes sistemas.

1) El divorcio por separación de cuerpos:

En este sistema, el vínculo matrimonial perdura quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad de ministración de alimentos e imposibilidad de nuevas nupcias; sus efectos son: la separación de los cónyuges, quienes ya no estarán obligados a vivir juntos y, por consiguiente, a hacer vida marital.

2) El divorcio vincular:

La principal característica de este divorcio consiste en la disolución del vínculo, otorgando la capacidad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias. Dentro de este sistema podemos hacer una subdivisión: divorcio necesario y divorcio voluntario.

El divorcio vincular necesario se decreta por las causales señaladas en las fracciones I a XVI del artículo 267 del Código Civil vigente, que se clasifican en los siguientes grupos:

Por delitos entre los cónyuges, de padres a hijos o de un cónyuge, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia de terceras persona;

Por hechos inmorales;

Por incumplimiento de las obligaciones fundamentales del matrimonio;

Actos contrarios al estado matrimonial;

Enfermedades o vicios enumerados específicamente.⁷³

Como podemos observar, las citadas causales son consideradas graves, toda vez dan lugar al divorcio vincular, aún cuando no sea la voluntad de ambos cónyuges sino sólo se tomará en consideración la voluntad del cónyuge inocente y no así la del cónyuge que sea considerado culpable.

El divorcio vincular nos presenta dos modalidades que son: el divorcio como sanción y el divorcio como remedio. En el primer caso se dará por las causales antes citadas, sin considerar las causales por enfermedad.

Podemos señalar, el divorcio por remedio se acepta como un medio para dar cierta protección al cónyuge sano y a los hijos, en el caso del cónyuge que padece una enfermedad crónica, contagiosa o bien en el caso de alguna enfermedad hereditaria.

En el artículo 273 nos señala como causales el divorcio el mutuo consentimiento, con lo podemos configurar el divorcio voluntario

⁷³ Rojas Villegas Rafael Op cit, pag. 356y 357.

El divorcio voluntario en materia civil tiene dos aspectos: el administrativo y el judicial, Haciendo un poco de historia, podemos encontrar que en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 se entendía por divorcio a la separación conyugal. En el código de 1870 encontramos que en su artículo 246 señalaba:

ARTÍCULO 246.- Cuando ambos consortes conviniere en divorciarse en cuanto al lecho y habitación solo podrá lograrse ocurriendo por escrito al juez, y no podrá pedirse sino hasta pasado dos años de la celebración del matrimonio.

Asimismo, señalaba que:

“el divorcio por mutuo consentimiento no tiene lugar después de veinte años de matrimonio, ni cuando la mujer tenga más de cuarenta y cinco años de edad.”

Solicitada la separación y acompañada a su demanda un convenio que arregle la situación de los hijos y la administración de los bienes, durante el tiempo de la separación, en el Código de 1870 debía dejarse pasar tres meses y un mes, en el de 1884 para que después cualquiera de los cónyuges pidiera la resolución judicial; el juez decretará la separación, siempre y cuando le constare que los cónyuges quieren separarse libremente, y en la sentencia se fija el plazo que la separación debía durar según el convenio de las partes. Los cónyuges separados por sentencia, de común acuerdo podrían reunirse en cualquier tiempo artículos 260y 237 respectivamente.⁷⁴

En la legislación vigente encontramos regulado el divorcio voluntario en el artículo 273 que a la letra nos señala lo siguiente

ARTÍCULO 273.- Procede el divorcio voluntario por la 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 hay transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañado un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas:

⁷⁴ Chavez Ascencio Manuel, Op cit. La Familia en el Derecho Relaciones Jurídicas conyugales pag.469

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;

II El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;

III Designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enceres familiares, durante el procedimiento de divorcio;

IV La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y 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;

V La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia en favor del cónyuge creador, en los términos de la fracción II ;

VI La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición; y

VII Las modalidades bajo las cuales el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso, y estudios de los hijos.

Como podemos ver, en el artículo en comento, cuando haya la voluntad de disolver el vínculo matrimonial, contamos con esta vía, para que proceda el divorcio voluntario de tipo administrativo.

Cuando se cuenta con la voluntad de ambas partes para la disolución del vínculo matrimonial, este tipo de divorcio, es decretado por el Juez de lo Familiar además de como se disolverá la sociedad conyugal cuando esta exista.

En el caso de que los consortes sean menores de edad, o cuando existan hijos procreados dentro del matrimonio, o cuando el matrimonio se ha celebrado bajo el régimen de la sociedad conyugal, sin que esta se haya liquidado, es necesario que el divorcio voluntario sea tramitado ante un Juez competente. De igual forma que en el divorcio necesario, al presentar la demanda de divorcio, se presentará el convenio, por medio del cual se señalarán las cláusulas que estipula el artículo 273 del Código Civil.

Para poder celebrar el divorcio administrativo, es necesario que cuando menos haya transcurrido un año de haber contraído matrimonio. Mientras se decreta el divorcio, el Juez está obligado a dictar las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos, garantizando la obligación de proporcionar los alimentos al cónyuge que la ley le imponga.

Los cónyuges, en cualquier momento tienen la posibilidad de volverse a reunir dando con esto fin al proceso y quedando subsistente el matrimonio; también es importante señalar que durante el proceso se da la reconciliación de los consortes, esto están impedidos para solicitar nuevamente por esta vía el divorcio sino hasta pasado un año .

Pero una vez que la sentencia de divorcio cause ejecutoria, no se podrá considerar que por la simple cohabitación subsista el matrimonio, toda vez que la sentencia ejecutoriada da fin al vínculo matrimonial.

El procedimiento para este tipo de divorcio, lo encontramos en el TÍTULO DÉCIMO PRIMERO DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO del Código de Procedimientos Civiles, en los artículos 674 al 682.

Una vez que la demanda de divorcio es admitida formalmente por el Juez de lo Familiar, éste dictará el acuerdo donde se dicte que se admite la demanda para su tramitación; así mismo, deber tomar en cuenta la situación particular del caso, para con ello dictar las medidas provisionales que juzgue convenientes, basándose en lo que establecen los artículos 266 y 291 del Código Civil.

Para este procedimiento se deberán celebrar dos juntas que nos señalan los artículos 675 y 676 del Código de Procedimientos Civiles, para que en ellas se ratifique y reitere la voluntad de ambos consortes de divorciarse.

Cuando en el proceso de divorcio comparezca un menor de edad, deberá asignársele tutor especial, aunque el matrimonio produzca de pleno derecho la emancipación del menor de edad.

Pero para comparecer en este tipo de juicios, el menor emancipado necesita de un tutor especial. Es por esta razón que en el juicio de divorcio, dado que si bien se concede la emancipación con el matrimonio, el emancipado deberá ser asistido por un tutor en los negocios judiciales, como lo señala el artículo 643 fracción II del Código Civil.⁷⁵

Una vez que se admite la demanda de divorcio y se ha llevado a cabo todo el procedimiento, el Juez de lo Familiar dictará su sentencia definitiva, por medio de la cual se decidirán todos los puntos como es la cuantía de la pensión alimenticia, la guarda y custodia de los menores e incapaces; señalará a cuál de los cónyuges se la va a otorgar.

Como he señalado anteriormente, el juez tiene la facultad para resolver el otorgamiento de la guarda y custodia de los menores, tomando en consideración las circunstancias que se le presentaron durante el desahogo del procedimiento, facultad que le proporciona el artículo 283 del Código Civil vigente que nos señal lo siguiente:

ARTICULO 283.- La sentencia que se pronuncie en definitiva, fijará la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación, o recuperación según el caso.

Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y las niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en caso de que algún ascendiente tuviera la custodia el otro que no la posee, después de los siete años podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres, lo anterior en

⁷⁵ Rojina Villegas Rafael, Op cit, pag 399

función de las posibilidades de estos y aquellos, así como que no exista en alguno de los progenitores peligro alguno para su normal desarrollo. (6 de septiembre del 2004)

La recuperación de la patria potestad procederá únicamente en aquellos casos que por cuestiones alimentarias se haya perdido, siempre y cuando se acredite que se ha cumplido con dicha obligación. (6 de septiembre del 2004)

Lo mismo se observará respecto de la recuperación de la custodia . (6 de septiembre del 2004)

La protección para los hijos incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (25 mayo 2000)

Para el caso de los mayores incapaces sujetos a la tutela de alguno de los exconyuges en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección (25 mayo 2000)

Como podemos observar, en el precepto en comento, es al Juez de lo Familiar a quien le corresponde resolver a cuál de los cónyuges le es otorgada la guarda y custodia de los menores, si bien puede considerarse lo que se estipule en el convenio, es él quien tiene la última decisión al respecto, como nos lo señala el artículo que antecede, siempre buscando el mayor interés del menor.

5. 4 POR CAUSAS DE NULIDAD EN EL MATRIMONIO

Podemos señalar como teoría general de las causas de nulidad del matrimonio, que regula la ley a las siguientes:

La nulidad relativa y la nulidad absoluta.

En la teoría clásica de las nulidades se considera que la ilicitud en el acto jurídico se sanciona con la nulidad absoluta que se caracteriza como imprescriptible, inconfirmable y susceptible de intentarse por cualquier interesado.

En cuanto a la nulidad relativa se acepta que tiene como causas los vicios de la voluntad, la incapacidad y la inobservancia de la forma. Se le caracteriza en dicha doctrina clásica como prescriptible, confirmable, y solo se concede la acción a la parte perjudicada⁷⁶.

Aun cuando falte alguno de los requisitos o bien cuando se presente algún impedimento y no obstante de esto, se contraiga matrimonio se pueden presentar tres situaciones las cuales se clasificarán según sea la importancia del requisito que falte o bien del impedimento que se viole.

