

REPOSITORIO ACADÉMICO DIGITAL INSTITUCIONAL

La custodia compartida

Autor: Alberto Hiram Martínez Rendón

**Tesis presentada para obtener el título de:
Licenciado en Derecho**

**Nombre del asesor:
María de los Ángeles Tovar Díaz**

Este documento está disponible para su consulta en el Repositorio Académico Digital Institucional de la Universidad Vasco de Quiroga, cuyo objetivo es integrar, organizar, almacenar, preservar y difundir en formato digital la producción intelectual resultante de la actividad académica, científica e investigadora de los diferentes campus de la universidad, para beneficio de la comunidad universitaria.

Esta iniciativa está a cargo del Centro de Información y Documentación "Dr. Silvio Zavala" que lleva adelante las tareas de gestión y coordinación para la concreción de los objetivos planteados.

Esta Tesis se publica bajo licencia Creative Commons de tipo "Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada", se permite su consulta siempre y cuando se mantenga el reconocimiento de sus autores, no se haga uso comercial de las obras derivadas.





UNIVERSIDAD VASCO DE QUIROGA

FACULTAD DE DERECHO

“ LA CUSTODIA COMPARTIDA ”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

ALBERTO HIRAM MARTÍNEZ RENDÓN

ASESORA DE TESIS:

LIC. MARÍA DE LOS ANGELES TOVAR DÍAZ

CLAVE: 16PSU00160

ACUERDO: LIC9510001



MORELIA, MICHOACÁN, DICIEMBRE DEL 2006.

VALA T2454



UNIVERSIDAD VASCO DE QUIROGA

FACULTAD DE DERECHO

“ LA CUSTODIA COMPARTIDA ”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:
ALBERTO HIRAM MARTÍNEZ RENDÓN

ASESORA DE TESIS:
LIC. MARÍA DE LOS ANGELES TOVAR DÍAZ

CLAVE: 16PSU00160

ACUERDO: LIC9510001

MORELIA, MICHOACÁN, DICIEMBRE DEL 2006.

A MI MADRE:

SILVIA RENDÓN CARVAJAL
PARA LA PERSONA MÁS IMPORTANTE
DE MI VIDA, POR TU PACIENCIA,
CON TODO MI AMOR Y ADMIRACIÓN,
POR SER COMO SOLO TÚ LO PUEDES SER.

A MI PADRE:

PLÁCIDO MARTÍNEZ RODRÍGUEZ
CON CARIÑO.

A MIS HERMANOS:

JORGE Y SILVIA

CON INFINITO CARIÑO,

AGRADECIMIENTO Y ADMIRACIÓN,

LOS QUIERO MUCHO.

+ A MI ABUELITA:

LICHA

QUIEN ESTA EN MI CORAZÓN.

A MI TÍO:

LIC. RODOLFO RENDÓN CARVAJAL

CON GRAN ADMIRACIÓN Y PROFUNDO RESPETO,

ERES UN EJEMPLO.

A MI TÍA:

MA. DEL MAR PATRICIA RENDÓN CARVAJAL

SIN TÍ NO HUBIERA SIDO POSIBLE ÉSTE

SUEÑO.

A LA LICENCIADA:

MA. DE LOS ANGELES TOVAR DÍAZ
ASESORA DE MI TESIS, CON GRATITUD,
POR SU VALIOSO APOYO Y ENSEÑANZA.

A LOS LICENCIADOS:

FRANCISCO RAMOS ALEJANDRE

Y

ULISES AGUILAR TINOCO
CON GRATITUD.

A MIS COMPAÑEROS:

CON QUIENES COMPARTÍ MOMENTOS
INOLVIDABLES Y APRENDÍ CON ELLOS.

A MIS MAESTROS:

QUIENES DIERON LO MEJOR DE SÍ PARA
TRANSMITIRME SUS CONOCIMIENTOS, A QUIENES
RECORDARÉ CON GRATITUD Y RESPETO.

CON GRAN CARIÑO A LA UNIVERSIDAD VASCO
DE QUIROGA, POR TODOS LOS RECUERDOS Y
POR BRINDARME LA OPORTUNIDAD DE UNA VIDA
DIGNA Y DECOROSA, GRACIAS A LA FORMACIÓN
QUE HE RECIBIDO DENTRO DE ÉSTA.

INDICE

LA CUSTODIA COMPARTIDA

INTRODUCCION	1
<u>CAPITULO I.</u>	
EL MATRIMONIO, EL CONCUBINATO Y EL MENOR DE EDAD	
1.1 Concepto de matrimonio.	4
1.2 Concepto de concubinato.	6
1.3 Concepto de menor de edad (niño, adolescente).	9
1.3.1 El menor de edad en la Ley de Relaciones Familiares.	12
1.3.2 Situación jurídica del menor de edad en el Código Civil para el Estado de Michoacán a partir de 1936.	15
1.4 Antecedentes jurídicos del matrimonio, concubinato y del menor de edad.	17
1.4.1 La regulación jurídica del menor de edad en el Derecho Romano.	17
1.4.2 La regulación jurídica del menor en el Derecho Francés.	19
1.4.3 La regulación jurídica del menor de edad en el Derecho Germánico.	20
1.4.4 La regulación jurídica del menor de edad en el Derecho Español antiguo.	25
<u>CAPITULO II.</u>	
PATRIA POTESTAD	
2.1 Antecedentes históricos.	33
2.2 Sujetos de la patria potestad.	36
2.3 Causas de la pérdida, suspensión y limitación de la patria potestad contempladas en el Código Civil del Estado de Michoacán.	54

INDICE

LA CUSTODIA COMPARTIDA

INTRODUCCION	1
<u>CAPITULO I.</u>	
EL MATRIMONIO, EL CONCUBINATO Y EL MENOR DE EDAD	
1.1 Concepto de matrimonio.	4
1.2 Concepto de concubinato.	6
1.3 Concepto de menor de edad (niño, adolescente).	9
1.3.1 El menor de edad en la Ley de Relaciones Familiares.	12
1.3.2 Situación jurídica del menor de edad en el Código Civil para el Estado de Michoacán a partir de 1936.	15
1.4 Antecedentes jurídicos del matrimonio, concubinato y del menor de edad.	17
1.4.1 La regulación jurídica del menor de edad en el Derecho Romano.	17
1.4.2 La regulación jurídica del menor en el Derecho Francés.	19
1.4.3 La regulación jurídica del menor de edad en el Derecho Germánico.	20
1.4.4 La regulación jurídica del menor de edad en el Derecho Español antiguo.	25
<u>CAPITULO II.</u>	
PATRIA POTESTAD	
2.1 Antecedentes históricos.	33
2.2 Sujetos de la patria potestad.	36
2.3 Causas de la pérdida, suspensión y limitación de la patria potestad contempladas en el Código Civil del Estado de Michoacán.	54

CAPITULO III.-

EL DIVORCIO COMO DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL Y LA TERMINACIÓN DEL CONCUBINATO

3.1 Antecedentes históricos del divorcio.	59
3.2 Concepto de divorcio.	69
3.3 Planteamiento del problema del divorcio.	71
3.4 Clases de divorcio.	73
3.5 Causales de divorcio.	76
3.6 Antecedentes del concubinato.	82
3.7 Efectos jurídicos del concubinato.	84

CAPITULO IV.-

LA CUSTODIA COMPARTIDA Y SU EVOLUCIÓN

4.1 En España.	87
4.2 En Francia.	90
4.3 En Argentina.	94
4.4 En México.	97

CAPITULO V.

LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ESTADO DE MICHOACAN

5.1 Un tema controvertido.	103
5.2 Ventajas de la custodia compartida.	107

• CONCLUSIONES	111
----------------	-----

• PROPUESTAS	115
--------------	-----

• FUENTES CONSULTADAS	123
-----------------------	-----

INTRODUCCION

Los estudiosos del derecho se han visto en la necesidad de conocer nuevas figuras jurídicas dentro del Derecho Civil, para establecer los vínculos que fortalezcan al Derecho de Familia, ya que constituye el derecho de la vida cotidiana y rige las relaciones jurídicas del hombre desde su nacimiento hasta la muerte.

Toma una gran relevancia, pues este modelo atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocida como parentesco, entre ambos miembros se establecen derechos y deberes recíprocos.

También constituyen parte de la familia sus descendientes, aunque lleguen a faltar los progenitores, esta se ha visto afectada por una serie de problemas que amenazan con descomponerla; ya sea a través de la figura jurídica del divorcio, o en su defecto por la separación o el abandono.

Dentro del derecho de familia podemos señalar como figuras jurídicas a la patria potestad y recientemente a la Custodia Compartida, que debido a la situación que impera en nuestra sociedad se ha convertido en un tema controvertido.

La familia es considerada como núcleo de la sociedad mexicana, la cual ha sido afectada por una serie de problemas que amenazan con desintegrarla, fundamentalmente por la pérdida de valores, que dañan severamente a los hijos menores de edad, quienes son utilizados en muchas ocasiones por los padres en la defensa de sus intereses propios, como instrumentos de destrucción dentro de las relaciones familiares.

Según las estadísticas queda de manifiesto que la separación de las familias va en aumento, en donde los más afectados son los hijos

habidos en el matrimonio, y esto se observa con el crecimiento en el número de divorcios dentro de los tribunales competentes; en donde se menciona con mucha tranquilidad la situación en la que quedarán los menores de edad, pero casi nunca pensamos que la guarda y custodia implica una gran responsabilidad, bien sea el tenerla o el perderla.

Considero que dichas figuras jurídicas deben ser tratadas con mayor detenimiento, en beneficio de los hijos menores de edad, proponiendo que la Custodia Compartida sea establecido en el marco jurídico del Estado de Michoacán como una alternativa de solución al problema de los hijos, después del divorcio de sus progenitores.

La figura de la Custodia Compartida puede ir más allá del hecho de tener y conservar a nuestro lado a los hijos, y que es la oportunidad que se puede convertir en el medio más justo y seguro, ya que permite que el menor de edad pueda ser educado de manera regular y cotidiana por sus dos progenitores.

Escoger esta opción significa que los progenitores se reconocen iguales en derechos y deberes de cara a sus hijos. Esto implica que cada uno de los excónyuges tendrá que dejar al otro, el lugar que le corresponde ante sus hijos. Ya que este último tiene que compartir su vida entre los dos, para así evitar el sentimiento de derrota de uno de sus padres y la victoria del otro.

Para conocer los derechos del menor de edad y algunas de sus consecuencias, el presente trabajo lo he dividido en cinco capítulos: el primero consta de una descripción sobre el matrimonio, el concubinato, y el menor de edad, en diversas legislaciones extranjeras; el segundo capítulo aborda el tema de la patria potestad y sus alcances; el tercer capítulo se refiere al tema del divorcio como disolución del vínculo matrimonial y la terminación del concubinato y sus consecuencias; el cuarto capítulo es una reseña sobre la custodia compartida y su evolución en algunos países; el

quinto capítulo se refiere a la custodia compartida en el Estado de Michoacán; el sexto capítulo encontramos las conclusiones que arroja la presente investigación. Por último, en el capítulo séptimo plasmamos mi propuesta de establecer la figura de la Custodia Compartida en el Estado de Michoacán; que permita el cuidado moral, económico y psicológico del menor de edad para su pleno desarrollo, independientemente de la situación individual de sus progenitores.

El presente trabajo de investigación se realizó en el marco de un convenio de colaboración entre la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo y el Poder Judicial del Estado de Michoacán, a través de la Dirección Técnica del Poder Judicial del Estado de Michoacán, que es el organismo que regula en el Estado de Michoacán la custodia compartida.

La custodia compartida es un tipo de custodia que consiste en que los padres o tutores del menor de edad convienen o se obliga a la custodia compartida, es decir, que el menor de edad convive y reside alternadamente con sus padres o tutores, de manera que ambos o todos los progenitores o tutores ejercen de manera conjunta y coordinada la patria potestad o tutela, formando una familia funcional y armoniosa y se consideran a los niños y niñas como hijos o tutelados de ambos o todos los progenitores o tutores, en un régimen de custodia compartida regulado con carácter obligatorio por la ley para todos los casos que se presenten por el Poder Judicial del Estado de Michoacán.

Hay en la legislación del Poder Judicial del Estado de Michoacán un artículo que establece la custodia compartida en el caso de los padres o tutores que conviven en un régimen de convivencia armoniosa y coordinada, y que el menor de edad convive y reside alternadamente con sus padres o tutores, de manera que ambos o todos los progenitores o tutores ejercen de manera conjunta y coordinada la patria potestad o tutela, formando una familia funcional y armoniosa y se consideran a los niños y niñas como hijos o tutelados de ambos o todos los progenitores o tutores, en un régimen de custodia compartida regulado con carácter obligatorio por la ley para todos los casos que se presenten por el Poder Judicial del Estado de Michoacán.

El presente trabajo requiere actitud imparcial absoluta y relativa, así como la capacidad de análisis y síntesis para poder llegar a las conclusiones que se presentan en este trabajo de investigación.

CAPITULO I

EL MATRIMONIO, EL CONCUBINATO Y EL MENOR DE EDAD.

1.1 CONCEPTO DE MATRIMONIO

Matrimonio, es la unión estable entre hombre y mujer, convenida de acuerdo con la ley, regulada y ordenada cuya finalidad es la creación de una familia. No se trata de una creación técnica del Derecho, sino de una institución natural que el ordenamiento regula en interés de la sociedad.

Son caracteres del matrimonio según la concepción corriente en los países civilizados: a) Constituir un vínculo habitual con vocación de permanencia, dirigido, por su propia finalidad, a la convivencia y colaboración de los cónyuges en un hogar, formando una familia en cuyo seno nacerán y se cuidarán a los hijos si los hubiere, y b) Resultar de un acto jurídico bilateral celebrado en un concreto momento: la boda. Este acto se halla regulado, con carácter solemne, por la ley como creador exclusivo del vínculo reconocido por el Estado.

Hay en la disciplina del matrimonio, muy influida por el aporte del cristianismo a la cultura jurídica, un doble aspecto: el de la celebración como (intercambio de consentimientos en forma legal); y el del estado civil creado, situación de duración indefinida producida por la manifestación de tal voluntad. El modelo actual de matrimonio, en el cual el vínculo procede de un acuerdo de voluntades, no puede disolverse sin causa legal establecida por vía judicial.

El matrimonio requiere aptitud nupcial absoluta y relativa, cada contrayente debe ser apto para casarse y debe poder casarse con

la otra parte. En el primer aspecto exige ser mayor de edad y tener libertad para casarse.

La exigencia de edad puede dispensarse a quienes tengan edad núbil, que se suele establecer en los 14 años. En el segundo aspecto es impedimento u obstáculo la existencia de un vínculo matrimonial anterior vigente, así como la existencia de un próximo parentesco entre los contrayentes. Estos impedimentos son coincidentes en la práctica en todos los sistemas matrimoniales, si bien en cada uno de éstos podemos encontrar impedimentos especiales que responden a los fines de la sociedad civil o religiosa en que se enmarcan.

El matrimonio civil se autoriza por el juez encargado del Registro civil del domicilio de cualquiera de los contrayentes. Lo fundamental de la celebración del matrimonio es la manifestación del recíproco consentimiento de los contrayentes.

Se considera nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración, el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial, expresión con la que se alude al matrimonio simulado por acuerdo de ambas partes: por ejemplo, para adquirir la nacionalidad por concesión o un derecho arrendatario, o para rebajar el impuesto sucesorio. También son nulos los matrimonios que se celebren entre personas para las que existe impedimento no dispensable.

Aunque el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración, sin embargo para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil, sea la practicada por el juez en el propio libro al autorizar el matrimonio, sea transcribiendo un documento intermedio; el acta o certificación correspondiente.

Los denominados efectos personales del matrimonio se han visto afectados de un modo muy profundo respecto de las situaciones y

concepciones jurídicas anteriores, pues hoy los derechos y deberes de los cónyuges son idénticos para ambos y recíprocos, además de resultar una consecuencia directa de la superación de la interpretación formal de la igualdad y la introducción de un concepto sustantivo de la igualdad entre los cónyuges. Destacan entre ellos, aquellos que coadyuvan a la creación, consecución y mantenimiento de una comunidad de vida.

Así, los cónyuges están obligados a vivir juntos en el domicilio que ambos fijan de común acuerdo; deben respetarse, ayudarse y gobernar de forma conjunta su hogar, deben guardarse fidelidad; y en consecuencia y a su vez como paradigma de conducta, deben subordinar sus actuaciones individuales y acomodarlas al interés de la familia.

Sin perjuicio de la posibilidad lógica de que entre ellos se dé una especialización de funciones e incluso una división del trabajo, que varía en función de que la mujer y el marido trabajen fuera del hogar, ambos o uno solo de ellos, los cónyuges deben prestar su recurso económico destinado al levantamiento de las cargas familiares, conforme a un criterio de proporcionalidad para con sus respectivos ingresos y recursos patrimoniales dentro de las reglas específicas del régimen económico matrimonial que rija entre ellos.