- a) El matrimonio puede ser nulo, es decir, jurídicamente inexistente;
- b) Puede ser anulable, es decir producir plenos efectos en tanto no sea impugnado mediante la acción de nulación;
- c) Puede tener la plena validez y no ser impugnado no obstante haberse conculcado un precepto legal.

Las dos primeras hipótesis se dan cuando falta una condición o requisito esencial al matrimonio o cuando no se haya tenido en cuenta y respetado un impedimento dirimente; la tercera se produce por la violación de un impedimento impediendo⁷⁷

Y como nos lo señala el artículo 2225 del Código Civil vigente el cual consigna en su texto:

ARTÍCULO 2225.- La ilicitud en el objeto, en el motivo o en el fin del acto jurídico, puede producir la nulidad absoluta o relativa según lo prevenga la ley

⁷⁶ Ibidem pag 289

⁷⁷ Ibidem, pag.289

Con esto podemos ver que ya es aceptado el criterio de que la ilicitud siempre originará la nulidad absoluta. La cual podemos señalar se tendrá como imprescriptible, inconfirmable y susceptible de invocarse por quien este interesado.

En el artículo 2226 se señala que:

ARTÍCULO 2226.- La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el Juez la nulidad, de ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.

Tomando esto en consideración podemos decir que para poder tener un principio de nulidad absoluta esta debe ser declarada por el Juez, con lo que se van a producir los efectos provisionales, y solo cuando la ley señale que no produce ningún tipo de efecto legal, es decir, cuando se decrete un efecto de nulidad absoluta de pleno derecho.

En cuanto a la nulidad relativa lo que nos señala el artículo 2228 es lo siguiente:

ARTÍCULO 2228.- la falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia la lesión y la incapacidad de cualquiera de los actores del acto, produce la nulidad relativa del mismo .

Con esto podemos señalar que como en el artículo 2225 señala que la posibilidad de la ilicitud en el objeto, motivo o fin del acto, origen, en algunos casos puede ocasionar la nulidad relativa.

De acuerdo con la teoría de Bonacase acerca de que no es necesaria que la nulidad relativa presente las características opuestas de la absoluta bastando que exista una sola característica de nulidad relativa aún cuando todas las demás sean de nulidad absoluta, para que se clasifique la citada nulidad como relativa. Además, siempre permitirá que el acto produzca provisionalmente sus efectos, como terminantemente lo declara la parte final del artículo 2227.

Con base en esto podemos señalar que en el derecho mexicano si es posible aplicar dicha teoría en lo que se refiere al matrimonio toda vez que lo antes expuesto de manera general es susceptible de aplicar en lo que se refiere al matrimonio, entendiéndose con esto que se considerara nulidad absoluta en la materia del matrimonio, cuando se reúnan las tres características que nos señala el artículo 2226 que son:

- 1) La naturaleza imprescriptible de la acción de nulidad,
- 2) La imposibilidad de convalidar el acto que por ratificación expresa o tácita para que desaparezca la nulidad, y
- 3) La posibilidad de que todo interesado pueda hacer valer la acción.

Como podemos ver de acuerdo a lo que nos señala el precepto antes citado, la nulidad no desaparece por la confirmación o por la prescripción, y por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando el juez decreta la nulidad, es desde este punto de vista que debe buscarse las características para poder definir el tipo de nulidad sea relativa puesto que solo con que falte una de las características o sean distintas se podrá considerar como nulidad relativa.

Como sabemos existe una reglamentación especial para las nulidades matrimoniales y como podemos ver sus efectos son diversos, de acuerdo con lo que podemos observar al analizar las características propias dentro de la materia familiar las cuales son:

I. La doble reglamentación:

Por una parte encontramos reglamentada la nulidad en el libro cuarto título sexto, en los artículos 2224 al 2242 y en el capítulo IX del título quinto, del libro primero, nos reglamenta a los matrimonios nulos e ilícitos en los artículos 235 al 265 sin embargo nuestro Código Civil no cuenta con otro capítulo especial donde se trate la nulidad, con lo cual podemos ver que el legislador consideró conveniente incorporar dentro del matrimonio un capítulo que habla de la nulidad, toda vez que como el matrimonio es considerado una institución jurídica especial y diferente a las que son del orden económico.

Bonnecase nos señala en su libro Elementos del Derecho Civil. La enumeración de los elementos necesarios para la existencia y validez del matrimonio. La mejor clasificación de los elementos constitutivos del matrimonio es la efectuada desde el punto de vista de su sanción. Desde este punto de vista se distinguen: las condiciones requeridas so pena de inexistencia, de nulidad absoluta o de nulidad relativa

I) Las primeras son:

- 1) La diferencia de sexo;
- 2) El consentimiento de los futuros esposos; y
- 3) La celebración del matrimonio ante el oficial del estado civil.

II) Las condiciones requeridas so pena de nulidad absoluta son:

- 1) La pubertad de los esposos;
- 2) La ausencia de cierto grado de parentesco por consanguinidad o afinidad entre los futuros esposos o ausencia de incesto;
- 3) La ausencia en cada esposo de un matrimonio anterior no disuelto o ausencia de bigamia;
- 4) La publicidad del matrimonio; y
- 5) La competencia del oficial del estado civil.

I) Las condiciones exigidas so pena de nulidad relativa son:

- 1) La integridad del consentimiento de los esposos
El consentimiento de los ascendientes o de la familia

IV) Por último, existen condiciones expuestas a título meramente teórico, sin ninguna Sanción.⁷⁸

De acuerdo al criterio de Plinio las causas de nulidad absoluta del matrimonio son:

⁷⁸ Ibidem pag 291

- 1) Falta de consentimiento;
- 2) Impubertad;
- 3) Incesto;
- 4) Bigamia;
- 5) Clandestinidad;
- 6) Incompetencia del oficial del estado civil.

Respecto a las causas de inexistencia del matrimonio; se refiere a las dos hipótesis consideradas como tales:

- 1) La identidad de sexo; y
- 2) La falta de forma.

Considera que la aplicación a estas causas de la teoría de los matrimonios inexistentes es una exageración que ha provocado justas críticas, pues también puede presentarse la nulidad.

De conformidad con lo antes expuesto podemos señalar que para el derecho mexicano existen sólo dos causas mediante las cuales se pueden considerar la nulidad absoluta del matrimonio de acuerdo con lo que nos consigna el Código Civil vigente que son:

- a) Bigamia; e
- b) Incesto.

Como podemos ver en nuestra legislación vigente las causas de nulidad las podemos encontrar consagradas en el capítulo IX del Código Civil para el Distrito Federal en los artículos 235 al 263.

DISTRITO FEDERAL

CAPÍTULO IX

DE LOS MATRIMONIOS NULOS E ILÍCITOS

ARTICULO 235.- Son causas de nulidad de un matrimonio:

- I.- El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra;
- II.- Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156; siempre que no haya sido dispensado en los casos que así proceda, y
- III.- Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103.

ARTICULO 236.- La acción de nulidad que nace del error, sólo puede deducirse por el cónyuge engañado; pero si éste no denuncia el error dentro de los treinta días siguientes a que lo advierte, se tiene por ratificado el consentimiento y queda subsistente el matrimonio, a no ser que exista algún otro impedimento que lo anule.

ARTICULO 237.- El matrimonio entre el hombre o la mujer menor de edad, dejará de ser causa de nulidad cuando el menor hubiere llegado a los dieciocho años, y ni él ni su cónyuge hubieren intentado la nulidad.

ARTICULO 238.- La nulidad por falta de consentimiento de los que ejercen la patria potestad, sólo podrá alegarse por aquel o aquellos a quienes tocaba prestar dicho consentimiento, y dentro de treinta días contados desde que tengan conocimiento del matrimonio.

ARTICULO 239.- Cesa la causa de nulidad a que se refiere el artículo anterior:

- I.- Si han pasado los treinta días sin que se haya pedido; y
- II.- Si dentro de este término, los que ejercen la patria potestad han consentido expresamente en el matrimonio, o tácitamente, haciendo donación a los hijos en

consideración al matrimonio, recibiendo a los consortes a vivir en su casa, presentando a la descendencia como de los cónyuges en el Registro Civil, o practicando otros actos que, a juicio del Juez de lo Familiar, sean tan conducentes al efecto, como los expresados.

ARTICULO 240.- La nulidad por falta de consentimiento del tutor o del juez, podrá pedirse dentro del término de treinta días por cualquiera de los cónyuges, o por el tutor; pero dicha causa de nulidad cesará si antes de presentarse demanda en forma sobre ella se obtiene la ratificación del tutor o la autorización judicial, confirmando el matrimonio.

ARTICULO 241.- El parentesco de consanguinidad no dispensado anula el matrimonio, pero dejará de ser causa de nulidad, si antes de declararse ejecutoriada la resolución de nulidad, se obtiene dispensa, en los casos que ésta proceda.

ARTICULO 242.- La acción que nace de esta clase de nulidad y la que dimana del parentesco de afinidad en línea recta, pueden ejercitarse por cualquiera de los cónyuges, por sus ascendientes y por el Ministerio Público.

ARTICULO 243.- La acción de nulidad que nace de la causa prevista en la fracción V del artículo 156, podrá deducirse por el cónyuge ofendido o por el Ministerio Público, en el caso de disolución del matrimonio anterior por causa de divorcio; y sólo por el Ministerio Público, si este matrimonio se ha disuelto por muerte del cónyuge ofendido.

En uno y en otro caso, la acción debe intentarse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio de los adúlteros.

ARTICULO 244.- La acción de nulidad proveniente del atentado contra la vida de alguno de los cónyuges para casarse con el que quede libre, puede ser deducida por los hijos del cónyuge víctima del atentado, o por el Ministerio Público, dentro del término de seis meses, contados desde que tuvieron conocimiento del nuevo matrimonio.

ARTICULO 245.- La violencia física y moral serán causa de nulidad del matrimonio, en cualquiera de las circunstancias siguientes:

I.- Que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes;

II.- Que haya sido causada al cónyuge, a la persona o personas que la tenían bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio, a sus demás ascendientes, a sus descendientes, hermanos o colaterales hasta el cuarto grado; y

III.- Que haya subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.

La acción que nace de estas causas de nulidad sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado, dentro de sesenta días contados desde la fecha en que cesó la violencia.

ARTICULO 246.- La acción de nulidad que se funde en alguna de las causas expresadas en las fracciones VIII y IX del artículo 156, sólo puede ejercitarse por los cónyuges dentro de los sesenta días siguientes, contados desde que se celebró el matrimonio.

ARTICULO 247.- Tienen derecho a pedir la nulidad a que se refiere la fracción X del artículo 156 el otro cónyuge, el tutor del interdicto, el curador, el Consejo Local de Tutelas o el Ministerio Público.

ARTICULO 248.- El vínculo de un matrimonio anterior, existente al tiempo de contraerse el segundo, anula éste aunque se contraiga de buena fe, creyéndose fundadamente que el consorte anterior había muerto. La acción que nace de esta causa de nulidad puede deducirse por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos, y por los cónyuges que contrajeron el segundo. No deduciéndola ninguna de las personas mencionadas, la deducirá el Ministerio Público.

ARTICULO 249.- La nulidad que se funde en la falta de formalidades esenciales para la validez del matrimonio, puede alegarse por los cónyuges y por cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio. También podrá declararse esa nulidad a instancia del Ministerio Público.

ARTICULO 250.- No se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidades en el acta de matrimonio celebrado ante el Juez del Registro Civil, cuando a la existencia del acta se una la posesión de estado matrimonial.

ARTICULO 251.- El derecho para demandar la nulidad del matrimonio corresponde a quienes la ley lo concede expresamente, y no es transmisible por herencia ni de cualquiera otra manera. Sin embargo, los herederos podrán continuar la demanda de nulidad entablada por aquel a quien heredan.

ARTICULO 252.- Ejecutoriada la sentencia que declare la nulidad, el tribunal, de oficio, enviará copia certificada de ella al Juez del Registro Civil ante quien pasó el matrimonio, para que al margen del acta ponga nota circunstanciada en que conste: la parte resolutive de la sentencia, su fecha, el tribunal que la pronunció y el número con que se marcó la copia, la cual será depositada en el archivo.

ARTICULO 253.- El matrimonio tiene a su favor la presunción de ser válido; sólo se considerará nulo cuando así lo declare una sentencia que cause ejecutoria.

ARTICULO 254.- Los cónyuges no pueden celebrar transacción ni compromiso en árbitros, acerca de la nulidad del matrimonio.

ARTICULO 255.- El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dure; y en todo tiempo, en favor de sus hijos.

ARTICULO 256.- Si ha habido buena fe de parte de uno sólo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos.

Si ha habido mala fe de parte de ambos consortes, el matrimonio produce efectos civiles solamente respecto de los hijos.

ARTICULO 257.- La buena fe se presume; para destruir esta presunción se requiere prueba plena.

ARTICULO 258.- Desde la presentación de la demanda de nulidad, se dictarán las medidas provisionales que establece el artículo 282.

ARTICULO 259.- En la sentencia que declare la nulidad, el Juez de lo Familiar resolverá respecto a la guarda y custodia de los hijos, el suministro de sus alimentos y la forma de garantizarlos.

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

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

ARTICULO 260.- El Juez de lo Familiar, en todo tiempo, podrá modificar la determinación a que se refiere el artículo anterior, atendiendo a las circunstancias del caso y velando siempre por el interés superior de los hijos.

ARTICULO 261.- Declarada la nulidad del matrimonio, se procederá a la división de los bienes comunes, de conformidad con lo establecido en el artículo 198 de este ordenamiento.

ARTICULO 262.- Declarada la nulidad del matrimonio, se observarán respecto de las donaciones antenuptiales las reglas siguientes:

- I.- Las hechas por un tercero a los cónyuges, podrán ser revocadas;
- II.- Las que hizo el cónyuge inocente al culpable quedarán sin efecto y las cosas que fueron objeto de ellas se devolverán al donante con todos sus productos;
- III.- Las hechas al inocente por el cónyuge que obró de mala fe quedarán subsistentes;
- IV.- Si los dos cónyuges procedieron de mala fe, las donaciones que se hayan hecho, quedarán a favor de sus acreedores alimentarios. Si no los tienen, no podrán hacer los donantes reclamación alguna con motivo de la liberalidad.

ARTICULO 263.- Si al declararse la nulidad del matrimonio la mujer estuviera embarazada, se tomarán las medidas cautelares a que se refiere el Capítulo Primero del Título Quinto del Libro Tercero.

Ahora bien como podemos ver en el artículo 248 la acción puede ser intentada por el cónyuge del primer matrimonio, por los hijos o herederos, por los cónyuges que contrajeron el segundo matrimonio o bien cuando ninguna de las personas antes citadas lo intente el Ministerio Público estará facultado par llevarlo a cabo , además podemos ver que el citado precepto no señal ningún término par la prescripción razón por la cual podemos considerar que la acción se puede intentar en todo tiempo entendiendo con esto que no se puede dar la convalidación por medio de la ratificación sea tácita o expresa por alguna de las partes interesada ya que en ningún caso podrá aceptarse la validez del segundo vinculo dado que al conocimiento del primero se incurrirá en un nuevo ilícito.

Como podemos observar en los artículos 236 al 247 se señalan otras causales que contienen características propias de la nulidad relativa las cuales permiten la convalidación del acto por medio de la prescripción de la acción o bien cuando por medio de estor se concede la acción a determinadas personas y no como el precepto antes citado a todos los interesados.

El incesto como nos señala el artículo 241 en el que se señala que el parentesco por consanguinidad que no es dispensado no convalida el vínculo matrimonial, entendamos con este que cuando se trata de parentesco que no admita dispensa, como sería el caso del parentesco en línea recta o bien en el de parentesco colateral hasta el segundo grado o bien el parentesco por afinidad en línea directa, será totalmente considerado como causa de nulidad absoluta. Como nos lo señala el artículo 242 el cual nos señala que la acción que nace de dicha causa y la que se desprende del parentesco de afinidad, puede ser ejercitada por cualquiera de los cónyuges, por sus ascendentes o bien por el Ministerio Público es decir que el presente artículo concede el poder ejercitar la acción a todos los interesados, y asimismo no señala prescripción para ejecutar la acción además no concede la posibilidad de otorgar la convalidación por ratificación expresa o tácita, por lo tanto podemos aplicar en este acto las mismas consideraciones que en el caso de la bigamia.

Pasando ahora a las causas de nulidad relativa señalare que lo encontramos regulados en los artículos 236 a 241, 243 y 247

Como podemos ver las causas de nulidad relativa se presentaran cuando se incurra en los impedimentos que se nos señalan en el artículo 156 que consagra lo siguiente.

ARTICULO 156.- Son impedimentos para celebrar el matrimonio:

- I.- La falta de edad requerida por la Ley;
- II.- La falta de consentimiento del que, o los que ejerzan la patria potestad, el tutor o el Juez de lo Familiar en sus respectivos casos;
- III.- El parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa;
- IV.- El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;
- V.- El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado.
- VI.- El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre.
- VII.- La violencia física o moral para la celebración del matrimonio;
- VIII.- La impotencia incurable para la cópula;
- IX.- Padeecer una enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria;
- X.- Padeecer algunos de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450;
- XI.- El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer; y
- XII.- El parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado, en los términos señalados por el artículo 410-D.

Son dispensables los impedimentos a que se refieren las fracciones III, VIII y IX.

En el caso de la fracción III sólo es dispensable el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

La fracción VIII es dispensable cuando la impotencia a que se refiere, es conocida y aceptada por el otro contrayente.

La fracción IX es dispensable cuando ambos contrayentes acrediten fehacientemente haber obtenido de institución o médico especialista, el conocimiento de los alcances, los efectos y la prevención de la enfermedad que sea motivo del impedimento, y manifiesten su consentimiento para contraer matrimonio.

Por lo que podemos entender, sólo la bigamia y el incesto son causas de nulidad absoluta las demás sólo son causas de nulidad relativa las cuales se podrán convalidar ya sea tácita o expresamente cuando no se intente la nulidad la cual sólo podrá intentar el cónyuge engañado, inmediatamente que advierta el error, de no hacerlo prescribe la acción, como señala anteriormente la ley acepta la convalidación cuando no se intenta alguna acción entendiéndose con esto que se da la prescripción para la acción de nulidad.

Como podemos ver en el artículo 2225 la nulidad en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce la nulidad relativa o absoluta según lo disponga la ley por lo que debemos entender que será ésta la que señale cuando se trata de nulidad relativa o absoluta a pesar de que exista ilicitud en el objeto, en el motivo o en el fin será facultad de la ley de determinar cuando será considerada la nulidad relativa o absoluta

Para hacer un poco de derecho comparado podemos ver lo que nos señala el derecho colombiano.

La nulidad en el matrimonio produce efectos no para el pasado. Dentro del sistema clásico la nulidad producirá sus efectos no sólo para el futuro sino también para el pasado, se elaboró un estatuto de las nulidades absoluto y uniforme; no importaba que se tratara de nulidades absolutas o relativas, de las nulidades de los contratos que versan sobre las cosas o de la nulidad del único contrato de personas o sea el matrimonio. Se predicó como un dogma inflexible que el

efecto de toda nulidad se remontaba a la época de la celebración del contrato anulado; como motivo el que la nulidad era producida por un vicio concomitante a la celebración del respectivo contrato, luego hasta allá debían remontarse los efectos.