A ambos compete por igual el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores o incapacitados y las funciones específicas de alimentarlos, cuidarlos y educarlos conforme a su capacidad y recursos económicos, obrando en todo caso y en primer término en interés del hijo.

1.2 CONCEPTO DE CONCUBINATO

El concubinato en Roma surge como la convivencia de la pareja integrada por un hombre y una mujer que viven como esposos, pero por

alguna causa política, no podían o no deseaban contraer justae nuptiae.

El concubinato fue visto como una unión monogámica socialmente aceptada que no constituía ninguna deshonra y fue admitido a la par que el matrimonio, llegando inclusive a ser una de las formas del casamiento.

La gran desventaja que tuvo el concubinato frente al matrimonio era que no producía efectos jurídicos, sólo la concepción y las prácticas sociales así como las uniones con personas de clase social inferior fueron las que distinguieron al concubinato.

Sólo se permitía tener una concubina, con lo cual el concubinato llegó a parecerse aún más al matrimonio llegando a tal grado esta semejanza que éste tipo de relación daba una apariencia de matrimonio legal que comúnmente era causa de error en los contratantes.

La relación concubinaria fue limitada en ciertos aspectos que debía reunir los siguientes requisitos:

a) Estaba prohibido entre los que hubieran contraído previamente justae nuptiae con tercera persona.

b) La prohibición se extendía a aquellos que estuvieran en los grados de parentesco no permitidos.

c) Debía existir el libre consentimiento tanto del hombre como de la mujer y no haber mediado violencia o corrupción.

d) Sólo podía darse entre personas púberes.

e) Estaba prohibido tener más de una concubina.

Hasta antes de la republica, el concubinato se visualizó como

una simple relación de hecho de la que la ley no se ocupó.

El concubinato representaba una unión estable de carácter no matrimonial constituida con una mujer con la que no se comete estupro según la Lex Julia Adulteriis.

En cuanto a los hijos nacidos de una relación concubinaria, no se creaba ningún parentesco con el padre, asumiendo la condición y el nombre de la madre, sin reconocerse aun el lazo natural habido entre el padre y los hijos nacidos de esta unión, por lo que el padre no podía ejercer la patria potestad sobre los hijos.

En el derecho Justiniano, la unión concubinaria fue vista como una relación estable con mujeres de cualquier condición o de cualquier rango social, ya fueran ingenuas o libertas, con las que no se desea contraer matrimonio. La legislación justiniana eliminó los impedimentos matrimoniales de índole social, por lo que el concubinato se estableció como una cohabitación estable de un hombre con una mujer de cualquier condición social sin que exista la *affectio maritali*.

Fue hasta esta época que se reconoció el lazo entre el padre y los hijos producto del concubinato, ya que se legisló el derecho del padre a legitimar a estos hijos y reconoció el derecho de éstos a recibir alimentos así como también algunos derechos sucesorios. Del latín *concubinatus*, comunicación o trato de un hombre con su concubina. Se refiere a la cohabitación más o menos prolongada y permanente entre un hombre y una mujer solteros, hecho lícito que produce efectos jurídicos.

Se le considera como uno de los problemas morales más importantes del derecho de familia y es tratado como un acto jurídico, es decir, es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son

reconocidas por el ordenamiento jurídico, al cual sólo se le reconocen algunos efectos.

La primera posición que ha asumido el derecho en relación con el concubinato, ignorándolo de manera absoluta, implica una valorización moral, por cuanto que ni se le considera un hecho ilícito para sancionarlo, ni tampoco un hecho lícito para que produzca relaciones jurídicas entre las partes.

1.3 CONCEPTO DEL MENOR DE EDAD (Niño y Adolescente)

Niño

El niño no es solamente una persona sino un concepto, en el hecho que toda cultura tiene su propia idea y expectativa particular del niño. De este modo, el concepto del niño en una cultura motivada por la adoración a los ancestros es radicalmente diferente al concepto de la cultura actual.

El niño nace en una cultura y es amado y honrado en tanto que cumple las expectativas de esa cultura.

La imagen de la infancia ha cambiado con el paso de los siglos: no ha sido ni unívoca ni eterna sino que ha existido una relatividad cultural de la naturaleza infantil. Históricamente los derechos y la condición de la mujer, los niños y las niñas han dependido esencialmente de las leyes y las costumbres de los diferentes países.

En el siglo XX, el concepto de niño comienza a ampliar su contenido, pasando de ser considerado como mero objeto de propiedad a ocupar un lugar en el conjunto de los sujetos a quienes se les reconoce una personalidad jurídica, lo cual les hace acreedores de unos derechos y deudores de unas obligaciones.

Por lo tanto, el concepto de niño como sujeto de derechos y obligaciones constituye el elemento básico y determinante de la noción "derechos del niño". En este momento, el niño pasa a ser una persona con necesidades, aspiraciones, deseos e intereses; se convierte en titular de derechos y deberes, de tal forma que se le identifica como ser individualizado, diferente del resto del grupo.

En consecuencia, se rechaza la existencia de un derecho subjetivo del padre sobre el hijo por el mero hecho de la procreación, y se ubica al niño en su status de ser humano en evolución.

Adolescente

La adolescencia es una etapa de transición que no tiene límites temporales fijos. Ahora bien, los cambios que ocurren en este momento son tan significativos que resulta útil hablar de la adolescencia como un periodo diferenciado del ciclo vital humano. Este periodo abarca desde cambios biológicos hasta cambios de conducta y status social, dificultando de esta manera precisar sus límites de manera exacta.

La adolescencia comienza con la pubertad, es decir, con una serie de cambios fisiológicos que desembocan en plena maduración de los órganos sexuales, y la capacidad para reproducirse y relacionarse sexualmente.

El intervalo temporal en que transcurre comienza a los 11-12 años y se extiende hasta los 18-20. Sin embargo no podemos equiparar a un niño de 13 con uno de 18 años; por ello hablaremos de "adolescencia temprana" entre los 11-14 años (que coincide con la pubertad), y luego de un segundo periodo de "juventud" o "adolescencia tardía" entre los 15-20 años; su prolongación hasta

llegar a la adultez, dependerá de factores sociales, culturales, ambientales, así como de la adaptación personal.

En la adolescencia temprana, el individuo continúa la búsqueda de independencia pero con nuevo vigor y en nuevas áreas. Desea más privilegios y libertades, como también, menos supervisión adulta. Quiere parecerse a los otros por la sensación de encontrarse fuera de lugar con respecto a ellos. Sus diferencias individuales son más marcadas, pero su calidad de individuo único todavía no es completamente entendida ni aceptada.

El adolescente mayor comparte muchas de las preocupaciones del adolescente temprano, pero además tiene el problema de hacerse un lugar en la sociedad adulta, siente la obligación de encontrar una identidad propia.

En resumen, se puede afirmar que el joven adolescente se preocupa de quién y qué es, y el adolescente mayor, de qué hacer con eso.

En sociedades diferentes a la nuestra y también en la misma sociedad occidental, en otros tiempos, la adolescencia puede, o podía, darse por terminada con el matrimonio y la entrada en el mundo laboral.

En la actualidad, y dentro del contexto occidental, la generalizada demora del momento del matrimonio, la situación de prolongación de los estudios y, sobre todo, el desempleo juvenil, ha hecho difícil la delimitación final de la edad adolescente; en definitiva la sociedad occidental ha contribuido a alargar la adolescencia mucho más de lo habitual que en otras sociedades. Lo recientemente acotado, es una realidad hoy en día en nuestro país. Los cambios biológicos marcan el inicio de la adolescencia, pero esta no se reduce a ellos, sino que se caracteriza además por significativas transformaciones psicológicas y sociales.

1.3.1 EL MENOR DE EDAD EN LA LEY DE RELACIONES FAMILIARES.

Mediante la Ley Sobre Relaciones Familiares (9 de abril de 1917), se da una mayor protección al menor de edad, ya que se establecen disposiciones de verdadera importancia sobre esté. Aparece la figura de la adopción en el Derecho Civil Mexicano "con lo cual se trata de dar hogar, afecto y orientación a aquellos menores que carecían de ello.

Se concedió la acción de investigar de la paternidad, no sólo en los casos de violación o rapto, sino también cuando existiera la posesión de estado de hijo natural o un principio de prueba por escrito".¹ A través de la Ley sobre Relaciones Familiares de 9 de abril de 1917, desaparece finalmente la distinción que existía entre los hijos naturales y los hijos espurios (adulterinos).

Al igual que en la legislación Mexicana (Códigos Civiles del estado Mexicano de los años 1870 y 1884), también en la Ley sobre Relaciones Familiares.

Dicha ley contempla el requisito para no ser considerado menor de edad, que era el haber cumplido los 21 años.

Ya dentro de está ley, la patria potestad era ejercida primeramente por los padres del menor, a falta de éstos, por los abuelos paternos, y por último eran considerados los abuelos maternos, como podemos observar del artículo 241 de la Ley sobre Relaciones Familiares, que a la letra señala.

Artículo 241.- La patria potestad se ejerce:

¹ CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel, "La Familia en el Derecho", Tomo I, Ed. Porrúa, México 1984 p. 62.

I. Por el padre y la madre,

II. Por el abuelo y la abuela paternos, y

III. Por el abuelo y la abuela maternos.

Para el caso de que faltara o existiera impedimento de todos los llamados preferentes entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en el artículo anterior.

Una de las diferencias que la Ley sobre Relaciones Familiares tiene con los códigos civiles antes vistos, es aquella que ya no habla en cuanto a que sólo el padre es quien tiene la facultad de educarle, corregir y/o castigar mesuradamente, al menor, ya que en esta ley se menciona, los que ejercen la patria potestad, es decir, se le daba la facultad también a la madre y a los abuelos para corregir o castigar al menor que estuviera bajo su patria potestad.

Como ya se hizo notar al principio de éste capítulo, en relación a la situación jurídica de los menores de edad en la Ley sobre Relaciones Familiares, respecto a la patria potestad, era en su mayoría la que prevalecía de los códigos civiles, anteriores a ésta, aunque ya con algunas diferencias como las que me permito señalar a continuación:

- La patria potestad, ya no sólo se ejercía sobre los bienes de los hijos legítimos, de los hijos legitimados, de los naturales, sino en esta ley ya aparecen también sobre los hijos adoptivos.
- Ya no sólo se ejercía en primer lugar la patria potestad por el padre, sino también por la madre, y a falta de éstos, entran en segundo término los abuelos paternos y por último los abuelos maternos.

En la Ley sobre Relaciones Familiares se tomó más en cuenta la importancia de la mujer, pues ya no era el padre quien ejerce sólo la patria potestad, sino que conforme a ésta ley, ahora lo hacía conjuntamente con la esposa, es decir, con la madre de los hijos.

Ahora bien, tomando en cuenta el contenido de las consideraciones hechas por Don Venustiano Carranza, en la ley sobre relaciones familiares, me permito transcribir la parte correspondiente a la patria potestad del menor de edad, como sigue:

"...Que en cuanto a la patria potestad, no teniendo ya por objeto beneficiar al que la ejerce y teniendo en cuenta la igualdad de derechos entre hombre y mujer, se ha creído convenientemente establecer que se ejerza conjuntamente por el padre y a la madre y en defecto de éstos por abuelo y abuela, pues ningún motivo hay para excluir de ella a la mujer que, por razones naturales, se ha sacrificado por el hijo más que el mismo padre y ordinariamente le tiene más cariño, y que asimismo por lo que respecta a los bienes del hijo, se ha creído oportuno suprimir la clasificación establecida por el código civil, la cual no es sino reminiscencia de los peculios que establecía el derecho romano y no tenía más objeto que beneficiar al padre, por todo lo cual se ha creído conveniente establecer que los bienes del hijo sean administrados de acuerdo por los ascendientes que ejerzan la patria potestad, quienes en cualquier caso disfrutarán como remuneración por sus trabajos, la mitad del usufructo de dichos bienes, mitad que será divisible entre ambos ascendientes..."²

Concretando lo anterior, y para finalizar el estudio de la Ley sobre Relaciones Familiares en cuanto a la patria potestad de los menores hijos, y comparándolo con los Códigos Civiles de 1870 y 1884, nos damos cuenta de la importancia de la mujer fue tomada más en consideración.

²Ley Sobre Relaciones Familiares, Ed. Andrade, 3º edición, México, 1980, p 6.

Al tenerle en igualdad de derechos que a los del cónyuge, ya que conjuntamente ambos ejercerían la patria potestad sobre los menores hijos, lo cual creemos que eso llevó a éstos últimos, a que se pudieran identificar más con sus padres, dándoles así confianza, al notar que ambos se preocuparían en educarlos, corregirlos, representarlos etc., y no que solo vieran al padre como una persona a la cual sólo deberían obedecer, ya que inclusive la propia cónyuge tenía que someterse al propio mando del esposo, sabiendo que no podía ejercer sobre sus hijos la patria potestad, salvo en casos en que la ley lo permitía, hasta antes de ésta ley.

1.3.2 SITUACIÓN JURÍDICA DEL MENOR DE EDAD EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MICHOACÁN A PARTIR DE 1936.

Dentro del código civil de referencia se trata por primera vez el concubinato, y se establece una presunción para considerar quienes son hijos de concubinario y la concubina, prevista en su artículo 338.

Se aprecia un plano más igualitario en cuanto a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, eliminando el calificativo de legítimos e ilegítimos respectivamente.

"Se procuro que unos y otros gozaren de los mismos derechos pues es una irritante injusticia que los hijos sufrieran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos únicamente porque no nacieron de matrimonio de lo cual ninguna culpa tienen..."³

El código civil vigente en el Estado de Michoacán, ha sufrido diversas reformas, de las cuales sobresalen para el tema las siguientes:

³ Código Civil para el Estado de Michoacán, Cuadernos Michoacanos de Derecho, 2º época, año 17, 2004.

a) Se cambia a 18 años la mayoría de edad, por la de 21 años artículo 577.

b) El juez determinará sobre el ejercicio de la patria potestad, en cuanto al orden en que serán llamados los ascendientes, se elimina la preferencia de los abuelos paternos sobre los maternos (art. 367).

Ya aquí la patria potestad no es renunciable; pero para aquellas personas a quienes corresponde ejercerla, y quieran excusarse, pueden hacerlo cuando hayan cumplido los sesenta años, o bien cuando por alguna enfermedad no puedan atender debidamente a su desempeño.

Actualmente dentro de nuestra legislación mexicana, como análisis de la situación jurídica del menor de edad, partiendo del momento de la concepción del individuo hasta que llega a la mayoría de edad, podemos señalar lo siguiente:

Dentro de la situación jurídica del menor, cabe preguntarnos, ¿A partir de qué momento comienza dicha protección?, la respuesta la tiene el artículo 16 del Código Civil para el Estado de Michoacán, que textualmente señala:

a) Son personas físicas los seres humanos, quienes adquieren la capacidad jurídica por el nacimiento y la pierden por la muerte; pero desde su concepción tienen derecho a la protección de la ley. "Lo que quiere decir, que la protección jurídica del menor comienza desde que está en el "ventre materno", es decir, a partir del momento en que es concebido en el vientre materno. Este ser humano desde el Derecho Romano ha sido llamado "nasciturus", que significa el que va a nacer".⁴

⁴ GALINDO GARFIAS, Ignacio, "Derecho Civil Primer Curso", Ed. Porrúa, México 1990, p. 311.

1.4 ANTECEDENTES JURÍDICOS DEL MATRIMONIO, CONCUBINATO Y DEL MENOR DE EDAD

1.4.1 LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN EL DERECHO ROMANO.

Dentro del Derecho Romano al menor se le dio un trato especial; se dictaron normas cuya finalidad era proteger al menor en su persona y bienes, en virtud de su inexperiencia como consecuencia de su minoría de edad.

En tal sentido Max Kayser, expresa: "El hombre es libre desde su nacimiento, jurídicamente capaz y puede aún siendo niño, adquirir derechos, siempre que para ello no se requiera cooperación".⁵ Dentro de la legislación romana, existió una clasificación del menor de edad, en razón de su edad, y se clasificaron de la siguiente manera:

A) El Nasciturus.- Dentro del Derecho Romano, la protección del ser humano comenzaba desde que se encontraba en el vientre de su madre.

"El derecho clásico nos presenta la regla "nasciturus pro iam nato habetur, siempre y cuando esta ficción le aproveche".⁶

La cual explica el maestro Floris Margadant de la forma siguiente: "Si por ejemplo instituyó heredero al hijo de Livia, y en el momento de la apertura de mi testamento resulta que Livia no tiene hijos, pero está embarazada deberá concluirse a falta de dicha ficción, que no habría heredero testamentario alguno de mis próximos parientes. En cambio con fundamento en la citada ficción, el hijo ya concebido pero no nacido llega a ser heredero siempre y cuando nazca vivo y viable."⁷

⁵ KAYSER, Max, "Derecho Romano Privado", Instituto Editorial Reus, Madrid 1968 p. 89.