El acto del matrimonio se consideraba destruido desde la época de su celebración (En derecho mexicano no es aplicable este principio).

La fundamentación de esta regla la encontraron nuestros juristas en el artículo 1746 del Código que dice: “ La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarian si no hubiera existido el acto o contrato nulo sin perjuicio de lo proveniente sobre objeto o causa ilícitos...” A este artículo se le dio un doble alcance: 1º Se le consideró como una traducción fiel de la regla romana *quod nullum est nullum effectum producit*; 2º Se le dio una aplicación general tanto para los contratos que versan sobre cosa, como para el contrato de matrimonio.

De la aplicación de esta regla para el matrimonio (que es totalmente inconducente en el derecho mexicano), se produjeron estas consecuencias:

- a) los hijos habidos por los cónyuges cuyo matrimonio se anula son hijos naturales, pues al restablecer las cosas al estado anterior se supone no haber existido jamás vínculo matrimonial; los hijos fueron habidos por personas solteras.
- b) La vida en común de los cónyuges, entre la fecha de la celebración del matrimonio y la de la declaración judicial de la nulidad, se consideraba como un simple concubinato, pues, el matrimonio y sus efectos desaparecen.
- c) Se supone no haber existido jamás contrato sobre bienes; la masa de bienes que aparezca el día de la declaración de nulidad se considera como una sociedad de hecho habidas por concubinos.
- d) La declaración de adulterio de la mujer desaparece completamente, puesto que la nulidad destruye en el pasado la obligación de fidelidad.

- e) Toda vocación sucesoria de los hijos respecto a sus padres o de un cónyuge respecto al otro desaparece retroactivamente.⁷⁹

Ahora bien para señalar los efectos que causa la nulidad en el matrimonio para nuestro derecho vigente en lo que respecta a los hijos:

Como nos señalan los artículos 255 y 256 del Código Civil vigente para el Distrito Federal los hijos no sufren las consecuencias de la nulidad del matrimonio de los padres, aún y cuando estos hubieran procedido de mala fe ya que se considera que el matrimonio existió validamente tanto para los hijos que hayan nacido antes de la celebración del matrimonio los cuales quedaran debidamente legitimados, así como para los nacidos durante el mismo o bien los nacidos dentro de los trescientos días posteriores a la declaración de la nulidad, si los padres no se han separado antes y bien desde la separación de estos, de lo cual podemos desprender que los hijos tendrán la calidad de legítimos, y con esto tendrán el derecho a heredar, o exigir alimentos.

Por lo que respecta a la patria potestad debemos señalar que tampoco sufre ninguna alteración por la declaración de nulidad del matrimonio de sus padres toda vez que los derechos y las obligaciones son inherentes a la filiación misma y no al matrimonio de los padres y esto es exigible tanto a los padres naturales como a los legítimos, sin embargo si se causan efectos especiales una vez declarada la nulidad del matrimonio las cuales las podemos encontrar reguladas en los artículos 259 y 260 que a la letra dicen:

ARTICULO 259.- En la sentencia que declara 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.

⁷⁹ Valencia Zea Arturo, Curso de Derecho Civil Colombiano, Editora y distribuidora Jurídica tomo III Bogotá 1989, pags.75 y 76

ARTICULO 260.- El Juez de lo Familiar, en todo tiempo, podrá modificar la determinación a que se refiere el artículo anterior, atendiendo a las circunstancias del caso y velando por el interés superior de los hijos.

La demanda de nulidad puede formularse por conducto de cualquiera de los dos cónyuges o bien por los dos lo cual lo podemos encontrar regulado en el artículo 258 del Código Civil por lo que podemos ver que la ley acepta la posibilidad de que la demanda se presente de forma conjunta, aun cuando la legislación sea distintas.

Si se da el supuesto de que sea uno de los cónyuges el que presente el escrito inicial de demanda deberá contener todo lo que comprende la demanda de divorcio, ya que el artículo 258 le exige al juez dicte las medidas pertinentes para que se de la separación de los cónyuges; se señale y se asegure los alimentos que debe dar el deudor alimentario a los hijos y al cónyuge acreedor, asimismo dictara las medidas necesarias para que los cónyuges no se causen perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal y en el caso de que la mujer se encuentre embarazada acordar lo conducente de igual forma acordara el poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieran designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos, o bien en su defecto el cónyuge que pida la nulidad podrá proponer a la persona a la cual le serian entregados los hijos provisionalmente mientras se tramita el juicio de nulidad lo cual de acuerdo al Código de Procedimientos Civiles acordara el juez de lo familiar lo conducente.

Solo en el caso de que exista un peligro grave para el sano desarrollo del los hijos el menor de siete años quedara al cuidado de la madre.

Una vez que la sentencia cause ejecutoria los padres propondrán al Juez la forma y los términos para la guarda y custodia de los hijos, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso debiendo oír previamente a los menores para resolver de acuerdo con lo que nos establece el artículo 259 de C.C.

En el caso de que la demanda sea presentada por los dos cónyuges se aplicara lo que nos señala el artículo 273 del Código Civil. Para que junto con la demanda de nulidad se consideren los

supuestos que nos señala el citado precepto en lo que se refiere al convenio. Los cuales no se enumeran por obvio de repetición .

Se considera importante señalar que las causas de nulidad lo podemos también encontrar en el derecho canónico en el cual se encuentra regulado en el canos número 1058 que dice:

CANON 1058: “ Pueden contraer matrimonio, todos aquellos a quienes el Derecho no se lo prohíbe”

El obstáculo puede provenir del Derecho natural, del eclesiástico, o del Derecho civil. En el área de prohibición es mayor en el primer caso, pues alcanza a todos por el origen de la prohibición, El Derecho eclesiástico afecta solamente a los bautizados; y el civil a los que no han recibido el bautismo.⁸⁰

Entendiendo con esto que podemos definir el impedimento, como aquella circunstancia que afecta la celebración del matrimonio por causas del Derecho divino o humano teniendo con esto una primera división que son impedientes y dirimientes de los cuales podemos definir que los primeros son considerados como ilícitos pero no invalidan el matrimonio mientras que los dirimientes si son causas de nulidad del mismo, cuando no son removidos antes de la celebración del matrimonio (canon 1073).

Para que sea aplicado corresponderá la autoridad al Papa ya que es el considerado la máxima autoridad eclesiástica y será él quien declare la auténticamente en que casos el derecho impide o dirime el matrimonio (canon 1975).

Las causas de nulidad tanto para el Derecho civil como para el Canónico se han agrupado en la siguiente clasificación:

Nulidad proveniente de impedimentos dirimientes;

Nulidad proveniente de efectos de forma;

⁸⁰ Chavez Asencio Manuel, La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídico Conyugales Editorial Porrúa, S. A. México 2000 pag 354

Nulidad proveniente de actos contra los bienes esenciales;

Nulidad proveniente de actos contra fines del matrimonio.

La nulidad que proviene de impedimentos dirimentes:

FALTA DE EDAD

Civil	Cánónico
<p>Artículo 146, 156 Fc I, 237</p> <p>El no haber cumplido 16 años el hombre y 14 la mujer, si no haya dispensa produce nulidad relativa.</p>	<p>Canon 1083</p> <p>El matrimonio sólo puede contraerse válidamente cuando hubiera cumplido 16 años el hombre y 14 la mujer.</p>

* Actualmente en el nuevo Código Civil se dice: "Artículo 148 Los menores de edad pueden contraer matrimonio siempre que ambos hayan cumplido diecisiete años".

FALTA DE CONSENTIMIENTO DE LOS PADRES, TUTOR O JUEZ

<p>Artículos 156 Fc II, 238, 239, 240</p> <p>La falta de consentimiento de los padres, tutor o juez para el matrimonio de menores de edad pero mayores de 16 años el hombre y 14 la mujer, genera nulidad relativa.</p>

Consanguinidad

Artículo 156 Fc III, 241

Es impedimento que produce la nulidad absoluta la consanguinidad legítima o natural sin limitación de grado en línea recta y entre hermanos y medios hermanos; el impedimento colateral hasta el tercer grado es dispensable; si no se obtiene es nulo el matrimonio, pero puede revalidarse.

Canon 1078-3, 1091

Es inválido en línea recta entre todos los ascendentes y descendentes. En la línea colateral hasta el cuarto grado; es dispensable a partir del tercer grado.

Afinidad

Artículo 156 Fc IV, 242

Produce nulidad absoluta el matrimonio entre afines en línea recta sin limitación alguna.

Canon 1092

Igual reglamentación.

Adopción

Artículo 157

El impedimento es entre adoptante y adoptado mientras dure el lazo jurídico de la adopción. Nulidad absoluta.

Canon 1094

No se puede contraer válidamente el matrimonio en caso de adopción en línea recta sin limitación y en segundo grado la colateral.

Adulterio

Artículo 156 Fc VI, 243(267-1)

La nulidad relativa se produce por el adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio cuando hubiera sido judicialmente comprobado.

Crimen

Artículo 156 Fc VI, 244

El atentado o el conyugicidio, es un impedimento para contraer matrimonio con el que quede libre. Nulidad Relativa.

Canon 1090

El que con miras de casarse con una persona, mata al esposo o esposa de esa persona, hace inválido el matrimonio. Será también inválido el intento de matrimonio entre quienes por acción mutua física o moral dieran muerte la cónyuge.

Rapto

Artículo 156 Fc VII, 245

El raptor no puede casarse con la mujer mientras no sea restituida a lugar seguro donde libremente pueda manifestar su consentimiento. Produce nulidad relativa.

Canon 1089

No puede haber matrimonio entre el varón y la mujer raptada, o al menos secuestrada, mientras la mujer no sea puesta en lugar segura y elija espontáneamente el matrimonio.

Impotencia

Artículo 156 Fc VI(277 Fc VI)

Es impedimento que produce nulidad relativa la impotencia incurable para la cópula. La esterilidad no lo impide.

Canon 1084

La impotencia para el coito antecedente y perpetua, ya sea absoluta y relativa, tanto del varón como de la mujer, hace imposible el matrimonio válido. La esterilidad no es impotencia.

Enfermedades

Artículo 156 Fc VIII, 246(267 Fc VI)

La sífilis y las enfermedades crónicas que sean, además contagiosas, o hereditarias, producen la nulidad relativa del matrimonio.

Matrimonio Subsistente

Artículo 156 Fc X, 248

No pueden contraer matrimonio cuando alguno de los pretendientes estuviera casado con persona distinta. Genera Nulidad absoluta.

Canon 1085

Atenta inválidamente el matrimonio el que está ligado por el vínculo de un matrimonio anterior, aunque no hubiere sido consumado.

Disparidad de religión

Canon 1086

No puede casarse:

- A) Una bautizada en la iglesia católica o
- B) Recibida en la iglesia católica.

Orden Sagrado

Canon 1087

Los que hubieran recibido un orden sagrado atentan inválidamente en contra del matrimonio.

Voto de Castidad

Canon 1088

Es impedimento todo voto público perpetuo de castidad en un instituto religioso.

Pública Honestidad

Canon 1083

Este impedimento nace:

- A) De un matrimonio inválido después de haber hecho vida común;
- B) El concubinato. Lo dirime en primer grado de línea recta.

**NULIDAD PROVENIENTE DE DEFECTOS DE FORMA
CONTRAYENTES**

a) Personalmente presentes

Artículo 102
Deben de estar presentes ante el juez del Registro Civil los pretendientes.

Canon 1104
Es indispensable que ambos estén presentes al mismo tiempo. Deben expresar su consentimiento con palabras.

b) Apoderado o procurador

Artículo 44 y 102
Deben cumplir los requisitos que se previenen en la ley y C. D. C. Deben de estar presentes.

Canon 1105
Debe cumplir los requisitos que previene en la ley y C. D. C. Deben estar presentes.

c) Interprete

Canon 1106
Debe constar la fidelidad del interprete.

Testigos

Artículo 98 fracción III , 102
Dos testigos por cada pretendiente que acredite su identidad y les conste que no hay impedimento.

Canon 1108, 1116
Se requiere la presencia de dos testigos. Deben tener suficiente uso de razón y de los sentidos
Para saber lo que esta pasando. Son suficientes para el caso de que no se consigan asistente, en ciertas y determinadas situaciones.

Juez o Celebrante

Artículo 102

Deben de estar presentes Juez del Registro Civil legalmente nombrado .

Canon 1108, 1112

Ordinario o el párroco un sacerdote o diacono delegado por alguno de los anteriores. Deben de estar en funciones. invalida el asistente que ha recibido la excomuni3n, o asido suspendido.

Territorio

Artículo 97

Es competente el Juez del Registro Civil del domicilio de cualquiera de los contrayentes.

Canon 1109, 1110, 1111, 1114, 1115, 1118

El ordinario y el párroco, dentro del limite de su territorio, no solo de sus súbditos sino también de quicn no lo son si l mcnos uno pertenece al rito latino. Pueden delegar a sacerdotes y diáconos la facultad a un general de asistir matrimonios dentro de su propio territorio.

Para que sea valida la delegaci3n, debe darse a personas determinadas y para un matrimonio determinado; la general debe darse por escrito

Debe celebrarse en l parroquia en donde uno de los contrayentes tenga su domicilio; con licencia del ordinario o del párroco puede celebrarse en otro lugar.

Con licencia especial se puede celebrar en un oratorio o en alg3n otro lugar conveniente.

**Condiciones para
Celebración Valida**

Artículo 97,98, 100, 235, fracción II,
249, 250

Solicitud (escrito) al Juez del Registro Civil que exprese: nombre, apellidos y domicilio de los pretendientes y sus padres; que no tienen impedimento y que desean casarse.

Se deben acompañar: acta de nacimiento; declaración de los testigos; certificado médico; convenio sobre los bienes; copia del acta de defunción si fuera viudo y la dispensa si la hubo.

Deberá obtener el Juez consentimiento de los pretendientes; ascendientes o tutores y reconoce sus firmas la declaración de los testigos será ratificada.

Canon 1071

Se requiere licencia del Obispo para asistir al matrimonio:

a) Que según las normas del Derecho Civil no puede ser celebrado o reconocido. Se requiere exhibir copia del matrimonio civil.

b) De alguien por que ya esta ligado

Por obligaciones naturales hacia otra persona o hacia los hijos habidos de una unión anterior.

c) De alguien que de manera notorio haya abandonado la fe católica.

d) De quien haya incurrido y esté en una censura canónica.

e) De menor edad, si sus padres no lo saben o se oponen razonablemente a el.

f) Del que se vaya a celebrar por procurador.

g) De los vagos.

Forma

Artículos 102, 103, 235, fracción III
249, 250

Se lee en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos y diligencias practicadas; se interrogara a los testigos; se pregunta a los contrayentes si es su voluntad unirse en matrimonio; la declaración del juez uniéndolos en nombre de la ley y de la sociedad.

Debe levantarse el acta de matrimonio.

Cánones 1108-2 1066 1113 1114 1117
1119 1120 1121 1122

Se comprueba el estado de libertad de los contrayentes. Debe el asistente requerir y recibir personalmente el consentimiento en nombre de la Iglesia.

Debe anotar en el libro de los matrimonios, con todos los datos, nombres dispensas etcétera.

Debe anotarse también, en el libro de bautizados donde estén registrados los nombres y el bautismo de los recién casados. Deben observarse los ritos que previenen los libros litúrgicos. La forma canónica en los CC 1108 al 1116 deben observarse si al menos uno es bautizado en la Iglesia Católica.

NULIDAD PROVENIENTE DE DEFECTOS DEL CONSENTIMIENTO

En Relación al Consentimiento

Artículos 235 fracción I

Acerca de la persona con la que se contrae, cuando entendiéndose contrae matrimonio con persona determinada, se contrae con otra. Nulidad relativa.

Canon 1057, 1097, 1098

Falso juicio. Cuando al casarse se toma equivocadamente por cónyuge a otra persona. El error sobre la cualidad sólo invalida cuando dicha cualidad es directa y principalmente lo que se pretendía.

Cuando se es inducido dolosamente a prestar el consentimiento mediante el engaño sobre alguna cualidad de la otra persona.

Ignorancia

Canon 1057 1096

La falta de conocimiento esencial requerido para un matrimonio válido. Para que pueda haber conocimiento o necesario que se ignore que el matrimonio es una comunidad permanente entre el varón y la mujer ordenada al bien de los cónyuges y a procreación y educación de los hijos. esta ignorancia no se presume que exista después de la pubertad .

EN RELACION A LA VOLUNTAD

Condición

Artículos 147, 182

La condición contra la perpetuación de la especie o la ayuda mutua, y los pactos que los cónyuges hicieron en contra de las leyes y fines naturales del matrimonio , se tendrá como no puesta. Será nula la condición o pacto, pero no el matrimonio .

Canon 1057-2, 1102

No es posible contraer válidamente un matrimonio bajo condiciones de futuro (sentido estricto). Las condiciones de presente o pasado vuelve válido o inválido el matrimonio, según exista o el consentimiento de la condición .

Fuerza o Miedo

Artículos 156 fracción VII, 245

Será causa de nulidad relativa cuando importen el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o parte considerable de los bienes, del cónyuges o de quienes ejercen la patria potestad o tutela y hubicra subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.

Canon 1057-2 1103

El miedo produce la invalidez; debe ser grave, extrínseco, injusto, y que sea injusto, y que sea la causa por la que sea aceptable el matrimonio. Voluntad y libertad.

Simulación

Artículo 2180

Es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real; es relativa cuando un acto jurídico se da la falsa apariencia que oculta su verdadero carácter.

Canon 1057-2, 1101

La simulación total se da cuando ambas partes, o una de ellas, excluye con actos positivos de su voluntad el matrimonio mismo.

Incapacidad General

Artículos 156 fracción VIII, IX, 247, 267 fracción VII,

El idiotismo, la imbecilidad y la locura son impedimentos dirimentes, pues no hay posibilidad del consentimiento natural. Nulidad absoluta.

Canon 1057-2, 1095-2

Son capaces para contraer matrimonio los que no tienen suficiente uso de razón. No se produce el consentimiento por algún vicio incapacidad (razón de la enfermedad mental, retraso mental, paranoia esquizofrenia etc.).

* Actualmente en el nuevo Código Civil se dice: "padecer trastorno mental incurable previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo".

Incapacidad para Celebrar el Matrimonio

Artículos 235 fracción I

Acerca de la persona con la que se contrae, cuando entendiendo contraer matrimonio con persona determinada, se contrae con otra. Nulidad relativa.

Incapacidad para Celebrar el Contrato Matrimonial

Canon 1057-2, 1095-2

Defecto grave de discreción y de juicio sobre los derechos y obligaciones esenciales del matrimonio, derechos que han de ser conferidos y obligaciones que han de ser aceptadas mutuamente. (Alcoholismo, neurosis de ansiedad, epilepsia, depresión mental, personalidad obsesivo compulsiva, personalidades pasivo dependientes/ pasivo agresiva, etc.).