⁶ FLORIS MARGADANT, Guillermo, "El Derecho Privado Romano", Ed. Esfinge, México 1986, p. 119.

⁷ Ibidem, p. 120.

B) El infans.- Los niños menores de siete años que no podían pronunciar las palabras propias de los actos formales, carecían de capacidad de obrar y por lo tanto no podían celebrar negocios jurídicos válidos.

El derecho estableció la figura de tutor, quien debe realizar los actos jurídicos en los que el pupilo tuviera interés, a fin de evitar que este último, al hacerlo personalmente y como consecuencia de su inexperiencia, sufriera un detrimento en su patrimonio. Contrariamente a lo que sucede en el derecho actual, el tutor romano sólo podría ocuparse de cuestiones patrimoniales, sin poder intervenir en asuntos que se relacionarán con la salud o educación de su pupilo.

C) El Impúber.- Podría celebrar por sí mismo todos los negocios que mejoraran su posición, tales como aceptar donaciones onerosas o legados, pero en aquellos actos jurídicos en que pudieran resultar perjudicado, la ley establecía que debía contar con un tutor, al igual que en caso de los infantes, dicho tutor podía ser designado por testamento, por vía legítima o por nombramiento oficial.

Se otorga al menor un cierto grado de participación, ya que se requería de su presencia en los actos que el tutor considerara prudente, a fin de prepararlo paulatinamente para su futura gestión independiente.

El minor Vigintin Quinqué Annis. Finalmente se encuentra el menor de veinticinco años, cuando un joven romano llegaba a la pubertad, en virtud de estar en posibilidad de tener hijos propios, la tutela se extinguía; pero el derecho a fin de no dar un paso brusco de la minoría a la mayoría de edad, establecía la figura de la curatela, por la cual un adulto con conocimientos, asistirá al menor en los negocios jurídicos que realizara.

1.4.2 LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN EL DERECHO

FRANCÉS

En el derecho francés, durante la edad media, por algún tiempo la mayoría de edad se estableció entre los doce y catorce años, en la época de la pubertad.

"Sin embargo los jóvenes estaban protegidos en cierta forma de su inexperiencia, por virtud de la cohesión existente en la vida familiar. Posteriormente se admitió el ejemplo del Derecho Romano, donde aparece la regla de que el hijo no adquiere la plena capacidad civil sino hasta los 25 años".⁸

Legislación Post-Revolucionaria

Arangio Ruiz Vicente; señala en su obra, que en la legislación francesa después de la revolución, quedó establecida la mayoría de edad para toda persona a los 21 años; criterio que fue mantenido por los redactores del Código Civil Francés.

Sin embargo Ruiz Vicente al comparar estas disposiciones con las correlativas en el Derecho Romano, hace una fuerte crítica en su obra "Historia del Derecho Romano" y propone una solución.

La crítica es en el sentido de que se pasa al individuo bruscamente de un estado de incapacidad completa o casi incompleta a otro de capacidad plena, lo cual, implica la libre disposición de su persona y de sus bienes, contrario a lo que sucede en el Derecho Romano que como se ha señalado en párrafos anteriores, la capacidad se va adquiriendo poco a poco, de acuerdo con la edad, dándole oportunidad al individuo de contar con una mayor experiencia cuando llegue a la mayoría de edad.

⁸ ARANGIO Ruiz, Vicente, "Historia del Derecho Romano", Instituto Editorial Reus, Madrid España, 1943, p. 7

La solución propuesta a fin de evitar que por virtud de un cambio tan brusco sufra las consecuencias de su inexperiencia, es seguir un similar al romano, tomando como ejemplo la figura de la emancipación, entendida como "el acto que confiere al menor a partir de cierta edad, 15 o 18 años, el gobierno de su persona y una especie de semicapacidad que consiste en la aptitud para realizar por sí solo los actos menos peligrosos de la vida jurídica; además el menor emancipado figura en persona en toda clase de actos, el es quien obra con el concurso de un curador que no tiene la función de representarle como el tutor, sino la de asistirlo".⁹

Entendida de esta manera, es decir que tenga lugar a partir de los 15 o 18 años y sin que sea requisito previo el matrimonio de los menores (y como sucede en la actualidad), se comprende de inmediato que la emancipación parece estar destinada a servir de transición útil entre la minoría y la mayoría de edad.

1.4.3 LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL MENOR DE EDAD EN EL DERECHO GERMÁNICO

Dentro del Derecho Germánico la familia propiamente dicha es un grupo más reducido en el que priva una organización militar, el marido ejerce sobre la esposa desde el momento del matrimonio una potestad llamada "munt", en el que más tarde quedan involucrados los hijos, como en Roma, la patria potestad solamente la ejerce el padre y sus facultades de corrección pueden llegar hasta la pena de muerte, así, si sorprende a su hija en adulterio en el hogar paterno, la puede castigar en la forma que él quiera. La aptitud para las armas es la que hace al hijo entrar en la mayoría de edad. El padre puede ejercer el comercio de las hijas, y el de la patria potestad que tiene sobre ellas; además sólo pueden contraer matrimonio con su consentimiento.

⁹ Ibidem, p. 9

El contacto entre Germania y Roma influyó en la descomposición familiar de la primera, pues llegó a acostumbrarse el divorcio, por otra parte esta influencia fue mutua, según veremos más adelante.

Como se mencionó la familia sufre una marcada influencia militarista, que se da en el espíritu del pueblo germánico de todas las épocas; sin embargo, "la patria potestad se fue suavizando con el transcurso del tiempo e influyó para que a su vez se suavizara la "auctoritas patri" en la familia romana".¹⁰

Caen bajo la tutela en Germania "los que estando desprovistos de protección no se encuentran ligados por el "mundium" del padre o del marido, así también los ciegos, sordos, débiles de espíritu, locos y viejos, cuando no pueden realizar determinadas maniobras, están bajo el "mundium" del pariente varón más próximo".

Entonces el "mundium" es la potestad que los mayores de edad ejercen sobre la mujer, sobre los hijos menores y sobre los incapacitados, de donde los sujetos a tutela lo están por el sexo, por la minoría de edad, y por incapacidad. La tutela sobre las mujeres, a semejanza de Roma, es por toda la vida y con las mismas peculiaridades. Los menores estaban sujetos a ella hasta que no hubieran cumplido los años del "mundium" propio, y los términos para alcanzar la mayoría de edad variaron según los troncos, los más antiguos son de diez y doce años que se fueron haciendo mayores hasta alcanzar los quince y los dieciochos años. La tutela recaía de acuerdo con la costumbre en el más próximo pariente, así podía ser tutor el hermano mayor y siguiendo las modalidades romanas, la finalidad de esta designación se hacía con miras a garantizar sus derechos hereditarios sobre los bienes del hermano menor, de tal manera que podía confundir esos bienes con los suyos hasta la mayoría de edad del tutelado.

¹⁰ Diccionario de Derecho Privado. Ed. Labor, Tomo II, Barcelona, España, 1950 p. 935

Como la transmisión del "mundium" no podía operarse más que conforme a la costumbre, no se conocía la tutela dativa ni la testamentaria, difiriéndose la que ha quedado descrita que era sin género de duda igual que la legítima de Roma, solamente en provecho del tutor."¹¹

La tutela en sus orígenes pertenecía a la "sippe" y por ello "fue un derecho conjunto de todos los parientes hasta el séptimo grado, que agrupados en forma de asamblea designaban un tutor para que administrara los bienes del menor, de acuerdo con las determinaciones de la propia asamblea; otro tutor se encargaba de la persona del pupilo, siendo designado por sus parientes, que pertenecieran a los cuatro troncos procedentes de sus cuatro abuelos, estando las funciones de ese tutor también dirigidos por la "sippe".¹²

A ésta, además de la vigilancia de las funciones de ambos tutores; le correspondía dar consentimiento para el matrimonio del menor y para que pudiera enajenar sus bienes; podía también destituir al tutor por la mala administración.

"Después el poder público concurre con la "sippe" en el ejercicio de las funciones tutelares, iniciándose esta concurrencia en las ciudades. Ello acontece de preferencia donde la "sippe" tiene poca importancia. En ocasiones la influencia de ésta llegó a ser tan atenuada, que quedó reducida a un órgano de administración, que mucho se asemeja al actual consejo de la familia de algunos derechos, por lo que se considera que éste tiene en el derecho germánico un antecedente".¹³ Según las concepciones del Derecho Alemán el padre tenía la Munt sobre el hijo que significaba un derecho y un deber de protección, por inclusión de la administración y disfrute del patrimonio del hijo.

¹¹ RODRIGUEZ-ARIAS, Lino, "La Tutela", Ed. Bosch, Madrid España, 1954, pp. 62,63.

¹² Ibidem, p. 63.

¹³ BRUMER, "Historia del Derecho Germánico", p. 235, cit. Por Rodriguez-Arias Lino, p. 64.

Según las concepciones del Derecho Alemán el padre tenía la Munt sobre el hijo que significaba un derecho y un deber de protección, por inclusión de la administración y disfrute del patrimonio del hijo.

La potestad que ejercía el padre no era vitalicia como en el derecho romano, sino que bajo el nombre de la emancipatio juris germanici, terminaba cuando el hijo ya crecido comenzaba una vida económicamente independiente.

El Derecho Germánico conoce también una potestad materna sobre el hijo que, mientras vive el padre, aparece oculta por el derecho de éste, haciéndose valer después de la muerte del mismo.

Ahora bien, ante todo en el derecho común inspirándose en el antiguo derecho alemán se reconocía la institución de la llamada tutela paterna.

En virtud de la cual el padre había de administrar a modo de tutor todo patrimonio del hijo, sin estar sujeto; sin embargo, a las especiales limitaciones y obligaciones de un tutor, por ejemplo al requisito de la aprobación supertutelar para las enajenaciones.

En el derecho común, por el contrario, no se hablaba en modo alguno de patria potestad a favor de la madre.

Una vez muerto el padre se había de constituir la tutela sobre el hijo.

Aquí ya la madre adquiere el derecho a ser nombrada tutora, pues si el padre fallecía sin haber nombrado tutor a los menores hijos, la madre tenía el derecho de ser designada tutora, la cual tenía que prometer judicialmente en no volver a contraer nupcias, renunciar de

los llamados beneficios de la mujer y empeñar expresamente todo su patrimonio a favor de los hijos.

"La facultad que el código alemán concede a los tribunales de tutelas para adoptar medidas discrecionales en interés de los hijos, entre ellas la de privar al padre del cuidado de la persona del hijo o limitarlo en este cuidado, tiene alguna analogía con las que competen en derecho español a los tribunales tutelares del menor.

Corresponde a estos, en efecto, la facultad de suspender el derecho a la guarda y educación de los menores de 16 años y la acción tutelar sobre las personas de los menores protegidos con dicha suspensión.

En ejercicio de esta facultad protectora, el tribunal podrá adoptar las medidas de requerimiento de imposición de vigilancia y suspensión del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación del menor, ordenando, en su caso, que éste sea confiado a la correspondiente junta de protección de menores o una persona, familia, entidad o establecimiento, excepto si se trata de la protección de menores, nombrará un delegado o encomendará la vigilancia del guardador a las mencionadas juntas de protección".¹⁴

"La previsión contenida en el artículo 1636 del Código Germánico, concediendo al cónyuge a quien no compete el cuidado de la persona del hijo la facultad de tratar personalmente con éste, no existe en las leyes patrias, así y todo, entendemos que no puede ser negado al privado de la patria potestad el cual, por expresa declaración del artículo 73, no queda exento de las obligaciones derivadas del vínculo paterno, el derecho en una u otra forma ejercitado, de visitar a sus hijos y mantener con ellos correspondencia".¹⁵

¹⁴ ENNECCERUS, Ludwig, "Tratado de Derecho Civil", Derecho de familia, Barcelona España, Ed. Bosch, Tomo IV, p. 110.

¹⁵ Ibidem, p. 133.

Una de las formas de extinguir la patria potestad, se daba cuando el hijo mayor adquiría una posición económica separada del padre, y los mismos cuando el hijo mayor explota un negocio propio o es investido de un cargo público, aunque aún recibiese apoyo del padre. Mientras que la hija se eximía de la patria potestad por el matrimonio si se casaba con el consentimiento del padre otorgado por éste o por el juez; sin embargo, mientras la hija es menor y hasta su mayoría, el padre conserva ciertos derechos tutelares.

1.4.4 LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN EL DERECHO ESPAÑOL ANTIGUO.

Dentro de la investigación llevada a cabo en cuanto al derecho español antiguo, llamo mi atención la obra de Julio Ficker, respecto al estudio que hace del menor de edad, de la cual me atrevi a transcribir textualmente varios puntos que considero importantes, y son parte de los antecedentes jurídicos del menor en la Legislación Española. Entre los españoles de los primeros tiempos hay que prescindir de la patria potestad propiamente dicha y a partir totalmente de la potestad de padre y madre.

Encargado de esta potestad, lo es sobre todo el padre, como se explica fácilmente por el poder dominical que el matrimonio confiere al padre; sin embargo muchas veces, ya durante la vida del padre, se impone inmediatamente el mismo derecho de la madre en algunas relaciones.

La patria potestad ejercida sobre todo por éste no pasa a su más próximo pasado agnado, sino que se manifiesta como propia de ambos cónyuges por el hecho de pasar íntegramente a la madre, que la conserva mientras no pasa a segundas nupcias, y posteriormente se dice expresamente de ella, que le competen frente a los hijos todos los derechos del padre. En todo caso si hay alguna diferencia, por lo menos se deduce que la potestad de la madre no es una simple tutela

de edad; así, aunque se diga que la potestad del padre no cesa hasta la muerte y que la de la madre alcanza hasta la edad de los veinticinco años.

El hermano mayor de edad no es llamado hasta que ya no vive ninguno de los abuelos. Nada hay que se oponga a la hipótesis de que esto fuera ya así en el derecho primitivo.

Cuando a falta de abuelos y de hermanos, aparece la institución que se ha de llamar tutela en la comunidad de la gens, al lado de algunas variantes aisladas, no encontramos la menor preferencia de la gens paterna sobre la materna.

Por lo que hace a la parte de la tutela, el derecho español la concede a la mujer, como lo prueba sobre todo la potestad tutelar que se confiere a la madre, en cambio de una tutela pasiva a la que pudiese haber estado sometida la mujer por razones de sexo, apenas cabe hablar entre los españoles. Si la mujer casada está sometida al poder dominical del marido, es debido exclusivamente a la situación especial de la mujer casada, y no por razón de su sexo.

Si la hija menor y aun la mayor están sometidas a la potestad de los padres hasta su casamiento, podría verse en eso una tutela por razón del sexo cuando en relaciones semejantes no se aplicase lo mismo al hijo, y no es éste el caso.

Corresponde dicha potestad en primer lugar al padre y en defecto de éste a la madre. Este último particular, tomado de la ley de matrimonio civil de 1870, representa un progreso sobre el sistema romano que había penetrado por conducto de las partidas en el derecho castellano, haciendo necesaria a la muerte del padre y aun viviendo la madre la constitución de la tutela. Pero, de todos modos, la patria potestad de la madre está regulada con trazos menos progresivos que los del Código Alemán y es inferior a la del padre,

aun llegado el caso de su ejercicio, al imponer a la madre bínuba la medida de la pérdida del derecho que no existe para el padre.

En el derecho español antiguo, el mayor de catorce años podía hacer testamento. El menor de edad no podía prestar juramento en juicio ni comparecer sin tutor, ni ser compelido a ir a la guerra, ni adoptar a otro hijo, y para ser adoptado la edad máxima era de dieciséis años. En la antigua España los menores de veinticinco años que deseaban casarse, tenía que ser con el consentimiento de sus padres, en su defecto de la madre, de los abuelos o de los parientes más cercanos, y faltando éstos, los tutores, debiendo en estos dos últimos casos obtenerse la aprobación judicial.

Los españoles, cuyos padres o tutores vivieran en España o en otro reino de Indias, podían solicitar directamente la licencia de la autoridad judicial. Durante los tres primeros años de la vida del menor, la obligación de la crianza era de la madre, como en el caso de cuando ella era rica y el padre pobre.

En el derecho español, no están previstas las generalidades de limitaciones que impone el código Alemán, respecto al derecho del padre de cuidar la persona del hijo y representarle, salvo la que se refiere al caso de colisión de intereses entre el padre y el hijo, que motiva en el código patrio una representación excepcional, confiada a una persona llamada defensor.

Siempre que en algún asunto el padre y la madre tuvieran un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombraba a éstos un defensor que los representara en juicio y fuera de él. Aunque cabe señalar que la figura de este representante especial, es nueva en el derecho español, tiene su antecedente remoto en el llamado "curador ad litem", que se nombraba a quién estaba sometido a la patria potestad, a la tutela o a la curatela, cuando el padre, tutor o curador no podía representarlo en juicio.