Incapacidad de Vida en Comunidad

Artículo 156 fracción VIII, 246, 267 fracción VII, IX, XV, 450 fracción II

Los impedimentos de embriaguez habitual, morfinómana, uso indebido y permanente de drogas, así como las enfermedades crónicas e incurables que sean, además, contagiosas o hereditarias impide la vida conyugal y el cumplimiento de los deberes, derechos y obligaciones entre consortes. Nulidad relativa.

Canon 1057-2, 1095-3

Cuando un cónyuge no es capaz de exigir por causa de naturaleza psíquica, los derechos y asumir las obligaciones esenciales para establecer una comunidad de vida conyugal. (Personalidad antisocial, personalidad inmadura afectiva, desórdenes de la personalidad, impotencia psíquica, homosexualidad, aberraciones sexuales: ninfomanía, satiriasis, sadismo, etc.).

NULIDAD PROVENIENTE DE ACCIONES CONTRA LAS PROPIEDADES ESENCIALES

Unidad

Artículos 156 fracción y X, 243, 248 (267 fracción I)

El matrimonio es monogámico. El adulterio es un impedimento; es, también, causa de divorcio.

Cánones 1056, 1099, 1101-2, 1134

La unidad es una propiedad esencial del matrimonio. Cuando se contrae el matrimonio para llevar a cabo el acto conyugal con personas distintas al cónyuge, se contrae un matrimonio inválido.

Indisolubilidad

El matrimonio es permanente; se disuelve por el divorcio.

Cánones 1055, 1056, 1057-2, 1099, 1101-2, 1134

La indisolubilidad es una propiedad esencial del matrimonio entra dentro del objeto como, la unión para toda la vida. Si hay la intención deliberada de que el matrimonio no sea indisoluble intrínsecamente se contrae inválidamente.

Sacramento

Cánones 1055, 1056, 1099, 1101-2

El matrimonio fue elevado por Cristo para los bautizados, a la dignidad de sacramento. El acto de voluntad contra el sacramento invalida el matrimonio.

Bienes de los Cónyuges

Artículos 147 182

Cualquier pacto o condición contraria a la ayuda mutua como fin del matrimonio, se tendrá por no puesta. Será nula la cláusula, pero válido el matrimonio.

Canones 1055, 1061, 1095-2 y 3, 1101

El matrimonio está ordenado por su naturaleza al bien de los cónyuges, que se integran por el amor conyugal en el que comprende el acto conyugal y la intención del amor conyugal y por la promoción conyugal (mutua ayuda)

La intención en el momento del consentimiento, o la voluntad positiva de rechazar el amor o la promoción conyugal es limitación de un elemento esencial, e invalida el matrimonio.

Procreación y Educación de los Hijos

Artículos 147,182
Cualquier pacto o condición contraria a la perpetración de la especie se tendrá por no puesta.

Cánones 10545,1061,1069,1101
Comprende el acto conyugal apto para la generación, la prole misma y su educación. La exclusión de los elementos, o uno de ellos, invalida el matrimonio.

Como podemos ver después de esta breve comparación entre el derecho civil y el canónico encontramos tanto las solemnidades como las formalidades que se contemplan en ambos casos podemos señalar en primer término las solemnidades consistentes en acudir ante un juez o un sacerdote según sea el caso.

5.6 POR CAUSA DE PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

De conformidad con las causas señaladas en el capítulo III del Título VIII DE LA PÉRDIDA: SUSPENSIÓN Y LIMITACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

ARTÍCULOS 443.- La patria potestad se acaba:

- I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- II. Con la emancipación derivada del matrimonio;
- III. Por la mayoría de edad del hijo; y
- IV. Con la adopción del hijo.
- V. Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, o lo entregue a una 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.

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

- I. Cuando el que la ejerce sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho;

- II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 de este código;
- III En el caso de la violencia familiar en contra del menor, siempre que ésta constituya una causa suficiente para su pérdida;
- III. El incumplimiento de la obligación alimentaria (sic) por mas de 90 días sin causa justificada ;
- IV Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses sin causa justificada ;
- V. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada; y
- IV. Cuando el que la ejerce, sea condenado dos o más veces por delitos. Graves.

ARTÍCULO 444 bis.- La patria potestad podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación, tomando en cuenta lo que dispone éste Código.

ARTÍCULO 445.- Cuando los que ejerzan la patria potestad pasen a segundas nupcias, no perderán por ese hecho los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad; así como tampoco el cónyuge o concubino con quien se una ejercerá la patria potestad de los hijos de la unión anterior.

ARTICULO 446.- Derogado.

ARTICULO 447.- La patria potestad se suspende:

- I. Por incapacidad declarada judicialmente;
- II. Por la ausencia declarada en forma;
- III. Cuando el consumo de alcohol, el hábito del juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que éste sea al menor; y
- IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena ésta suspensión.

- V Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o 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.
- VI Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente.

ARTÍCULO 448.- La patria potestad no es renunciable: Pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse :

- I. Cuando tengan sesenta años cumplidos;
- II Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño.

Como podemos observar, nuestra legislación señala sobre que personas recaerá la guarda y custodia sobre la persona y los bienes de los hijos los cuales quedarán sujetos a las modalidades que dicten las resoluciones, de acuerdo a la Ley en Materia Familiar.

Pero puede darse el caso de que dicho ejercicio sea afectado a causa de una resolución judicial, cuando alguno de los cónyuges es sentenciado a la pérdida de la misma, toda vez que son éstos los titulares de la patria potestad y a los que les corresponde el ejercicio de la misma.

El artículo 414 del Código Civil, señala que la patria potestad sobre los hijos la tienen:

Primero: El padre y la madre

Segundo: Los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Debemos señalar que las personas que se encuentran sujetas a la patria potestad son todos aquellos sujetos pasivos de la patria potestad, es decir, sobre los que recae el ejercicio de la misma. El artículo 412 nos señala: 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.

Como señalamos anteriormente, el ejercicio de la patria potestad se puede ver afectado a causa de una resolución judicial de carácter civil, es decir, en los casos de divorcio o nulidad de matrimonio el Juez de lo Familiar será quien resolverá la situación de los hijos y el modo en que se ejercerá la patria potestad sobre ellos de conformidad con su criterio y las circunstancias inherentes al caso, pero siempre deberá buscar la protección de los menores de conformidad con lo dispuesto por los artículos 260, 422, 423 y 443 al 448 del Código Civil, mediante los cuales podemos observar la importancia de las obligaciones respecto a la educación y el deber de guarda, así mismo buscando proteger tanto la salud como la seguridad y moralidad de los hijos.

En el caso del divorcio cuando éste es por mutuo consentimiento, al acudir los cónyuges ante el Juez de lo Familiar competente, anexo al escrito inicial de demanda de divorcio. Deberán presentar un convenio mediante el cual se señalen todos y cada uno de los puntos por medio de los cuales se sujetarán durante el procedimiento y una vez que hayan causado ejecutoria la sentencia dictada por el juez, mediante el citado convenio, se señalará a quien de los cónyuges se le hará la designación de la guarda y custodia de los hijos menores de edad o a una tercera persona, la cual será señalada por los mismos. Como medida precautoria, el juez dictará las medidas necesarias por medio de las cuales se garantizará la subsistencia de los menores hijos, con derecho a recibir alimentos mientras que se desahoga el proceso.

En el caso del divorcio necesario, de igual forma los divorciantes podrán señalar de común acuerdo a la persona que ha de ejercer la guarda y custodia de sus hijos menores de edad, pudiendo ser uno de ellos, siendo el cónyuge que demande el divorcio quien proponga a la persona bajo el cuidado del cual quedarán los menores y siendo el Juez de lo Familiar quien resolverá en definitiva lo relativo a ésta custodia, debiendo cuidar el peligro que pudiera entrañar para el normal desarrollo de los mismos.

La sentencia mediante la cual se decreta el divorcio necesario, señalará la situación de los hijos y todo lo referente a los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad y, en su caso, la pérdida de la misma, suspensión o limitación de la misma, tomando como base todos aquellos elementos de juicio que le fueren aportados al Juez de lo Familiar, durante el procedimiento

determinando el ejercicio de la patria potestad, de acuerdo a la Ley de aquel que tenga derecho a ella; el juez previamente podrá acordar cuando le sea solicitada por los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que sea considerada para favorecer el sano desarrollo del menor, el juez podrá modificar tal resolución, posteriormente, tomando en consideración lo más conveniente para el menor.

Anteriormente se consideraba que al causar ejecutoria la sentencia de nulidad de matrimonio, los hijos varones mayores de cinco años quedarían al cuidado del padre y las hijas menores, independientemente de la edad, al de la madre, si tomamos en consideración que al contraer el matrimonio hubo buena fe de ambas partes.

De igual forma cuando sólo uno de los cónyuges hubiera procedido de buena fe, todos los hijos quedarán al cuidado de éste.

Así también, se consideraba que inclusive en los casos de divorcio, todos los hijos o hijas menores de cinco años deberían quedar al cuidado de la madre, salvo en el caso de que por las actividades desempeñadas por ésta se pusiera en peligro grave la salud o la moralidad de los hijos, tal es el caso del ejercicio de la prostitución, el lenocinio, la embriaguez o uso indiscriminado de alguna droga o cuando se padeciera enfermedad contagiosa. Las disposiciones antes mencionadas fueron reformadas en el decreto del 31 de diciembre de 1974.