El régimen legal sobre el nombramiento de defensor para el hijo a la patria potestad era el siguiente:

a).- Legitimación para solicitar el nombramiento.- La designación del defensor puede tener lugar a petición del padre o de la madre, del menor, del ministerio fiscal, o de cualquier persona capaz de comparecer a juicio.

b).- Nombramiento de defensor. Depende de si ambos padres tienen planteado el conflicto o sólo alcanza a uno de ellos.

Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por ley, unilateralmente, y sin necesidad de especial nombramiento, representar al menor.

Si ambos padres tuvieran intereses opuestos, el juez nombrará defensor al pariente del menor a quien en su caso correspondiera la tutela legítima y, a falta de este o cuando tuviere intereses contrapuestos, a otro pariente o a un extraño.

c).- Las facultades del defensor variaban según quien fuera la persona designada por el juez.

- Si uno de los padres no tuviera interés opuesto al de su hijo, a él le corresponde su representación, sin necesidad especial de nombramiento, lo que significa que ejercerá su función dentro de los límites normales que establecen el código.

- Si el defensor fuera otra persona, tendrá las facultades que señale el juez.¹⁶

¹⁶ RUIZ Serramalera, Ricardo, "Derecho de Familia", Ed. Comares, Madrid 1988, pp. 387, 388

Ahora bien en cuanto a la forma de corregir a los hijos, ésta si estaba reconocida por la legislación española, la cual otorgaba al padre, o en su defecto a la madre, la facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente, sin señalar específicamente cuales eran los medios que se podían utilizar a este fin. Ya que la dureza excesiva en el trato de los hijos podía ser por un lado causa de privación o suspensión de la patria potestad, y por otro el que se constituyera un delito o falta.

El jurista Jean Carbonier, en su obra de "Derecho Civil",¹⁷ señala que el derecho de corrección se configuraba como la sanción de las prerrogativas de la autoridad paterna, la cual asumía las dos modalidades siguientes:

a).- Derecho de corrección por vía judicial, consistente en la facultad que tenía el padre de solicitar el internamiento del menor en un establecimiento educativo o en otro establecimiento adecuado mediante la pertinente orden judicial.

b).- Derecho de corrección ejercitado domésticamente, tomando en cuenta que la vocación al auxilio judicial sólo se reservaba para aquellas situaciones en que el padre tenía sólidos motivos de descontento, reconocía implícitamente la existencia de procedimientos correctivos domésticos (que no regula) que pudieran corregir supuestos de menor gravedad.

En el derecho español, el cuidado de la persona del hijo no era sólo un derecho sino además un deber del padre, y no se podía renunciar a él. "Como en todo caso, ha de prevalecer el derecho del padre en concurrencia con los que pudiera alegar la madre, tanto en el derecho español como en el alemán, el padre podía ejercitar contra la madre, la pretensión de restituir del hijo, si está lo mantenía alejado de aquél.

¹⁷CARBONIER, Jean, "Derecho Civil", tomo I, volumen II, pág 126, Barcelona 1980.

Por igual razón la jurisprudencia ha declarado a propósito de aquellos casos en que se halla la madre constituida en depósito judicial, que no pueden los tribunales ordenar el traslado de los hijos a colegios o lugares donde aquella pueda verlos periódicamente.

Pues aún cuando la madre tuviera "el derecho de verlos y manifestarles su cariño, eso habría de hacerse y realizarse en cuanto la situación de los cónyuges legalmente reconocida así lo consienta".¹⁸ El fuero de los españoles, aprobado por la ley de 17 de julio de 1945,¹⁹ como norma fundamental, ha establecido que los padres están obligados a alimentar, educar e instruir a sus hijos.

Dentro del derecho español, el padre en relación con la patria potestad, tenía el derecho y el deber de cuidar de la persona del hijo, conforme a lo siguiente:

1.- Correspondía al padre el derecho de determinar el nombre individual del hijo.

2.- El cuidado de la persona de los hijos, que competía al padre y en su defecto a la madre, correspondía el derecho y el deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna. El deber de alimentación se encuentra señalado en el artículo 142, en relación con el 143 número 2° del código civil Español vigente.

En el deber de educación, la ley de instrucción primaria en España de fecha 17 de julio de 1945, preceptúa que corresponde a la familia el derecho primario y el deber ineludible de educar a sus hijos y, declara obligatorio un mínimo de educación primaria para todos los españoles.

¹⁸ EMMECCERUS, Op, Cit. Pág. 63.

¹⁹ Fuero de los españoles, Ley fundamental reguladora de sus derechos y deberes; creada en España en el año de 1945 por Francisco Franco Bahamonde, Caudillo de España, Jefe del Estado y Generalísimo de los Ejércitos de la Nación.

En el derecho español la patria potestad del padre, se podía suspender en los siguientes casos:

1. Cuando era incapaz de celebrar negocios jurídicos.
2. Cuando estaba limitado en su capacidad o se le designaba un curador por causa de enfermedad para su persona y su patrimonio.
3. Cuando por el tribunal de tutelas se constataba que el padre ésta impedido de hecho por mucho tiempo para el ejercicio de la patria potestad, el cual quedaba en suspenso hasta en tanto el tribunal de tutelas confirmara que ya no existía otra causa que impidiera llevarla a cabo.

Por lo que hace a la terminación de la patria potestad, conforme a la legislación española, está se da por terminada:

1. Cuando el hijo era declarado mayor de edad.
2. Cuando fallecía el hijo sobre el que se ejercía la patria potestad.
3. Cuando fallecía el padre, o en su caso quien ejercía la patria potestad.
4. Si el padre era declarado muerto, su patria potestad se extinguía no de manera presunta, sino efectiva, en el momento de la declaración de muerte.
5. El padre podía ser privado de la patria potestad, cuando por virtud de un crimen cometido contra el hijo, o por un delito cometido intencionalmente era condenado a prisión correccional o presidido por un mínimo de seis meses.

6. Cuando el hijo era adoptado por un tercero.

No cabe duda que dentro del Derecho Español, al igual que el Derecho Alemán, el cuidado de la persona del hijo era irrenunciable y por ende no tenían eficacia los contratos que, para el caso de divorcio, regulaban el ejercicio de la patria potestad de una manera distinta a la ordenada por la ley.

CAPITULO II

PATRIA POTESTAD

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

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

- a) No se modifica a medida de este desarrollo las facultades de los que están sometidos, ni por edad ni por el matrimonio se les puede liberar
- b) Sólo pertenece al jefe de la familia, aunque no siempre es el padre el que la ejerce; mientras esté sometido, su autoridad se borra delante de la del abuelo paterno.
- c) La madre no puede tener nunca la potestad paternal.

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

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

En España, en Castilla para ser exacto se impone, a través de las Partidas, la doctrina romanista. La patria potestad no se acaba porque el hijo llegue a la mayoría de edad.

Pero este estado de sumisión se suaviza con la ampliación, en la práctica de la doctrina de los peculios y con la admisión de la emancipación por matrimonio.

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

Tiene un fin eminentemente moral; en la educación del hijo. Entre otras consideraciones están las siguientes:

- 1) La madre también es llamada a la patria potestad. Si bien sólo en defecto del padre.
- 2) La patria potestad termina con la mayor edad del hijo. Desde que el hijo adquiere la plenitud de sus facultades, la protección paterna o lo que es lo mismo, la patria potestad carece razón de ser.

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

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

a) La Ley del 13 de mayo de 1881.

A mediados del año de 1881, la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos y respetando su responsabilidad.

Las posibles correcciones a los hijos han de ser razonables y moderadas.

Se suprime el derecho de usufructo sobre los bienes de los hijos; aumentan los supuestos de intervención judicial.

En el Código Civil mexicano de 1870 para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, encontramos el primer antecedente de la patria potestad en nuestro país donde se limita a su ejercicio por el padre, a falta de éste, a la madre, el abuelo paterno, abuela materna; situación que nos permite ver con más claridad la poca significación de la mujer.

Hasta en el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928 como en la adopción, donde se establece en el artículo 397, fracción primera que el que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar. Cuando se trata de la patria potestad se encuentran en los artículos 415, 416, 417, 418 y 419 que reglamentaron la manera de ejercer la autoridad paternal sobre un hijo reconocido, habido fuera del matrimonio, igualmente quien debe ejercer la potestad cuando mueran los padres, asimismo sobre el hijo adoptivo.

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

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

En la multicitada Ley de Relaciones Familiares de 1917, realizó aportaciones importantes como la consignada en el artículo 442 al asentar: las personas que ejerzan la patria potestad deban entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayoría de

edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen en relación con la patria potestad.

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

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

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

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

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

2.2 SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD

Son sujetos de la patria potestad, los ascendientes: padre y madre y, falta de ambos, los abuelos, en el orden que determine la ley o el juez familiar, atendiendo a la conveniencia del menor.

Son sujetos pasivos los descendientes menores de 18 años no emancipados.

En el caso de los hijos extramatrimoniales, la patria potestad corresponde al que reconozca al hijo en primer lugar, si los dos padres lo reconocen simultáneamente, como los establezcan de común acuerdo. Si se suscita controversia, el juez de lo familiar resolverá lo más conveniente para el menor.

Los efectos de la patria potestad se dividen en: efectos sobre la persona del hijo, y efectos sobre los bienes del hijo.

Los efectos sobre la persona del hijo, se refieren tanto a las relaciones personales entre los que ejercen la patria potestad y los menores sometidos a ella como a la función protectora y formativa que deben llevar a cabo los primeros.

Por lo que se refiere a las relaciones personales, el menor, deber honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, y por lo que hace a la función protectora y formadora, el ascendiente está obligado a la guarda, manutención y educación del menor, pudiendo corregirlo mesuradamente.

El concepto de guarda presupone que el menor no puede dejar la casa sin permiso del progenitor. Su domicilio legal es el del que ejerce la patria potestad.

El mantenimiento implica todas las prestaciones que se señalan en la obligación alimentaria, incluyendo según las posibilidades del obligado.

Asimismo, el ascendiente está obligado a representar al menor, quien no puede celebrar actos ni comparecer en juicios sin su autorización. Por otra parte, el ascendiente tiene el derecho de corrección y castigo. Este derecho ha evolucionado ampliamente, desde la facultad ya mencionada de vida y de muerte del menor, hasta

considerar que los malos tratos de los progenitores pueden llegarse a tipificar como delitos.

Desde el punto de vista del derecho civil los malos tratos son causas de la pérdida de la patria potestad.

A continuación señalaré los artículos del Código Civil de Michoacán que se refieren a los efectos de la multicitada patria potestad en relación de la persona de los hijos, agregando una pequeña explicación o comentario de cada uno de ellos.

Artículo 365. Los hijos cualquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

Este deber tiene su fundamento en la moral, que debe regir siempre en las relaciones paterno-filiales. La familia, como célula básica de la sociedad, requiere que las relaciones entre sus miembros se basen en un principio de respeto y dignidad mutua.

Cualquiera que sea la edad y condición de los hijos, deben honrar y respetar a sus ascendientes, por lo cual este deber no termina al alcanzar la mayoría de edad.

Mientras el hijo es menor de edad, el deber impuesto por este precepto se complementa con el deber de obediencia hacia quienes ejercen la patria potestad. La presente es una norma de las llamadas lege minus quam perfecta, porque no es posible exigir coactivamente su cumplimiento.

Artículo 366. Los hijos menores de edad, no emancipados, están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes a quienes corresponda ejercerla conforme a la ley.

La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos.

La patria potestad comprende un conjunto de potestades y de deberes de los ascendientes, con relación a la persona y los bienes del menor, para el mejor cuidado del mismo.

Para Cajica, la patria potestad es "el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales."²⁰

Para Galindo Garfias, el concepto de patria potestad, es "la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados".²¹

Entendido de esta manera, aquella autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y de la maternidad.

Artículo 367. La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

I. Por el padre y la madre; y,

II. Por el abuelo y la abuela paternos, o por el abuelo y la abuela maternos, indistintamente, tomando en consideración con cuáles de ambos pueden tener los hijos mejor desarrollo moral, educativo, social, económico y familiar.

Puesto que la patria potestad es un cargo de derecho privado y de interés público, los primeros llamados a ejercerla son los padres de los menores de edad. Para nuestra legislación civil, el hombre y la mujer son iguales en sus derechos y en sus obligaciones.

²⁰ CAJICA, José, trad, Tratado elemental de derecho civil. México, Puebla, s/f, t. II, p. 251.

²¹ GALINDO Garfias, Ignacio, Derecho Civil, primer curso, México, Porrúa, 1980. p. 668.

Asimismo se establece la igualdad dentro del matrimonio, consagrado entre otros preceptos por el artículo 159 del código civil de Michoacán, que otorga a ambos cónyuges autoridad propia y consideraciones iguales dentro del domicilio conyugal. Como consecuencia de lo anterior, el código consagra el ejercicio conjunto de la patria potestad sobre los hijos.

La ley no establece una división de poderes y facultades entre ambos padres; todos los deberes, cargas y poderes que establece la ley para el mejor ejercicio de la patria potestad, serán cumplidos conjuntamente por los cónyuges, ya sea con respecto a la persona o a los bienes de los hijos.

A falta de padres que puedan ejercerla, la ley la otorga a los ascendientes más próximos, siendo estos los abuelos paternos y maternos indistintamente.

Artículo 368. Los progenitores que han reconocido a un hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

Si no viven juntos, se observará en el caso lo dispuesto en los artículos 335 y 336.

Como la fuente de la patria potestad es la filiación (biológica, civil), también los padres que no esten unidos en matrimonio tienen el deber de ejercerlo.

Es necesario distinguir entre la custodia del hijo y la patria potestad sobre el mismo:

Si los padres viven separados y ambos han reconocido al hijo, uno solo de ellos ejercerá la custodia sobre el menor, pero ambos tendrán la patria potestad.

Así, las decisiones fundamentales relativas a la educación y la salud de los hijos, serán tomadas por ambos padres; los dos colaborarán en la alimentación y en todos los gastos que genere la crianza de los hijos, en la medida de sus posibilidades.

Artículo 369. En los casos previstos en los artículos 335 y 336 si uno de los padres, por cualquiera circunstancia deja de ejercer la patria potestad, entrará a ejercerla el otro.

En el sistema de nuestro código civil de Michoacán, tanto para los hijos nacidos de matrimonio como para los nacidos fuera de matrimonio, si uno de los progenitores deja de ejercer la patria potestad, el otro ejercerá por sí solo.

Artículo 370. Si los padres de un hijo nacido fuera de matrimonio que viven juntos se separan, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el Juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.

Este precepto sienta un criterio supletorio, para el caso en que los progenitores del menor no se pongan de acuerdo.

Si existe ese acuerdo, debe prevalecer, ya que las relaciones familiares se desarrollan en la intimidad de la vida común, y nadie mejor que los padres suelen saber cual es la conveniencia de los hijos menores; allí donde no existe conflicto, no interviene la autoridad judicial.

Solo en caso de discrepancias, será el juez quien pase a resolver la situación de los menores de edad.

Artículo 371. A falta del padre, ejercerán la patria potestad sobre el hijo reconocido, indistintamente, los ascendientes a que se

refiere la fracción II del artículo 367, bajo las disposiciones ahí previstas.

Solo los adoptantes ejercerán la patria potestad sobre el hijo adoptivo.

Cuál de los ascendientes es más apto, o cuál se encuentra en mejor circunstancia para ejercer la patria potestad, a falta de padres; es una cuestión de hecho que debe resolverse en cada caso en particular.

Existe un aspecto material a que considerar: Que abuelos se encuentran mejor situación de proveer las necesidades del menor, en caso de que éste no cuente con bienes; si los tiene, quien es más apto para administrarlos; pero sobre todo, deben ponderarse cuidadosamente factores educacionales y morales que incidirán directamente en la formación del menor y en su preparación para la vida. Podrán ejercer la patria potestad los abuelos paternos como lo abuelos maternos, indistintamente.

En lo que respecta al patria potestad sobre el hijo adoptivo, solo los adoptantes lo ejercen.

Artículo 372. Únicamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores y, bajo las prevenciones que ahí se establecen. Si solo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que quede, continuará en el ejercicio de ese derecho.

La ley no establece una división de los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad entre los progenitores, ni entre los abuelos; la patria potestad implica una unidad de acción dirigida al mejor cuidado de la persona y de los bienes del menor.

De tal forma que, a falta de uno de ls padres, el otro pasará a ejercerla íntegramente; si los abuelos estan en el ejercicio de la patria potestad, a falta de uno de ellos, el cónyuge la ejercerá por sí.

Artículo 373. El hijo sujeto a la patria potestad no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.

Este precepto debe correlacionarse con el artículo 24 fracción I del código multicitado, donde se estipula que el domicilio legal del menor de edad no emancipado será el de la persona a cuya patria potestad está sujeto. Para mejor cumplimiento de la función protectora y formativa del hijo, la ley le impone a éste el deber de no abandonar la casa de los ascendientes a cuya autoridad está sometido.