Las causales de la pérdida de la patria potestad que nos señala el artículo 444 del Código Civil vigente, el cual señalamos anteriormente, se encuentran relacionadas con el artículo 38 Constitucional, que señala que deberá privarse de derechos de ciudadano al individuo, y así como lo señala el artículo 24 fracción XII del Código Penal, mediante el cual se establece como penas y medidas de seguridad la privación de derechos, de igual manera el artículo 116 del citado código señala que la privación de los derechos civiles de un sujeto prescribe en veinte años, y los demás relacionados del mismo ordenamiento legal que establecen la privación del derecho al ejercicio de la patria potestad, cuando el que la ejerce cometiera los delitos de corrupción de menores, violación cometida por un ascendiente en contra de aquel sobre quien ejerce la patria potestad, así como los delitos de lesiones que se infieren en contra del menor

sobre el cual se ejerce la guarda; el delito de abandono de persona cometido en contra de los hijos menores puede ser tanto físico como económico, entendiéndose éste como el abandono físico cuando se dejare a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o enfermo, sea entregado en una casa de expositos o cuando aquel que ejerza su guarda y custodia lo entregue a un tercero. El abandono económico es aquel en el que incurre el encargado de la patria potestad al no proporcionar al menor los medios para sus necesidades alimentarias, debiéndose entender que tiene la obligación de proporcionar alimentos a los menores los padres aún en los casos de divorcio, toda vez que los cónyuges tienen la obligación de contribuir a proporcionar alimentos de acuerdo a sus posibilidades, tomando en consideración las necesidades, subsistencia y educación de los hijos y toda vez que el incumplimiento de éste deber dará causa suficientemente justificada para decretar la pérdida de la patria potestad.

De conformidad con lo antes señalado, podemos entender que estos son motivos suficientes para privar de la patria potestad a los titulares de ésta, toda vez que podemos desprender que con su acción se está en la comisión de un delito en contra de los menores de edad, y aún cuando las conductas llevadas a cabo por los ascendentes se encuadren dentro de un tipo penal, basta que la citada conducta atente contra la salud, seguridad o moralidad de los menores para que contribuya a la pérdida definitiva de la patria potestad, debiéndose resaltar que tal privación no exime de las obligaciones inherentes a la misma.

Como hemos señalado a lo largo de éste trabajo, es de resaltar que esos deberes no son privativos del padre y la madre sino que se extienden a todo aquel que le sea decretada la guarda y custodia por mandato judicial.

Como podemos apreciar, la pérdida de la patria potestad trae como consecuencia la restricción de los derechos inherentes a la misma, quedando siempre subsistentes todas y cada una de las obligaciones que la misma represente.

5.7 VÍA INCIDENTAL EN EL CAMBIO DE GUARDA Y CUSTODIA

Una vez ejecutoriada la sentencia que pone fin a cualquiera de los juicios antes mencionados: divorcio necesario, nulidad de matrimonio, divorcio voluntario y pérdida de la patria potestad. Aquel cónyuge al cual se le haya otorgado la guarda y custodia de los menores, ya sea por el convenio de ambos o por mandato judicial, pero siendo que el que la ejerce descuide, maltrate o que estén afectando el desarrollo psicosocial y moral de los menores, debido a las malas costumbres, o que se afecte su educación o cuando se de el abandono de los deberes con lo cual se pudiera comprometer la salud, la seguridad, o la moralidad de los menores, el otro cónyuge puede acudir ante el juez que dictó la sentencia por medio de la vía incidental para solicitarle a éste tenga a bien conceder el cambio de la guarda y custodia basado en las razones antes mencionadas.

Y de conformidad con lo estipulado por el Código de Procedimiento Civiles en su artículo 88 que a la letra dice:

ARTICULO 88.- Los incidentes se tramitarán, cualquiera que sea su naturaleza, con un escrito de cada parte y tres días para resolver. Si se promueve prueba, deberán de ofrecerse los escritos respectivos, fijando los puntos sobre los que verse. Si las pruebas no tienen relación con los puntos cuestionados incidentalmente, o si estos son puramente de derecho, el tribunal deberá desecharlas. En caso de admitirlas se citará para audiencia dentro del término de diez días, diferible por una sola vez, en que se reciban las pruebas, se oigan brevemente las alegaciones, y se cite para sentencia interlocutoria.

Cabe resaltar que en éste caso el juzgador tendrá más elementos de juicio por medio de los cuales podrá dictar la resolución correspondiente con el propósito de:

- A) Otorgar al cónyuge que haya promovido el incidente la guarda y custodia de sus menores hijos.
- B) Que el cónyuge al cual le fue otorgado la guarda y custodia de los menores continúe manteniéndola.

Debemos tener a la vista que cuando es otorgada la guarda y custodia de los menores a uno de los cónyuges, ésta es sólo en una forma provisional, razón por la cual debemos resaltar que las resoluciones judiciales que se dictan provisionalmente pueden modificarse por medio de sentencia interlocutoria o, en la definitiva, toda vez que se presenten cambios a las circunstancias que dieron lugar al ejercicio de la acción que se señaló en el juicio correspondiente.

CONCLUSIONES

1. Existe una gran ignorancia en lo que se refiere a la diferencia entre la guarda y custodia de menores e incapaces y la patria potestad. Por lo que considero que es de suma importancia señalar adecuadamente lo que significa guarda y custodia y la diferencia con la patria potestad. Ya que la guarda se refiere a la acción de cuidar y vigilar a los hijos menores o incapaces.
2. Al otorgar la guarda y custodia al padre o al ascendente o a quien la autoridad correspondiente tenga a bien otorgarla deberá hacerse hincapié en los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad. Toda vez que las resoluciones judiciales referentes al otorgamiento a la custodia de menor no son definitivas, ya que la misma naturaleza de esta institución la coloca en un estado de provisionalidad la cual puede cambiar de acuerdo a las circunstancias. De ahí que sea necesario implementar una regularización exhaustiva como podría ser que dentro del DIF o el CAVI se implementara un programa por medio de trabajo social que se encargara de vigilar el cumplimiento de las determinaciones dictadas por el juez de lo familiar al decretar la guarda y custodia, la creación de mas casas de visita controlada asimismo subsanar las lagunas legales existentes en la legislación actual creando los preceptos adecuados para regular el otorgamiento de la gurda y custodia y de su ejercicio.
3. Existe una incertidumbre y ambigüedad legislativa con respecto al materia familiar, por tal razón se presentan problemas en la deficiencia de la guarda y custodia, con lo que se coloca a los menores en un estado de incertidumbre por lo que es necesario darles una solución real a estos problemas y no una solución relativa , por lo que es necesario promulgar un Código de Familia Federal para otorgar con ello una protección efectiva al principal núcleo de la sociedad que es la familia, de igual forma seria importante separar la legislación en materia familiar dela legislación civil
4. Crear los medios de defensa por conducto de los cuales sean respetados los derechos de convivencia de los hijos con los padres, sería conveniente respetar la jerarquía de las leyes aplicando los tratados internacionales ratificados por México cuando se encuentre que la ley es

omisa al respecto de la protección la convivencia de padres e hijos, implementar los mecanismos idóneos por medio de los cuales se pueda regular el derecho de visita, como pueden ser las que se han creado recientemente, denominadas casa de visitas. Por medio de las cuales se regula la convivencia de los menores con el padre no custodio. Toda vez que al violentar los del padre también se violentan los de los hijos dando una más amplia facultad las instituciones ya existentes en el sentido de la vigilancia del cumplimiento de los mandatos judiciales con respeto a la multicitada figura jurídica.

6. Buscar los medio por los cuales se garanticen el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la patria potestad. Asimismo crear las medidas de apremio aplicables al incumplimiento de las mismas y la normatividad adecuada por medio de la cual se vigile el cumplimiento de estas, otorgando las facultades pertinentes al Juez de lo Familiar para ejercer las acciones pertinentes en caso de incumplimiento de las mismas

7.-Hacer respetar los derechos del padre no custodio, puesto que la guarda y custodia de los hijos, es de suma importancia en los casos de divorcio ya que se considera una de las causas más violentas de disputas durante el procedimiento del mismo, siendo que en muchas ocasiones se utiliza a la designación de la gurda y custodia como mecanismo de venganza contra el otro cónyuge

8. Es necesario crear los medios por los cuales se vigile que cumplir los mandatos judiciales que se dicten, en cuanto al régimen de visitas del padre no custodio proponiendo crear auxiliares del Ministerio Público como podrían ser trabajadores sociales encargados de hacer visita periódica, el cual deberá constatar de forma fehaciente que se esta cumpliendo con los mismos.

9. Dejar completamente bien entendido por ambos padres cuales son sus derechos y cuales son sus obligaciones con respecto a los alimentos, convivencia, así como la educación de los menores.

10. Otorgar las garantías necesarias para el sano desarrollo de los menores e incapaces toda vez que como señalan los diversos ordenamientos legales a que se hacen referencia en el presente trabajo, el interés superior de la nación es el sano desarrollo de la infancia.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.-- **BONNECASE, Julien**, "Elementos del Derecho Civil," tr. Del Lic. José María Cajica Jr., Puebla, México, Edit. Porrúa 1945
2. – **CANOVAS ESPÍN Diego**, "Manual de Derecho Civil Español." 81. ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, Edit. Derecho 1979
3. – **CHÁVEZ ASENCIO, Manuel** "La Familia en el Derecho." Ed. Porrúa, S.A., México, D.F. 2001
4. –**CHÁVEZ ASENCIO, Manuel**, "Convenios Conyugales Y Familiares" Ed. Porrúa, S.A., México, D.F. 2001
5. –**CHÁVEZ ASENCIO, Manuel**, "La Familia en el Derecho". Relaciones Jurídicas Conyugales Ed. Porrúa, S.A., México, D.F. 2001
6. –**CHÁVEZ ASENCIO, Manuel**, "La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales "Ed. Porrúa, S.A., México, D.F. 2001
7. – **CHÁVEZ HAYHOE, Salvador**, "Historia Sociológica de México" Ed. Salvador Chávez Hayhoe, México, 1944
8. – **CHÍNOY, Ely**, "La sociedad, Una Introducción a la Sociología." Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1981.
9. – **COVIELLO, Nicolás**, "Doctrina General del Derecho Civil," tr. Felipe de J. Tena., México 1949
10. – **DE CASSO, Cervera D. Ignacio, FRANCISCO. JIMÉNEZ, Alfaro**, "Diccionario de Derecho Privado." Ed. Labor, S.A., Barcelona, 1950
11. – **De IBARROLA, Antonio**, "Derecho de Familia" 3ª. Ed., Ed. Porrúa, S.A., México, D.F., 4 ed. 1993

10. Otorgar las garantías necesarias para el sano desarrollo de los menores e incapaces toda vez que como señalan los diversos ordenamientos legales a que se hacen referencia en el presente trabajo, el interés superior de la nación es el sano desarrollo de la infancia.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.-- **BONNECASE, Julien**, "Elementos del Derecho Civil," tr. Del Lic. José María Cajica Jr., Puebla, México, Edit. Porrúa 1945
2. -- **CANOVAS ESPÍN Diego**, "Manual de Derecho Civil Español." 81. ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, Edit. Derecho 1979
3. -- **CHÁVEZ ASENCIO, Manuel** "La Familia en el Derecho." Ed. Porrúa, S.A., México, D.F. 2001
4. --**CHÁVEZ ASENCIO, Manuel**, "Convenios Conyugales Y Familiares" Ed. Porrúa, S.A., México, D.F. 2001
5. --**CHÁVEZ ASENCIO, Manuel**, "La Familia en el Derecho". Relaciones Jurídicas Conyugales Ed. Porrúa, S.A., México, D.F. 2001
6. --**CHÁVEZ ASENCIO, Manuel**, "La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales "Ed. Porrúa, S.A., México, D.F. 2001
7. -- **CHÁVEZ HAYHOE, Salvador**, "Historia Sociológica de México" Ed. Salvador Chávez Hayhoe, México, 1944
- 8, -- **CHÍNOY, Ely**, "La sociedad, Una Introducción a la Sociología." Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1981.
9. -- **COVIELLO, Nicolás**, "Doctrina General del Derecho Civil," tr. Felipe de J. Tena, México 1949
10. -- **DE CASSO, Cervera D. Ignacio, FRANCISCO. JIMÉNEZ, Alfaro**, "Diccionario de Derecho Privado." Ed. Labor, S.A., Barcelona, 1950
11. -- **De IBARROLA, Antonio**, "Derecho de Familia" 3ª. Ed., Ed. Porrúa, S.A., México, D.F., 4 ed. 1993

- 12.- **De PINA Rafael**, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, tomo I Ed. Porrúa S.A. México 1980
- 13.- **DICCIONARIO JURÍDICO** Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional De México Editorial Porrúa S.A. México 2000.
- 14.- **ENCICLOPEDIA ENCARTA 2001**, MICROSOFT, CORPORATION
15. – **EZQUIVEL OBREGÓN Toribio**. “Apuntes para la Historia del Derecho en México.” Ed. Polis, México, D.F., 1937
16. – **FLORIS MAGADÁN, Guillermo**. “Derecho Romano,” 13ª. ed., Ed. Esfinge, S.A., México, D.F., 1985
17. – **FOIGNET, René** “Manual Elemental de Derecho Romano” tr. Arturo Fernández Aguirre, Ed. José María Cajica, S.A. Puebla, México, 1948
18. – **GALINDO GARFÍAS, Ignacio**, “Derecho Civil,” 3ª. Ed. Ed. Porrúa S.A. México, D.F., 2000
19. – **JOSSERAND, Louis**, “Derecho Civil, La Familia, tr. Santiago Cuchillos y Meterola.
20. - **LEÓN, HENRI, Mazeaud, Jean** Derecho Civil, tr. Luis Alcalá Zamora Castillo Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y Cía., Buenos Aires, Primer Curso 21 , primer curso 20 ed. 2002
21. – **MARAGAS DF Jerónimo** ,Sicología del niño y el adolescente, Ed. Labor Barcelona , Madrid, 1967
22. - **MONTERO DUAHALT, Sara**, “Derecho de Familia,” 4ª. Ed. Ed. Porrúa, S.A., México, D.F., 1990
- 23.- **MLP. de LUNA Isabel**, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, 1953
24. – **OBGURN y Nimkoff**, “Sociología.” Ediciones Aguilar, S.A., Madrid, 1979.
25. – **PETTIT, Eugene**, “Tratado de Derecho Romano.” Tr. José Fernández González. Ed. Nacional, S.A. México, D.F., 1971
26. – **ROJINA VILLEGAS, Rafael**, “Compendio de Derecho Civil I,” 26ª. Ed., Porrúa, S.A., México, D.F., 31 ed. 2001, 30 ed 2000
27. – **ROJINA VILLEGAS, Rafael**, “Compendio de Derecho Civil II,” Ed. Porrúa, S.A., México, D.F., 33 ed. 2001

28. – **SÁNCHEZ MEDAL, Ramón**, Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia en México. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F., 2 ed. 1979
29. – **SOTO PÉREZ, Ricardo**, “Nociones de Derecho Positivo Mexicano,” 17ª. Ed., Esfinge, S.A. México, D.F., 1988
- 30.- **VALENCIA ZEA Arturo**, Curso de Derecho Civil Colombiano, Editora y distribuidora Jurídica tomo III Bogotá 1989
- 31.- **IZAGUIRRE De Pilar , SANCHO Fernando**, La Pareja Humana UNED. Madrid 1999

LEGISLACIONES CONSULTADAS

- 1.- **CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE AGUASCALIENTES**,
[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)
- 2.- **CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE BAJACALIFORNIA, NORTE**
[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)
- 3.- **CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA SUR**,
[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)
- 4.- **CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE CAMPECHE**
[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)
- 5.- **CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE COLIMA**
[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)
- 6.- **CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL**
[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)
- 7.- **CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE DURANGO**
[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)
- 8.- **CODIGO CIVIL FEDERAL**
[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)
- 9.- **CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUARO**
[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)
- 10.- **CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUERRERO**
[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

11.- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE HIDALGO

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

12.- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE JALISCO

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

13.- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MICHOACAN

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

14.- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MORELOS

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

15.- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE NAYARIT

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

16.- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEON

Ediciones Oficiales, 2002

17.- CODIGO CIVILES PARA EL ESTADO DE OAXACA

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

18.- CODIGO CIVILES PARA EL ESTADO DE PUEBLA

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

19.- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE QUERETARO

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

20.- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE QUINTANA ROO

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

21.- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE SINALOA

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

22.- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DESAN LUIS POTOSI

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

23.- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE SONORA

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

24.- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE TAMAULIPAS

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

25.- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE TLAXCALA

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

26.- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

27.- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE YUCATAN

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

28.- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE ZACATECAS

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

1.-CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVIL PARA EL ESTADO DE

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

2- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVIL PARA EL ESTADO DE BAJA

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

3.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVIL PARA EL ESTADO DE BAJA

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

4.-CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVIL PARA EL ESTADO DE

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

5.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVIL PARA EL ESTADO

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

6.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVIL PARA EL ESTADO DE

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

7- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVIL PARA EL ESTADO DE,

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

8.-CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVIL PARA EL ESTADO DE

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

9.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVIL PARA EL ESTADO DE

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

**10 .- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVIL PARA EL ESTADO DE
MICHOACAN ,**

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

**11.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVIL PARA EL ESTADO DE
NAYARIT ,**

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

**12- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVIL PARA EL ESTADO DE
NUEVO LEON ,**

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

**13- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVIL PARA EL ESTADO DE
OAXACA,**

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

**14- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVIL PARA EL ESTADO DE
PUEBLA,**

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

**15- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVIL PARA EL ESTADO DE
SINALOA,**

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

**16- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVIL PARA EL ESTADO DE,
SAN LUIS POTOSI**

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

**17- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVIL PARA EL ESTADO DE
TAMAULIPAS,**

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

**18- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVIL PARA EL ESTADO DE
TLAXCALA,**

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

**19- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVIL PARA EL ESTADO DE
VERACRUZ,**

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

**20- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVIL PARA EL ESTADO DE
YUCATAN,**

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

**21- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVIL PARA EL ESTADO DE
ZACATECAS,**

[htt://www.juridicasunam.mx](http://www.juridicasunam.mx)

- 22.- **CODIGO DE FAMILIA DEL ESTADO DE HIDALGO**
Editorial SISTA, MEXICO, 2003
- 23.- **CODIGO DE FAMILIA DEL ESTADO DE ZACATECAS**
Editorial ANAYA EDITORES, MEXICO, 2001
- 24.- **LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES** Editorial SISTA, MEXICO, 2003
- 25.- **LEY DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y NIÑOS EN EL DISTRITO FEDERAL,**
<http://www.juridicasunam.mx>
- 26.- **CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**
Principales declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos Ratificados por México, compilador Tapia Hernández Silverio, México 1999
- 27.-**SCJN Tesis 308** Instancia Tercera Sala Séptima época Tomo IV. Parte pag 207
Amparo Directo 4253-69 Ma. De Lourdes Castillo Hurtado 12 agosto de 1970
- 28.- **JURISPRUDENCIA 37** (Sexta Época), pag. 105 volumen 3° Sala Cuarta Parte.
Apéndice 1917/1975.
- 29.- **AMPARO DIRECTO 3040/1975.** Juan José Santiago Hernández. Febrero 11 de 1976. 5 votos Ponentes Mtr. Rafael Rojina Villegas. Tercera Sala. Informe 1976. Segunda Parte. Tesis12 pag. 15