La unidad de la familia para el mejor cumplimiento de sus fines como célula básica de la sociedad, el deber de educación, y custodia que tienen los padres con respecto a sus hijos, así como el deber de observar una conducta que les sirva de ejemplo, parten de la base de la vida en común en el domicilio familiar.

El decreto judicial que disponga la separación del hijo del hogar de sus ascendientes, solo será procedente cuando se hallen en peligro valores fundamentales, como la salud o la moralidad del menor.

Artículo 374. Es obligación de los que ejercen la patria potestad o tengan la custodia, el educar a los hijos, buscando su mejor desarrollo moral, educativo, social, económico y familiar.

Cuando no se cumpla con la obligación referida, cualquier persona podrá hacerlo del conocimiento de las autoridades

administrativas estatales o municipales competentes, consejos tutelares locales, sistemas para el desarrollo integral de la familia, o bien ante el Ministerio Público, para que se promueva lo que proceda.

Siendo la patria potestad una misión de interés público y de alto contenido social, la ley impone a los ascendientes el deber de educar a los menores sujetos a aquélla.

La educación comprende desde el desarrollo del intelecto hasta la formación moral y de conciencia social que tiendan a hacer del educando un ser útil así mismo y a la colectividad en que vaya a desenvolver sus actividades privadas y públicas.

Artículo 375. Para los efectos del artículo anterior, quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores para su custodia, tienen la facultad para corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos del artículo 249-B de este Código.

En relación a la facultad de corregir al hijo esta relacionada con el deber de la educación establecido en el artículo anterior, con la autoridad paterna y con la situación de subordinación de los menores con respecto a quienes ejercen sobre ellos la patria potestad. Cabe mencionar que los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir a los menores para evitar que ocasionen algún daño, sin llegar esta corrección a atentar contra la integridad física o psíquica del menor en cuestión.

Artículo 376. El que está sujeto a la patria potestad no tiene capacidad para comparecer en juicio ni contraer obligación alguna sin

expreso consentimiento del que o los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso resolverá el juez.

Como la patria potestad esta dirigida al cuidado de la persona y de los bienes del menor de edad no emancipado, la representación legal de éste será ejercida por los titulares de aquélla.

Los menores de edad tienen incapacidad natural y legal para determinarse por sí mismos y administrar sus bienes. El representante legal suple la incapacidad del menor de edad en todos los actos y contratos, ya que éste tiene capacidad de goce, pero carece de capacidad de ejercicio.

Una vez concluidos los artículos que hablan sobre la persona de los hijos, proseguiré con el análisis de los siguientes artículos, mismos que se refieren a la patria potestad relacionada con los bienes del menor de edad.

Artículo 377. Los que ejerzan la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código.

En tanto los hijos menores de edad no emancipados no alcancen la mayoría de edad no podrán disponer libremente de su persona ni de sus bienes.

Los ascendientes que ejercen la patria potestad administrarán los bienes del menor y lo representarán en toda clase de actos.

Artículo 378. Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo, pero el designado consultará en todos los negocios a su

consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

Los bienes que obtenga el menor, mientras se encuentra sujeto a la patria potestad, se dividen en bienes que adquiera producto de su trabajo y bienes que adquiera por cualquier otro título, lo anterior lo encontramos plasmado en el artículo 380 del código civil de Michoacán.

Los segundos señalados son administrados por las personas que ejercen la patria potestad. Cuando la misma es ejercida por ambos padres, los abuelos o los adoptantes, uno de ellos será el administrador, pero éste, consultará a su consorte precisando de su consentimiento expreso en relación a los actos de mayor relevancia de la administración.

Artículo 379. La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar algún arreglo para terminarlo, sino con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

Así como se menciona en el numeral que antecede, se requiere del consentimiento expreso del cónyuge cuando la patria potestad es ejercida por ámbos, para concluir un juicio por transacción y en los casos en que la ley lo señale, se necesita además autorización judicial respectiva.

Artículo 380. Los bienes del hijo que estén bajo la patria potestad, son de dos clases:

I. Bienes que adquiera por su trabajo;

II. Bienes que adquiera por cualquiera otro título.

La distinción que se hace en este precepto sobre los bienes que pertenecen al menor es para efectos de la administración y del usufructo legal.

Tiene como más remoto antecedente los "peculios" de los hijos sujetos a patria p^otestad, en el derecho romano y cuya administración y propiedad de algunos de ellos, correspondia al hijo con exclusión de los padres.

Artículo 381. La propiedad, administración y usufructo de los bienes de la primera clase pertenecen al hijo.

Los bienes que adquiriera el menor por su trabajo le pertenecen en propiedad, administración y en relación al usufructo.

Requiere durante su minoría de edad de la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces y de un tutor para llevar a cabo negocios judiciales. Se considera que si el menor tiene capacidad para adquirir bienes fruto de su trabajo, la tiene para administrar dichos bienes, y para disponer de ellos libremente.

Artículo 382. La propiedad y la mitad del usufructo de los bienes de la segunda clase corresponden al hijo; la administración de ella y la otra mitad del usufructo pertenecen a los que ejerzan la patria potestad. No obstante, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto.

Pertenecerán al menor todos aquellos bienes que obtenga por cualquier título que no sea por su trabajo, tales como: herencia, legado, donación; pero la administración de los mismos corresponde a los que ejercen la patria potestad.

"Los actos de administración son todos aquellos que tienden a la conservación de los bienes que forman parte del patrimonio y la percepción de frutos que éste produzca".²² Del usufructo de los bienes del menor, la mitad pertenece al hijo y la otra mitad por partes iguales a las personas que ejercen la patria potestad.

Si el hijo hereda o le ha sido donado el usufructo de ciertos bienes, el testador o el donante pueden excluir de la parte que les correspondería a los que ejerzan la patria potestad destinando esa porción al hijo o a determinados fines por él señalados.

Artículo 383. Los que ejercen la patria potestad pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda.

La renuncia del usufructo hecha en favor del que se encuentre bajo la patria potestad se considera como donación.

Los padres pueden renunciar al derecho sobre el usufructo porque se trata de un derecho privado que no afecta directamente el interés público ni perjudica a terceros. El derecho al usufructo es un derecho inherente al ejercicio de la patria potestad y tiene un carácter compensatorio, por esto su renuncia es considerada como una donación porque ingresa en el patrimonio del hijo un valor económico que de otra manera no pertenecería a él.

Artículo 384. Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos, o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponde al hijo, pertenecen a éste y en ningún caso serán frutos de que deba disfrutar la persona que ejerza la patria potestad.

²² Ibidem, p. 682.

Si los que ejercen la patria potestad no han estado en posesión de los bienes y no han realizado respecto de ellos, actos de administración que justifiquen el derecho al usufructo, no tendrían derecho alguno sobre él.

Esta disposición confirma el carácter compensatorio por el desempeño de aquel cargo familiar.

Artículo 385. El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa el Capítulo II del Título VI y además las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los casos siguientes:

I. Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra o estén concursados;

II. Cuando contraigan ulteriores nupcias;

III. Cuando su administración fuere realmente ruinosa para los hijos.

Los que se benefician del usufructo de los bienes del menor sujeto a la patria potestad, tiene las mismas obligaciones de cualquier usufructuario. Se les exceptua, sin embargo, del deber de otorgar fianza, pues el legislador concede crédito a los que ejercen patria potestad por la justificada suposición de que a estas personas las mueve normalmente el afecto y el interés hacia sus descendientes más que el suyo propio y, solo en los casos en que se pueda considerar un peligro para el menor, se exige garantía.

Artículo 386. Cuando por la Ley o por voluntad de los que ejercen la patria potestad, el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como

emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar e hipotecar bienes raíces.

La administración del menor de edad, de los bienes que le pertenecen por disposición de la ley o por voluntad de quie o quienes ejercen sobre él la patria potestad, tiene sin embargo las restricciones a que se refiere este precepto.

No podrá por sí solo gravarlos o hipotecarlos, porque se trata de actos de administración extraordinarios, ni puede enajenarlos porque este acto excede de los actos de administración.

Los actos de administración y los contratos celebrados por los menores emancipados son nulos si son contrarios a las restricciones establecidas en el artículo 573 del código civil para el estado de Michoacán.

Artículo 387. Sólo por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización del Juez competente, pueden los que ejercen la patria potestad enajenar o gravar de cualquier modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que pertenezcan al que está bajo dicha patria potestad.

Tampoco pueden celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años ni recibir renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganado, por menor valor del que se cotece en la plaza el día de la venta; hacer donación de bienes o remisión voluntaria de derechos; ni dar fianza en representación de aquéllos sobre quienes ejerzan la patria potestad.

Las facultades de administración que se conceden a los que ejercen la patria potestad tienen como propósito la conservación de

los bienes del menor y los actos de disposición son contrarios a este principio.

Sin embargo, puede ocurrir que en algún caso y en protección de los intereses del menor, sea necesario que quienes ejercen la patria potestad tengan que disponer de ciertos bienes del hijo, previa autorización del juez, cuando sea justificada la necesidad o el beneficio que a aquél le reditue la disposición de sus bienes.

Respecto a las limitaciones establecidas en éste artículo, la ley faculta en el artículo 392 del código civil de Michoacán a cualquier persona interesada, al propio menor, si este cuenta con al menos catorce años, con intervención del Ministerio Público en todo caso, para recurrir al juez competente a fin de impedir que por mala administración los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.

Artículo 388. Cuando el juez conceda licencia a los que ejerzan la patria potestad para enajenar un inmueble o mueble precioso del menor, dictará las medidas necesarias para que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó, y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor.

Al efecto, el importe de la venta se depositará en una institución de crédito o casa comercial, y la persona que ejerza la patria potestad no podrá disponer de él sin orden judicial.

Quienes en ejercicio de la patria potestad dispongan de los bienes de los menores, además del requisito a que se refiere el artículo anterior deben probar ante el juez competente que efectivamente se destino el dinero que se obtuvo de la venta para realizar el objeto que se manifestó se alcanzaría con dicha venta y que el saldo se depósito en una institución de crédito a disposición del juzgado. Esta limitante confirma que en el ejercicio de la patria

potestad esta en juego el interés particular del hijo y el interés público, que se manifiesta en la vigilancia estricta de la autoridad judicial sobre los actos de administración de sus bienes.

Artículo 389. El derecho de usufructo concedido a las personas que ejerzan la patria potestad se extingue:

I. Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los que se encuentren afectos a ella;

II. Por la pérdida de la patria potestad;

III. Por renuncia.

El derecho, de quienes ejercen la patria potestad, a la mitad del usufructo de los bienes del hijo es un efecto de la misma, al extinguirse ésta, desaparece el usufructo. El emancipado tiene la libre administración de sus bienes (artículo 573 del código civil de Michoacán), y el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes (artículo 579 del código civil de Michoacán).

Si se pierde la patria potestad por decisión judicial, el derecho del usufructo solo se extingue para el sentenciado, subsistiendo para los que continúan ejerciendo la patria potestad. La facultad de renunciar al usufructo esta reconocida en el artículo 383 del código en comento, pero la extinción sólo se producirá respecto al que renuncia al derecho, cuando son dos las personas que ejercen la patria potestad y no respecto del otro ascendiente que no a renunciado a recibir la parte proporcional que le corresponde del usufructo de los bienes del menor.

Artículo 390. Las personas que ejerzan la patria potestad tienen obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los menores.

Como todo administrador de bienes ajenos, los que ejercen la patria potestad tiene obligación de rendir cuentas de su administración.

La ley no señala plazo para cumplir esta obligación por ello debe entenderse que se pedirá a petición de parte interesada al terminar el ejercicio de la patria potestad.

Artículo 391. Cuando el que ejerza la patria potestad tiene un interés opuesto al del menor a quien representa, éste será representado en juicio y fuera de él por un tutor que nombrará el juez para cada caso.

Quando exista un interés opuesto entre los que ejercen la patria potestad y los menores sujetos a la misma, el juez les nombrará en lo que se refiere a los actos en que exista la oposición de interés con quienes ejerzan la patria potestad. Si son dos personas las que ejercen la patria potestad y solo hay conflicto con respecto a uno de ellos, el otro representará al menor; no será necesario nombrar tutor.

Artículo 392. Para evitar que los bienes de los menores se derrochen o disminuyan por mala administración de los que ejerzan la patria potestad, los jueces quedan facultados para tomar las medidas conducentes.

Tales medidas se tomarán a instancia de las personas interesadas, y del Ministerio Público en todo caso, o del menor cuando hubiere cumplido catorce años.

Entre las medidas que el juez competente puede tomar estan la de exigir que el administrador rinda cuentas de su gestión o que se decrete la pérdida del usufructo cuando la administración sea notoriamente perjudicial para el o los menores.

Artículo 393. Las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar los bienes y frutos a las personas a quienes representan, luego que éstas se emancipen o lleguen a la mayor edad.

Cuando los menores de edad se emancipen o lleguen a la mayoría de edad, las personas que ejerzan la patria potestad les entregarán todos los bienes y frutos que le pertenezcan; teniendo además la obligación los ascendientes que ejerzan la patria potestad de reparar el daño y perjuicio que causen al menor de edad, por una mala administración.

2.3 CAUSAS DE LA PÉRDIDA, SUSPENSIÓN Y TERMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD CONTEMPLADAS EN EL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MICHOACÁN.

Resulta a mi parecer importante el mencionar las causas por las cuales se acaba, se pierde y se suspende la patria potestad, aspectos que se encuentran regulados con precisión en nuestro ordenamiento sustantivo civil.

Artículo 394. 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 mayor edad del hijo.

La patria potestad se extingue al arribar el menor de edad a la mayoría de edad o por la emancipación de éste, derivada del matrimonio. En el supuesto de que el matrimonio del menor se disuelva, el emancipado no recae en la patria potestad.

Se acaba también con la muerte del que la ejerce, siempre y cuando no haya en quien recaiga; cuando no existan padres, abuelos paternos ni maternos indistintamente o dichas personas no puedan ejercer la patria potestad, nadie más la podrá ejercer, aunque el hijo sea menor de edad en dicho caso, se le nombrará tutor.

Artículo 395. La patria potestad se pierde:

I. Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves.

II. En los casos de divorcio teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 242;

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

IV. Por la exposición que el padre o la madre hagan de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses; y,

V. Por cometer conductas de violencia familiar en contra de quien se ejerce la patria potestad; para los efectos de esta fracción se entiende por violencia familiar lo dispuesto por el artículo 249-B de este Código.

La fracción I, expresa que la patria potestad se pierde cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de éste derecho.

Esta fracción presupone una decisión judicial que debe estar fundada en una causa que justifique legalmente la pérdida.

El artículo 242 del código en comento, mencionado en la fracción II, otorga al juez una amplia facultad discrecional para decidir todo lo concerniente a la patria potestad en los casos de divorcio. Es decir, el juez que decreta el divorcio, en uso de esa facultad podrá ordenar la pérdida de la multicitada patria potestad, de uno o de ambos divorciantes.

Artículo 396. La madre o abuela que contraiga segundas o ulteriores nupcias no pierde por ese hecho la patria potestad.

El presente artículo resulta importante analizarlo toda vez que en el mismo se determina que la madre o abuela del menor que contraiga matrimonio no perderá por este hecho la patria potestad, advirtiéndose la omisión del legislador al no considerar la figura del padre o el abuelo en ese mismo supuesto, toda vez que nuestro Código Civil considera al hombre y a la mujer iguales en condiciones, es decir, en sus derechos y obligaciones; situación ésta que la encontramos plasmada entre otros, en el artículo 159 del Código Civil en el Estado de Michoacán, así también en el artículo 4 de nuestra Carta Magna. No debe excluirse al padre y al abuelo en esta situación.

Este numeral debe interpretarse en relación con el artículo 367 del código que nos ocupa, para referirse indistintamente al marido o a la mujer, al abuelo o a la abuela puesto que a todas estas personas les puede corresponder el ejercicio de la patria potestad.

Por otro lado, en cuanto al presente artículo, podría pensarse que éste resulte innecesario, toda vez que el numeral 395 del Código en comento, no establece que sea causa de pérdida de la patria potestad el hecho de contraer segundas o ulteriores nupcias.

Los argumentos que estoy exponiendo en cuanto al presente artículo considero que podrían ser incluso materia de otro trabajo de

investigación, por lo siguiente; el artículo en cuestión debería por una parte reformarse en el sentido de que se agregara la figura del padre y la del abuelo para situarlos en el mismo supuesto en el cual están consideradas tan solo la madre y la abuela.

Asimismo, cabría la posibilidad de pensar en incluir el presente numeral dentro del artículo 395 del Código multicitado, en una de las fracciones que determinan las causas de la pérdida de la patria potestad, porque de lo contrario en mi particular punto de vista considero innecesario el precepto abordado.

Artículo 397. El nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior.

La patria potestad es consecuencia de la filiación, y consiste en un conjunto de deberes y de derechos que se cumplen y se ejercen sobre los menores en su persona y en sus bienes.

Entre el nuevo marido de la madre o esposa del padre y los menores hijos de uno o de la otra, nace el parentesco por afinidad pero no existe vínculo de filiación que justifique el ejercicio de la patria potestad.

Artículo 398. La patria potestad se suspende:

I. Por incapacidad declarada judicialmente;

II. Por ausencia declarada en forma;

III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

El ejercicio de la patria potestad puede suspenderse temporalmente por el tiempo que subsista alguna de las causa

mencionadas tanto en la fracción I como en la II de éste precepto y por el término que se fije en la sentencia que de acuerdo a la fracción III imponga esa suspensión.

Las causas que originaron la suspensión pueden desaparecer, el incapacitado recobra su capacidad de ejercicio, el ausente regresa, y las causas de suspensión judicial desaparecerán.

En estos casos se recupera la patria potestad , pero se requerirá de la intervención judicial para que se declare que se ha recobrado de nuevo el ejercicio de la patria potestad. La patria potestad solo se suspende para el que se encuentre en los casos señalados en este artículo, si es ejercida por ambos ascendientes, continuará el otro en ejercicio de la misma.

Artículo 399. La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponde ejercerla pueden excusarse:

I. Cuando tengan sesenta años cumplidos;

II. Cuando por su mal estado habitual de salud, no pueden atender debidamente a su desempeño.

La edad avanzada de quien ejerce la patria potestad, no puede invocarse por un tercero como causa forzosa de pérdida de ésta, más bien debe considerarse como una facultad discrecional de excusar a aquellos que corresponda ejercerla cuando tengan sesenta años cumplidos.

La excusa para ejercer la patria potestad es un derecho de las personas que se encuentran en la situación prevista por este precepto, no una causa de pérdida de la misma.

CAPÍTULO III

EL DIVORCIO COMO DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL Y LA TERMINACIÓN DEL CONCUBINATO

3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DIVORCIO

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

Tenía lugar en diferente forma, si el matrimonio había sido celebrado cum manus o sine manus, es decir, quedando la mujer bajo la potestad del marido, en el primer caso, o libre de ella, en el segundo. En el matrimonio cum manus, el divorcio consistía en un derecho de repudio por parte del marido. Este tipo de divorcio fue admitido desde la Ley de las XII tablas.

En esta forma el repudio era un acto unilateral y exclusivo del marido, quedando el mismo, con la única obligación de restituir la dote a la mujer.

El matrimonio celebrado en forma solemne por medio de la confarreatio, se disolvía por la disfarreatio en la que se necesitaba también ciertas formalidades, como hacer una ofrenda a Júpiter, Dios tutelar del matrimonio, acompañada de expresiones verbales.

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

La remancipatio de la mujer casada, equivalía a la emancipación de la hija, era realmente un repudio.

La mujer, era sometida casi siempre a la manus del marido, era como una hija bajo la autoridad paterna, reduciéndose a un derecho de repudiación, la facultad de divorciar en estas uniones que sólo el marido podía ejecutar y siendo por causas graves.

Fue solamente en los matrimonio sin manus, donde tenían los dos esposos derechos iguales. Pero, hacia el fin de la República, y sobre todo bajo el imperio, habiéndose relajado extraordinariamente las costumbres y siendo más rara la manus, podía la mujer con mayor frecuencia, provocar el divorcio.

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

"El divorcio Bona gratia, es decir, por la mutua voluntad de los esposos, no siendo requerida de esta manera ninguna formalidad, pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido. Por repudiación de parte, es decir, por la voluntad de uno de los esposos, aunque sea sin causa. La mujer tiene este derecho, lo mismo que el marido, excepto la mujer manumitida y casada con su patrono. Bajo Augusto, y para facilitar la prueba de la repudiación, la Ley Julia del Adulterio, exige que el que intente divorciarse notifique al otro esposo su voluntad en presencia de siete testigos, oralmente o por acta, que le era entregada por un manumitido".²³

El divorcio Bona gratia también llamado divortium comuni consesu, el cual requería únicamente darle carácter de seriedad y notoriedad a la intención de divorciarse a través de una declaración expresa; repudio sin causa repudium sine nulla causa, por la sola voluntad de uno de los esposos, sin necesidad del consentimiento de la otra parte.

²³ PETIT, Eugene, "Tratado Elemental de Derecho Romano", Ed. Porrúa, México, 1996, p.109

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

En la legislación del Emperador Constantino en el año 331, quedó establecido el principio de que ni el marido ni la esposa, les era lícito disolver el matrimonio por cualquier causa y estas fueron limitadas a tres: "en la mujer debía ser el adulterio o el maleficio y en el marido, o ser homicida, o el maleficio, o ser violador de sepulcros; por otras causas solamente probadas y demostradas las causales legales, podía procederse al libelo de repudio."²⁴

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

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

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

²⁴ PETIT, Eugene, Op. Cit. P. 109

- e) La bona gratia que se fundaba en la impotencia, la cautividad prolongada o el voto de castidad.

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

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

Las causales para la mujer:

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

En el Derecho Canónico, encontramos que éste tiene como característica la indisolubilidad del matrimonio por ser considerado un sacramento perpetuo.

Al respecto el canon 1141 declara; el matrimonio válido, rato²⁵ y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte.

²⁵ RATO, del Latin "ratum", que significa ratificado; matrimonio ratificado, válido

Establece solamente ciertas formas de disolver el matrimonio no consumado entre bautizados y no bautizados.

Por su parte el canon 1142 señala; el matrimonio no consumado entre bautizados o entre una parte bautizada y otra que no lo está se disuelve tanto por la disposición del derecho en virtud de la profesión religiosa solemne como por dispensa concedida por la Sede Apostólica con causa justa, a ruego de ambas partes, o de una de ellas, aunque la otra se oponga.

La segunda forma de disolver el matrimonio consiste en el llamado privilegio paulino, expresado en el canon 1143; el matrimonio legítimo entre no bautizados aunque no esté consumado, se disuelve a favor de la fe por el privilegio paulino.

Este privilegio no tiene aplicación en el matrimonio que se ha celebrado con dispensa del impedimento de disparidad de cultos entre una parte bautizada y la otra que no lo está.

De acuerdo con los canones 1144, 1145, 1146 y 1148, el cónyuge convertido y bautizado puede contraer un nuevo matrimonio válido.

Aparte de las dos causas señaladas se permiten la disolución del vínculo matrimonial y otorgan la libertad a los excónyuges de contraer nuevo matrimonio, el Derecho Canónico regula el llamado divorcio de separación. Consiste el mismo en la separación de lecho, mesa y habitación con persistencia del vínculo.

Las causas para pedir la separación son varias, entre ellas el adulterio, el separarse un cónyuge de los principios católicos, llevar vida de vituperio o ignominia y la sevicia.²⁶

²⁶ CENALMOR, Daniel, El Derecho de la Iglesia, Curso Básico de Derecho Canónico. EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Madrid 2005.

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

Entre los aztecas, el vínculo matrimonial era susceptible de disolución durante la vida de los cónyuges, porque se trataba de un matrimonio temporal, cuya subsistencia estaba sujeta a la voluntad del hombre, ya que había causas que ameritaban la disolución. El divorcio requería para su validez y para que produjera efectos de rompimiento del vínculo, que la autoridad judicial lo autorizara y que él pidiera la autorización y se separara efectivamente de su cónyuge. Las causas del divorcio eran variadas.

El marido podía exigirlo en caso de que la mujer pendenciera, impaciente, descuidada o perezosa, sufriera una larga enfermedad o fuera estéril. Realizada la separación los hijos quedaban con el padre y las hijas con la madre.

El cónyuge culpable era castigado con la pérdida de la mitad de sus bienes y ambos divorciados podían contraer nuevo matrimonio, salvo entre ellos mismos.

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

Entre los Tepehuanes "se extendían en Durango, Jalisco, Sinaloa, Chihuahua y Coahuila. Conocían el matrimonio y el repudio por causa de la infidelidad de la mujer".²⁷

Entre los Mayas:

²⁷ BALLESCA Y CÍA, SUCESORES Y EDITORES, "México a través de los siglos", Tomo II, p. 152.

Parece que la poligamia existía pero en la clase guerrera: Los mayas casaban con una sola mujer a los veinte años de edad, y los padres buscaban esposas a sus hijos. La infidelidad de la mujer era causa de repudio si a tiempo del repudio los hijos eran pequeños se los llevaba la mujer, si eran grandes las hembras pertenecían a la esposa y los varones al esposo.

La mujer repudiada podía unirse con otro hombre y aun volver con el primero; había la mayor facilidad para tomarse o dejarse.²⁸

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

Las quejas del matrimonio se presentaba al gran sacerdote, Petamuti. Las tres primeras veces los amonestaba reprendiendo al culpable; a la cuarta decretaba el divorcio: si la culpable era la esposa, seguía sin embargo, viviendo en la casa marital; a no ser en el caso de adulterio en que entregada al Petamuti la mandaba matar.

Si la culpa era del varón, recogían a la mujer sus parientes y la casaban con otros. No se permitían un segundo divorcio.²⁹

"Habían tres señores principales en la Nueva España, a los cuales estaban sujetas las más principales provincias y pueblos de toda aquella tierra, que eran señores de México, el de Texcoco y el de Tacuba".³⁰

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

²⁸ Idem, Tomo IV, p. 152

²⁹ Idem, Tomo IV, p. 18

³⁰ Idem, Tomo IV, p. 56

Y perdido el temor cobraron atrevimiento para alargarse y extenderse a su voluntad en lo que antes pocas veces se les permitía. Con el tiempo de su infidelidad usaron el repudio.

Llegadas ambas partes ante los jueces en su sala, oían primero al querellante, y hecha su plática y dicha la queja, preguntaba luego al otro si era ello verdad.

México Independiente. En la Ley de Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859, se estableció el divorcio como temporal, "y en ningún caso deja hábiles a las personas para contraer nuevo matrimonio, mientras viva alguno de los divorciados".³¹

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 de nuestro país, en ellos no se aceptaba el divorcio vincular, reglamentado en cambio sólo el divorcio por separación de cuerpos. Entre ambos Códigos solo existe una diferencia de grados es decir el de 1870, estatúa mayores requisitos, audiencias y plazos para que el juez decretara el divorcio por separación de cuerpos, los que redujo considerablemente el Código de 1884. Algunas de las causales se repiten en el Código de 1928.

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

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

³¹ DE MENDIETA, Fray Jerónimo, "Historia Eclesiastica Indiana", 2º ed., 4 vols Ed. Salvador Chávez Hayhoe. México. p. 118

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

1. El adulterio de uno de los cónyuges;
2. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el marido lo haya hecho indirectamente, con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer, o cuando el marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.
3. La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea incontinencia carnal;
4. El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o la convivencia en su corrupción;
5. El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años;
6. La sevicia del marido con su mujer o con la de ésta con aquél; y
7. La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

Código Civil de 1884: En este Código el artículo 226 señala como único divorcio el de la separación de cuerpos, por lo tanto subsistía el vínculo matrimonial, suspendiéndose algunas obligaciones civiles que imponía el matrimonio.

Como causas, a las contenidas en el Código Civil de 1870, se agregaban:

El que la mujer diera a luz durante el matrimonio, a un hijo ilegítimo; el hecho de negarse a ministrar los alimentos conforme a la Ley; los vicios incorregibles de juego, embriaguez, enfermedad crónica e incurable que fuera contagiosa y hereditaria, anterior al matrimonio la infracción de las capitulaciones matrimoniales; y el mutuo consentimiento.

Decretos de Venustiano Carranza: Para tratar de complacer a dos de sus ministros: Palavicini y Cabrera que planeaban divorciarse de sus respectivas esposas, Venustiano Carranza, expidió sorpresivamente dos decretos: uno del 29 de diciembre de 1914 y el otro del 29 de enero de 1915, por lo que introdujo en México el divorcio vincular y suprimió el contrato de matrimonio civil.

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

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

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

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

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

materia de divorcio, al establecer que el matrimonio es un vínculo disoluble y permite por lo tanto, a los divorciados celebrar nuevas nupcias.

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

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

3.2 CONCEPTO DE DIVORCIO

Primeramente comentaré que la palabra divorcio proviene del latín "DIVORTIUM" que a su vez deriva de "divertere" o sea, "irse cada uno por su lado". Partiendo de este concepto daré las siguientes definiciones conforme al criterio de diversos juristas como son:

1.- Ignacio Galindo Garfias, define el divorcio como: "La ruptura de un matrimonio válido en la vida de los esposos, decretada

por autoridad competente y fundada en algunas de las causas expresamente establecidas por la ley".³²

2.- Arangio Ruíz, nos da la siguiente definición. "El divorcio es la disolución del vínculo matrimonial a consecuencia de una resolución judicial dictada o demandada de uno de ellos o de uno y otro, por las causas establecidas por la ley".³³

3.- Rafael de Pina, expone la siguiente definición "la palabra divorcio en el lenguaje corriente contiene la idea de separación; en el sentido jurídico significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente en un procedimiento señalando al efecto y por una causa determinada de modo expreso".³⁴

4.- Benjamín Flores Barrueta, nos da la siguiente definición: "el divorcio es la disolución del vínculo matrimonial, en vida de los cónyuges por una causa posterior a su celebración y que deja a los mismos cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio".³⁵

5.- Edgar Baqueiro Rojas, en su obra titulada Derecho de Familia y Sucesiones define al divorcio como "el único medio capaz de subsanar, hasta cierto punto las situaciones anormales que se generan en ciertas uniones matrimoniales y, que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consorte de conseguir su superación".³⁶

6.- El Diccionario Jurídico Mexicano, define al divorcio como "la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido".³⁷

³² GALINDO Garfias, Ignacio, op. Cit. P. 577.

³³ ARANGIO RUIZ, Vicente, op. Cit., p. 537.

³⁴ DE PINA VARA, Rafael, "Derecho Civil Mexicano", Ed. Porrúa, vol I, México, 1983, p. 332.

³⁵ GALINDO Garfias, Ignacio, Op, cit, p. 577, nota 1, segundo párrafo.

³⁶ BAQUEIRO ROJAS, Edgar, "Derecho de Familia y Sucesiones", Ed. Harla, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 1999. p. 147.

³⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas, "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo D-H, Ed. Porrúa, México, 1992, p. 1184.

Tomando en cuenta las anteriores definiciones, y partiendo de los elementos que conforman a cada una de éstas, podemos definir desde un punto de vista personal al divorcio, en sentido amplio y en sentido estricto.

En sentido amplio, como la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente bien sea a solicitud o demanda hecha valer por ambos o uno de ellos respectivamente, en un procedimiento señalado al efecto y por una causa posterior a su celebración, que se funde en una de las causales señaladas por la ley, y que deja a los cónyuges en aptitud de celebrar un nuevo matrimonio.

En sentido estricto como la disolución del vínculo matrimonial existente en vida de los cónyuges, a través de la vía legal, y que deja a los mismos en aptitud de contraer nuevo matrimonio, una vez cumplidos los requisitos de ley. Ahora bien, para definir el concepto en sentido amplio, se tomaron en cuenta los siguientes elementos:

- a) La disolución del vínculo matrimonial
- b) En vida de los cónyuges
- c) Decretada por autoridad competente
- d) Dictada a solicitud o demanda ya sea por ambos o por cualquiera de ellos respectivamente
- e) En un procedimiento señalado para tal efecto
- f) Por una causa posterior a su celebración
- g) Fundada por alguna de las causales señaladas en la ley.
- h) Aptitud de los cónyuges para contraer un nuevo matrimonio

3.3 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE DIVORCIO

Después de haber expuesto las diversas definiciones en cuanto al concepto de divorcio, nos toca analizar el planteamiento del problema

respeto del mismo, y al efecto me permito señalar que como antecedente el divorcio, es sin duda uno de los temas más controvertidos y de mayor trascendencia en el Derecho de la Familia.

La implantación del divorcio se dio a fines del año 1914 por Don Venustiano Carranza en el Estado de Veracruz regulándose a través de la Ley sobre el Divorcio y la Ley sobre Relaciones Familiares.

El divorcio en nuestros días es considerado como un problema muy grande entre la sociedad que deriva de la gran cantidad de procedimientos que actualmente se llevan ante los juzgados de lo familiar, y que año con año aumentan considerablemente, lo que viene a convertirse en un problema social que requiere que el Estado actúe en ello.

Este fenómeno social no es privativo de alguna sociedad en particular, ni de una clase determinada, todo esto nos lleva a pensar en una profunda crisis por la que atraviesa el matrimonio. Siendo la institución del matrimonio base fundamental de la familia y en la que indudablemente los mayores perjudicados son los hijos.

Ahora bien, puede tomarse en cuenta que para que toda pareja, pueda llegar al matrimonio, sin que dentro del mismo se de el divorcio al poco tiempo de casados, debe orientárseles con una mejor y correcta educación, no sólo en cuanto a la educación sexual, sino en cuanto al papel que han de asumir como esposos, y parejas tanto en lo familiar como a nivel social.

Creo de manera particular, que para cuidar la existencia del núcleo familiar, el hombre como la mujer deben considerar que ambos son importantes dentro de la familia, pues el artículo 163 del Código Civil para el Estado de Michoacán nos señala la igualdad que debe existir entre el marido y la mujer dentro del hogar conyugal. Es pues de vital importancia que el legislador estudie a fondo las ventajas

de la custodia compartida para que en caso de divorcio produzcan el menor daño psicológico a los hijos menores de edad.

3.4 CLASES DE DIVORCIO

Nuestra legislación vigente distingue tres formas de divorcio las cuales ya se encontraban reguladas en la Ley sobre Relaciones Familiares.

A. Divorcio Necesario.

B. Divorcio Voluntario.

mismo que se substanciará:

- 1) Administrativamente.
- 2) Judicialmente.

a) Divorcio Necesario:

La principal característica de este divorcio consiste en la disolución del vínculo otorgando capacidad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias, lo puede promover ante la autoridad judicial cualquiera de los cónyuges o el que no haya dado motivo para él, con base en una o más causales estipuladas en el artículo 226 del Código Civil para el Estado de Michoacán.

Entre las principales causales de divorcio se encuentra el adulterio probado por uno de los cónyuges; el nacimiento durante el matrimonio, de un hijo concebido antes de la celebración de éste con persona distinta al cónyuge y cuando éste no hubiere tenido conocimiento; la incitación por un cónyuge para que el otro cometa algún delito; padecer cualquier enfermedad incurable, contagiosa o hereditaria; la separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses; la sevicia, las amenazas y las injurias graves de un cónyuge para el otro o para los hijos; el alcoholismo o el hábito del juego de apuestas, cuando cualquiera de éstos amenace con causar la

ruina de la familia o sea un motivo continuo de desavenencias; impedir uno de los cónyuges al otro desempeñar una actividad lícita, entre otras.

b) Divorcio Voluntario:

La Ley sobre Relaciones Familiares, estableció por primera vez en México la Disolución del Matrimonio mediante resolución judicial a instancia de ambos cónyuges que declaran su voluntad concordé de querer divorciarse. El divorcio voluntario se puede llevar a cabo por la vía administrativa o judicial, según las circunstancias particulares del matrimonio.

1) El divorcio voluntario administrativo, será aquel cuyo procedimiento se lleve ante el propio Oficial del registro civil. La diferencia entre estos dos tipos de divorcio voluntario (administrativo y judicial) consiste en que su trámite será ante dos autoridades diferentes por un lado judicial y por otra la administrativa aunque la esencia del trámite consistirá en lo mismo, disolver el vínculo matrimonial que une a los cónyuges.

El divorcio administrativo se solicita ante el Oficial del Registro Civil, quien pedirá a los cónyuges que se identifiquen. Posteriormente elaborará un acta en que se hará constar la petición de divorcio, citándolos para su ratificación a los 15 días. Después, el Oficial hará la anotación en el acta de matrimonio.

No obstante, para esto debe cumplirse con algunos requisitos, como son: que haya transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, que ambos cónyuges decidan divorciarse, que éstos sean mayores de edad, que hayan liquidado la sociedad conyugal, que la esposa no se encuentre en estado de gravidez, que no se hayan procreado hijos o si los tuvieran que sean mayores de edad y no requieran alimentos ni los hijos o alguno de los cónyuges.

En caso de que no se cumpla con lo anterior la solicitud de divorcio quedará sin efecto, y podrían los cónyuges hacerse acreedores a las sanciones previstas en las leyes.

2) El divorcio voluntario judicial, será aquel cuyo trámite ha de llevarse ante la autoridad judicial competente, en vía de jurisdicción voluntaria; la autoridad en este caso será el Juez de lo familiar. Éste divorcio se realiza cuando los cónyuges no cumplen con los requisitos antes mencionados en el divorcio administrativo, por lo que el divorcio en vía judicial se solicitará ante el Juez de lo Familiar siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio.

El trámite debe ser respaldado por un convenio en el que se designará a la persona que tendrá bajo su custodia a los hijos menores de edad.

Asimismo, se especificarán las modalidades del derecho de visitas del cónyuge que no detente la guarda y custodia, respetando horarios de comida, descanso y estudio de los hijos; el modo de atender las necesidades de la alimentación que deba otorgárseles, indicando la forma de pago, la cantidad o porcentaje de la misma y la garantía para asegurar su cumplimiento; la designación de la esposa o esposo que usará el domicilio conyugal y los enseres familiares durante el trámite de divorcio, es decir, el domicilio que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de haberse ejecutado el divorcio. Ambos deben comunicar los cambios de domicilio. Si se cumple con lo anterior, el Juez de lo Familiar decretará el divorcio voluntario y las medidas necesarias con base en el convenio firmado por ambos cónyuges.

El Juez deberá exhortar a los consortes a dialogar y buscar la forma de resolver sus problemas, procurando darles la madurez que necesitan los consortes a fin de que como matrimonio continúen.

3.5 CAUSALES DE DIVORCIO

La mayor incidencia del divorcio que se da actualmente, esta asociada a que los obstáculos legales se han reducido, a una menor oposición religiosa y a un menor desprecio social hacia las personas que se han divorciado. En el pasado, algunas parejas permanecían juntas "por el bien de los hijos".

Se concede mucha más importancia a la relación emocional de la pareja. Y es que la fuerza de las razones económicas para mantener unido el matrimonio, ha disminuido. La gente de hoy en día espera que su compañero enriquezca su vida, le ayude a desarrollar su potencial y sea su compañero en toda la extensión de la palabra, cuando dichos objetivos no se alcanzan, la mayor parte de las personas unidas en matrimonio considera razonable y justificable el divorcio.

Actualmente, es menos probable que los matrimonios infelices acepten su situación, anteriormente era más probable. Es menos posible que se reconozca que la situación puede mejorar y, además, es difícil que se piense que la situación de conflicto va a afectar negativamente a los esposos y a los hijos.

Principales causales contempladas en el artículo 226 del Código Civil del Estado de Michoacán, con un breve comentario de interpretación de cada una de ellas:

I. El adulterio debidamente comprobado de uno de los cónyuges.

Desafortunadamente no existe definición legal de adulterio; se entiende como: "Una relación sexual entre hombre y mujer, cuando uno de ellos se encuentra unido en matrimonio con otra persona".³⁸

³⁸ Mi Abogado Personal, Reader's Digest México, S.A. de C.V. México, 1991 pp. 111.

Probado el adulterio como causal de divorcio, el demandante obtendrá sentencia de divorcio a su favor. Para que proceda el divorcio por causal de adulterio basta la comprobación del trato carnal del cónyuge con persona distinta de su consorte. En la mayoría de los casos se dificulta la prueba plena del adulterio, por ello la Suprema Corte de Justicia de la Nación admite la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable. "Constituye prueba plena el registro de un hijo de hombre casado habido con mujer distinta de su cónyuge, o cuando vive probada y públicamente con otra mujer." (Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1975 de SJF, cuarta parte, Tercera Sala, p. 496).

II. El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia.

Esta causal implica que la mujer contrajo matrimonio sin manifestarle al prometido su embarazo y con la probable finalidad de atribuirle una falsa paternidad.

Se considera hijo concebido antes de celebrado el matrimonio, el nacido dentro de los primeros 180 días contados desde la celebración del matrimonio.

Para la procedencia de esta causal es necesario que el marido desconozca al hijo y éste sea declarado ilegítimo.

IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito.

El peligro que entraña esta incitación o el empleo de la violencia de un cónyuge al otro, para delinquir, por la intimidad de

la vida que existe entre los cónyuges, es motivo muy grave para disolver el vínculo.

La presencia de esta causal desvirtúa la función y finalidad del matrimonio.

VI. Padecer cualquier enfermedad crónica, incurable, contagiosa o hereditaria, cuando no hubiere sido dispensada; y la impotencia incurable para la cópula, cuando no hubiere sido dispensada o tenga su origen en la edad avanzada.

Según lo expresa esta fracción, la enfermedad como causa de divorcio debe reunir ciertos requisitos: Ser crónica, contagiosa o hereditaria, o incurable.

Para que la impotencia incurable sea causal de divorcio, se requiere que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

El cónyuge sano puede optar por el divorcio vincular o por la suspensión de la obligación de cohabitar con el otro cónyuge, en los términos del artículo 235 del Código Civil para el Estado de Michoacán.

VIII. La separación del domicilio conyugal por más de seis meses sin causa justificada.

La separación de la casa conyugal sin causa que lo justifique, significa el incumplimiento de uno de los deberes que impone el matrimonio a los consortes, vivir juntos en el domicilio conyugal.

IX. La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que la haya originado, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.

La presente fracción representa una real novedad en lo que respecta a las causas que se pueden ejercitar para llevar a cabo un divorcio, al invocar ésta nos encontramos con que no es necesario el acreditar si hubo causa justificada o no para la separación, lo que realmente cobra relevancia es el hecho físico, es decir, la desunión.

Con la separación de los cónyuges la convivencia se rompe, siendo ésta uno de los objetivos o fines del matrimonio.

Si la separación se alarga por más de un año, se presume que el vínculo de afecto que unía a los consortes ha desaparecido y en consecuencia, no se justifica el hecho de mantener la relación jurídica conyugal, ya que no tiene un cometido real entre los consortes.

Como resultado del juicio de divorcio que se funde en ésta fracción, en la sentencia no habrá cónyuge culpable ni cónyuge inocente, en consecuencia tanto el padre como la madre de los menores hijos en caso de que los hubiera no perderán la patria potestad, en base a lo anterior, considero importante el mencionar que la figura de la custodia compartida tema del presente trabajo de investigación, tendría una aplicación importante en tal supuesto, ya que independientemente de que el vínculo matrimonial se disuelva al decretarse el divorcio, la situación de los hijos en caso de que los hubiera en lo referente a su custodia, podría otorgárseles a ambos padres, es decir, la custodia compartida de los menores hijos.

XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para las hijas o hijos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido la sevicia, causa de divorcio, como "la crueldad excesiva que hace imposible la vida en común.... quien invoque esta causal debe detallar la naturaleza y las modalidades de los malos tratos, tanto

para que la otra parte pueda defenderse, como para que el Juez esté en condiciones de calificar su gravedad y si en realidad se configura la causal.

Las amenazas son las palabras o hechos mediante los cuales se intimida al cónyuge acerca de un mal inminente que el puede ocurrir a él o a sus seres queridos.

Injuria, es toda expresión proferida o toda acción, ejecutada con el ánimo de ofender al cónyuge, desprestigiar, lastimar su honor, su honra. La injuria debe ser muy grave para poder ser considerada como causal de divorcio.

XV. El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia.

Los vicios no son considerados enfermedades sino hechos imputables. En el vicioso hay un principio de culpabilidad. Sin embargo, no basta la sola existencia del vicio, éste debe consistir en una amenaza de ruina familiar y/o una causa constante de desavenencias entre los cónyuges.

XVII. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia las hijas o hijos de ambos, o de alguno de ellos. Para los efectos de este artículo se entiende por violencia familiar la descrita en este Código.

Se entiende por violencia familiar el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, en este caso para que sea considerada causal de divorcio, dicha violencia familiar la tendría que ejercer un cónyuge en contra del otro, y/o en contra de las hijas (os), misma que atente contra su integridad física,

psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir lesiones o no.

Los integrantes de la familia están obligados a evitar conductas que generen violencia familiar, asimismo, tienen derecho a que los demás miembros les respeten tanto su integridad física como psíquica, con el objeto de contribuir a su sano desarrollo para su plena incorporación y participación en el núcleo social. Al efecto, contará con la asistencia y protección de las instituciones públicas de acuerdo con las leyes.

Respecto del divorcio voluntario judicial, cabe mencionar la importancia que representa, una vez reunidos los requisitos para ejercitar tal vía, el de presentar un convenio en el que se precisan aspectos de gran importancia que no se pueden pasar por alto durante el procedimiento del divorcio y una vez que éste cause ejecutoria, tales cuestiones las encontramos plasmadas en el artículo 231 del Código Civil para el Estado de Michoacán, mismo que me permito transcribir y que a la letra dice:

"Artículo 231. 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 Primera Instancia, en los términos del Código de Procedimientos Civiles, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberá contener las cláusulas siguientes:

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 del domicilio conyugal, en su caso, y de los enseres 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 aún 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 acreedor, 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 convivencia, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos".

3.6 ANTECEDENTES DEL CONCUBINATO

Etimológicamente la palabra concubinato proviene del Latín "Concubinattus", que significa vida marital del hombre con la mujer, más la enciclopedia española de Derecho y Administración, afirma que el sentido etimológico del Concubinato no puede ser determinante en la formación de su concepto jurídico, ya que habría concubinato

siempre y cuando hubiere cohabitación, ya fuese entre casados, entre adúlteros o entre concubinarios y que, más bien, han sido las costumbres y las leyes de los países, los que han dado la significación que actualmente lleva.

El Concubinato es la cohabitación entre un hombre y una mujer solteros que viven en común prolongada y permanentemente.

El concubinato en mi particular punto de vista es: la unión de hecho entre un hombre y una mujer que viven maritalmente y que habitan bajo el mismo techo, siempre y cuando ambos permanezcan solteros.

El Concubinato es una forma de relación sexual muy antigua. En roma era una institución expresamente reconocida, a la que se atribuía un rango inferior al matrimonio.

En esta forma de unión entre personas de distinto sexo, la mujer no adquiriría la consideración de casada y los hijos seguían la condición del padre, no la de la madre.

Era el Concubinato, en ocasiones, una forma de unión impuesta cuando se quería eludir los obstáculos constituidos por la existencia de determinadas condiciones de clase que deberían concurrir para celebrar las justas nupciales, entre personas de diferentes categoría social.

El emperador Constantino estableció sanciones contra el Concubinato, sin perjuicio de la protección debida a los hijos nacidos de esta unión, a los que reconocía cierta participación en la herencia del padre.

En el antiguo derecho español la barraganía (Concubinato) tuvo una regulación encaminada, principalmente, a la tutela de los hijos.

3.7 EFECTOS JURÍDICOS DEL CONCUBINATO

Conforme al pasar de los años, la figura del concubinato ha cobrado reconocimiento en nuestro país, situación de la cual también ha participado nuestra legislación de Michoacán, por ejemplo, poco a poco se ha ido erradicando con la odiosa diferencia entre los hijos legítimos y los nacidos fuera del matrimonio; se procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres y que se ven privados de los más elementales derechos, únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen.

En virtud de que el concubinato se presenta en nuestra sociedad como una realidad, se ha tenido, necesariamente, que otorgarle efectos considerables, por razones de humanidad, ya sea en defensa de la Concubina o de los hijos nacidos de ella.

Con relación a los hijos nacidos durante el concubinato, en el artículo 338 del Código Civil para el Estado de Michoacán se establece la presunción de que son hijos de los concubinos los nacidos dentro de dicha unión o dentro de los 300 días siguientes a que terminó la vida en común.

Cabe comentar que por tratarse de una situación de hecho, frecuentemente es difícil acreditar el momento en el que se inició la vida en común y el momento de terminación de la misma.

Es evidente que si los concubinos se unieron sin considerar necesario contraer legítimo matrimonio ante el Oficial del Registro Civil, tampoco tendrán la necesidad de ocurrir ante el Juez de lo Familiar para terminar su vida en común, por tratarse de una situación de hecho. Esto afecta gravemente en contra de los intereses superiores de los hijos procreados en el concubinato.

En caso de separación de los concubinos, no existe una regulación adecuada para la tutela de los hijos procreados en dichas uniones, que sean afines a las disposiciones que se prevén en el caso del divorcio, sin embargo, en el capítulo VII Bis, del Código Civil de Michoacán denominado Del Concubinato, al referirse a éste, de los artículos 249 Bis al Quintus, de manera general, determina cuáles son los deberes, derechos, obligaciones y facultades que se conceden al concubino y a la concubina.

Estimo pertinente abordar el numeral 249 ter, mismo que me permito transcribir y que a la letra dice:

"249 ter. Regiran al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables."

Por ser el concubinato una institución familiar trascendente, en el artículo 249 ter, se ordena que lo regirán "todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables". En este sentido, se aplican los preceptos en cuanto al orden público e interés social, consignados en los artículos 134 ter y 134 quintus de este ordenamiento, disposiciones éstas que nos permiten ubicar a la concubina y a los menores hijos con gran protección jurídica al concluir el concubinato, claro que para esto será de vital importancia el acreditar que realmente existió ésta relación y también el precisar el momento en que inicio y su terminación; para de esta manera poder ejercitar los derechos y obligaciones que habrá de generar el concubinato.

Dentro de las facultades del Juez Familiar, le permiten de manera definitiva, proveer sobre la patria potestad o la tutela, en su caso, establecer determinados deberes y obligaciones respecto a los hijos, y aún cuando en nuestra legislación no encontramos la custodia compartida, en base a mi propuesta considero que el Juez de lo familiar podrá a petición de los concubinos o de oficio el

decretar la custodia a ambos padres al concluir el concubinato, si bien no encontramos legislación referente a la custodia compartida tampoco ésta se encuentra prohibida y por lo tanto podrá llevarse a cabo en el caso de la terminación del concubinato, velando por supuesto, por lo que más les convenga a los menores hijos.

CAPITULO IV

LA CUSTODIA COMPARTIDA Y SU EVOLUCIÓN

4.1 EN ESPAÑA

Actualmente en España en relación a la custodia compartida, por la vía de la iniciativa popular, y en base a a su inconstitucionalidad, se propone la modificación en el parlamento español de las siguientes leyes.

Conforme al artículo 103 del Código Civil Español, libro I, título IV, de las personas: El juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges adoptará como medidas; determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones aprobadas, y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Esto vulnera los siguientes artículos de la Constitución Española:

A) El artículo 14 de la Constitución Española, Título I, Capítulo Segundo, de los Derechos y Libertades; manifiesta que: Los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, opinión.

En efecto, deja de haber igualdad entre ambos sexos de una expareja si a uno de ellos se le privilegia con la potestad de pedir la separación y con la adjudicación de la guarda de los hijos, mientras que al otro se le reduce al papel de visitante, denigrándolo con un cruel régimen de visitas, con repercusiones negativas hacia ambos padres y especialmente hacia los hijos, que ven menguada excesivamente la figura de uno de sus progenitores.

B) El artículo 39 de la Constitución Española, Título I, Capítulo Tercero, de los Principios Rectores de la Política Social y Económica; cuyos cuatro apartados hacen referencia a la protección de la familia y la infancia. Es irrealizable la protección integral de los hijos o la asistencia de ambos padres a sus hijos que marca este artículo de la Constitución cuando el juez coloca en poder de la madre, los hijos del matrimonio menores de siete años y desnivela de forma absoluta el papel de los dos progenitores respecto de los menores.³⁹

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

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

Por citar dos artículos internacionales vulnerados por las razones mencionadas, el artículo 18 de la Convención de la ONU de 1989, establece que: Se pondrá el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño.⁴⁰

El Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño establece que: siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres.⁴¹

³⁹ CONSTITUCION ESPAÑOLA, Madrid 2004, 172 pp, Editorial Tecnos Ref.

⁴⁰ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Convención de la ONU del año de 1989.

⁴¹ DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ONU del 20 de noviembre de 1959.

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

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

Propuesta de hombres separados en España.

La custodia compartida es la gran reivindicación de las Asociaciones de Hombres Separados. Estos hombres luchan porque se les considere con los mismos derechos que a sus exesposas a la hora de cuidar a sus hijos. Es un tema muy conflictivo. El origen del problema puede situarse en las décadas de los 70 y 80, cuando se promulgaron la gran mayoría de las leyes de separación y divorcio que están, hoy en día vigentes en España.

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

Los hombres del movimiento opinan:

Nosotros luchamos por la igualdad, ya que dicha igualdad se vera reflejada en la vida familiar del menor, asimismo con la presencia de las dos figuras, paterna y materna, en la educación facilita una

distribución de las tareas de crianza, la participación en la toma de decisiones y la superación del cliché machista de "padre proveedor" y "madre cuidadora".

Esto favorece, por una parte, la integración social y laboral de las mujeres y, por otra, estimula en los hombres valores de responsabilidad y afecto hacia el menor o los menores.

Los niños desarrollan una mentalidad y actitud distinta ante la ruptura de sus padres, al no culpabilizarse por ella y seguir manteniendo la relación con los dos.

El padre se siente más implicado e integrado en la educación y desarrollo de sus hijos, al permitirle mantener sus lazos de afectividad y una relación constante. Este hecho supone una ventaja añadida, ya que reduce el impago de pensiones.

4.2 EN FRANCIA

Propuesta del gobierno francés; cuyo aspecto más espectacular es la previsión legal de la custodia compartida y la convivencia de los hijos separados con ambos padres.

Al margen de sus efectos finales en las leyes y en la práctica judicial, esta iniciativa tiene un valor innegable: por primera vez, un gobierno europeo reconoce abiertamente que ese régimen de alternancia en la convivencia es el más conveniente para el desarrollo del niño.

Cada hijo tiene el derecho de ser educado por su padre y por su madre, con independencia de la situación familiar.

Hay que reafirmar el papel del padre cuando está marginado por el divorcio, ha indicado la ministra. A su juicio, la fórmula de compartir el tiempo del hijo entre sus dos padres a partes iguales,

según un ritmo general de una semana de cada dos, es la que mejor puede responder a las necesidades del niño. En la propuesta se suprime el derecho de visita por entender que padre y madre tienen el derecho y el deber de mantener relaciones personales con el niño.

La iniciativa constituye, sin duda, un paso de gigante en medio de los obsoletos regímenes de divorcio occidentales.

La asociación francesa SOS PAPA,⁴² por ejemplo, lamenta que no se hayan previsto aspectos como los secuestros o huidas con los niños antes de emprenderse cualquier acción judicial; que no se imponga a las partes una seria obligación de negociación, conciliación o mediación, ni se distinga entre el progenitor positivo y el progenitor negativo que obstaculiza toda conciliación; o que se siga reconociendo a los magistrados un poder único e incontrolado que, en muchos casos, podría ejercerse de forma personal y discriminatoria.

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

Ambos padres conservan el ejercicio de la patria potestad, es decir, cada uno de ellos conserva el derecho y el deber de custodia que es uno de los atributos de la patria potestad. La palabra custodia define a la vez el derecho y el deber de un padre de mantener al hijo en su hogar familiar, así como el derecho y el deber de ese padre de atender las necesidades de su hijo y prodigarle los cuidados que necesite cada día.

⁴² SOS PAPA, Asociación francesa de padres (hombres de familia) en lucha por la igualdad parental. Sitio Web: www.sospapa.asso.fr

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

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

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

La Asamblea Nacional Francesa aprobó el proyecto de ley sobre la autoridad paterna que equipara los derechos y deberes de padres y madres. La ley establece la igualdad de derechos de hombres y mujeres en cuanto a la guarda y custodia de los hijos tras la separación de la pareja. La custodia recaía hasta ahora en la madre.

Por otra parte, el texto otorga una autoridad compartida por ambos padres en cuanto a la educación de los hijos, sea cual sea la situación de la pareja.

La ley favorece que los niños vivan alternamente en casa de cada uno de los padres.

Asimismo, se ha adoptado una disposición sobre menores extranjeros que llegan a territorio francés.

La ley fija que un administrador nombrado ex profeso se haga cargo de ellos y los asista legalmente mientras están retenidos en las salas de espera de aeropuertos, estaciones de ferrocarril o fronteras terrestres y marítimas.

La nueva Ley sobre la autoridad paterna de Francia, que equipara los derechos y deberes de ambos progenitores en los casos de separación y divorcio, entró en vigor el 5 de marzo del 2002.⁴³

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

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

Son los padres los que están en condiciones de establecer cuál es el mejor interés del hijo, cuando ambos están de acuerdo, ya que esto importa ventajas: ambos se mantienen guardadores, ambos se equiparan en cuanto a organización de su tiempo y vida personal y profesional, los hijos mantienen la convivencia con cada uno, se les presentan menos problemas de lealtades.

Sólo se justifica el rechazo de la propuesta de ambos padres, si tal acuerdo resultara perjudicial a éstos.

⁴³ ASAMBLEA NACIONAL FRANCESA, ver en sitio web: <http://www.assemblee-nat.fr/ta0806>

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

Hoy en día es indudable que un niño necesita continuar el contacto que tenía cuando la familia estaba intacta con ambos padres.

Esto lo garantiza la permanencia de los cuidados paternos y con ello, el mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas.

El padre es algo más que un mero rival con el que el sujeto compete por el amor de la madre. Es el representante del orden social, como tal, y sólo identificándolo con su padre, se puede lograr el ingreso del hijo al mundo del orden.

Es indudable el reconocimiento que efectúa el fallo del valor de los roles femenino y masculino después de la evolución de criterios sufrida por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, que parte a principios de siglo desde el ejercicio de la patria potestad sólo en manos del padre, pasa luego a la madre en casos de separación o de divorcio.

4.3 EN ARGENTINA

Durante el matrimonio, la tenencia de los hijos comunes es compartida. Ambos padres ejercen la guarda o custodia de los mismos. Cuando la pareja se divorcia. Se entiende tenencia, custodia o guarda como los cuidados y protección directa que los padres desarrollan hacia sus hijos.

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

A cualquier progenitor involucrado con sus hijos, la sola idea de separarse de ellos y convertirse en un visitante, le provoca un dolor intenso, una desesperación profunda y un desconcierto abrumador, crisis que suele conducir a situaciones de impotencia y autodestrucción personales.

La ley y la jurisprudencia establecen que para hijos menores, la tenencia es de la madre.

Reformas de la década de los 80, establecen que la patria potestad la detenta quien ejerce la tenencia, completando el desolado cuadro del padre que no convive con el menor, para el cual se reserva las visitas y el pago de los llamados alimentos.

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

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

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

Una sentencia con fundamento, un tribunal de Apelación Civil Argentino se basa en la Convención sobre los Derechos del Niño para dictar sentencia a favor de la custodia compartida, pese a no estar prevista en la legislación.

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

Según esa sentencia, el hecho de que la ley no establezca la custodia compartida no debe interpretarse en el sentido de que la prohíba.

En consecuencia, ante ese vacío legal, el tribunal se basa en las disposiciones de la Convención Sobre los Derechos del Niño, que tienen jerarquía constitucional.

La sentencia es respuesta al recurso de apelación interpuesto contra una sentencia anterior en que se había denegado la custodia compartida, solicitada de mutuo acuerdo por ambos padres.

En esa sentencia en primera instancia, el tribunal había concedido la custodia (tenencia) en exclusividad a la madre, sobre la base de la legislación vigente y del dictamen del asesor de menores.

En otro pasaje de la sentencia, se recuerda que la ley no prohíbe la tenencia conjunta, sencillamente no la legisla. Pero la ausencia de normas no permite olvidar que los niños necesitan siempre a ambos padres.

Los contactos continuos y significativos entre los padres disminuyen el impacto traumático del divorcio en los hijos.

En resumen, en esta sentencia se hace prevalecer lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño frente a los vacíos legales y las rutinas procesales, ya que, como se indica en determinados estudios jurídicos mencionados en la sentencia, los

magistrados deben operar considerando modificadas o derogadas las disposiciones que vulneren, desconozcan, restrinjan o contradigan los derechos de la infancia sin necesidad de que tales disposiciones infraconstitucionales sean expresamente abrogadas o reformadas.

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

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

No existe medio más bondadoso de ejercicio de la patria potestad que su desempeño en forma conjunta, aunque en algunos supuestos se requiera una debida adecuación a las particularidades de cada caso.⁴⁴

Si la patria potestad se artículo en la ley sobre la base de conferirla a ambos padres, la jerarquía que tiene este principio no debe desvirtuarse por una interpretación no acorde con él. La ley no prohíbe la tenencia conjunta, sencillamente no la legisla.

Pero la ausencia de normas no permite olvidar que los niños necesitan siempre a ambos padres.

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

4.4 EN MÉXICO

La responsabilidad que se obtiene de un menor ante la guarda y custodia en el divorcio necesario es muy grande:

⁴⁴ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA 2006, Legislación complementaria, Editorial ABELEDO-PERROT, colección CÓDIGOS UNIVERSITARIOS; Edición 4, p.888

1. El deber de convivencia es la natural consecuencia de la función de la patria potestad. Es una consecuencia del deber de cuidado y custodia. Dicha convivencia tiene por objeto lograr la estabilidad personal y emocional del menor.

Como deber correlativo también corresponde al hijo que está el de ser respetado en su persona y en su intimidad, necesarios para lograr la convivencia familiar.

Esta convivencia entre padres e hijos que normalmente se da en la relación familiar, sufre un cambio cuando hay crisis conyugal y el divorcio y, como consecuencia la separación de los progenitores.

Surge en este supuesto el derecho de visita, que tiene su origen en esta convivencia.

2. Protección a la persona. Dentro del cuidado y custodia está la protección de la persona del hijo "frente a todo peligro que pueda amenazar su salud física y moral".⁴⁵

Esta misión especial de los padres corresponde al deber del hijo de aceptación y respeto de la protección que le brindan sus padres.

En cuanto a las facultades, son recíprocas puesto que a los padres les corresponde el derecho de cuidarlo y amonestarlo, y al hijo el de ser protegido.

3. Vigilancia de sus actos. Dentro del deber de guardar va implícito el deber de vigilancia, por lo cual los padres responderán de las consecuencias dañosas en que hayan incurrido sus hijos en cuanto a ellas se deban a la falta de vigilancia. Este deber es para la formación de sus hijos.

⁴⁵ PUIG PEÑA, Federico "Tratado de Derecho Civil Español", Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1974 tomo II, p. 78.

Se les vigila en la familia y fuera de ella, no sólo para evitar daños sino en plan de promoción humana.

Al hijo le corresponde la obediencia y respeto como deberes para evitar la responsabilidad de los daños con cargo a quienes ejercen la patria potestad.

En cuanto a las facultades, corresponde a los padres el derecho a la corrección y amonestación, y a los hijos el derecho a ser protegidos.

4. El deber de educación de los hijos implica el deber y el derecho de ocuparse de la educación física, espiritual y moral del menor. Asimismo, el atender a la preparación para una profesión o actividad determinada, que represente utilidad al menor y a la sociedad.

Pero ese deber es al propio tiempo un derecho, constituyendo así una de las funciones integrales de la patria potestad.

Cabe distinguir la instrucción, como desarrollo de la inteligencia o adquisición de conocimientos básicos para la vida de relación, de la educación que tiene un sentido más amplio y general procurando el desenvolvimiento de todas las facultades físicas y psíquicas, a lo que agregamos la orientación que posee y que se traduce en arribar un desarrollo pleno del hijo como persona.

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

6. La asistencia paterna comprende los aspectos morales y materiales, confundándose en el caso del primero con el deber de educación.

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

En caso de divorcio necesario salvo peligro grave para el mejor desarrollo de los hijos, los menores de doce años deberán quedar bajo el cuidado de la madre,⁴⁶ si ambos cónyuges fueran culpables, el juez decidirá el régimen más conveniente al interés de los hijos, según las circunstancias del caso. La tenencia como derecho integrante de la patria potestad corresponde tanto al padre como a la madre sean legítimos o extra matrimoniales, reconocidos o declarados tales, siempre que medie convivencia con el hijo.

Existen situaciones donde la proximidad física entre el hijo y su progenitor se ve alterada por circunstancias ajenas a la voluntad del padre.

La tenencia a su vez, constituye el presupuesto para el debido cumplimiento de las restantes conductas que se ven entorpecidas y hasta anuladas cuando se produce el distanciamiento material.

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

Siendo la plataforma de sustentación el cumplimiento de los restantes deberes paternos, la tenencia determina cuando la unión matrimonial se desestabiliza, debe ineludiblemente confrontarse la idoneidad de uno y otro progenitor para que se la otorgue.

⁴⁶ Código Civil para el Estado de Michoacán, Cuadernos Michoacanos de Derecho, 2º época, año 17, 2004.

Constituirá grave perjuicio para el hijo la circunstancia de quedar físicamente próximo a quien no resultara capaz de lograr la finalidad de la institución.

Reintegración de la custodia.- Puede suceder que quien esté ejerciendo la patria potestad sea privado de la custodia del menor. En este caso debe de recuperar al menor para poder cumplir su función que es obligatoria.

Independientemente de quien prive al padre de su hijo puede cometer un delito, quien ejerce la patria potestad tiene acción para obtener del juez la restitución de la custodia del menor.

Por su parte el niño tiene derecho de convivir con su padres y no ser separado de sus parientes contra la voluntad de éstos. Lo que implica también un derecho de los padres a conservar la custodia de los hijos.

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

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

1. La calidad con que se demanda, como ser el padre o, en su caso, la madre, y por lo tanto el ejercicio de la patria potestad del menor.

2. La violación de ese derecho deducido, o sea la privación de la guarda y custodia del menor.
3. El hecho de que se haya traducido en la desposesión del menor hijo, frente a otra u otras personas con menor derecho para ello.

En los casos que han llegado al conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se han planteado como interdictos para recobrar la posesión, no obstante que estos se refieren a bienes y no a la custodia de un menor de edad.

El ejercicio de la acción interdictal para recuperar la posesión de un hijo cuando el padre es despojado, se podrá llevara acabo siempre que se llenen los siguientes requisitos:

1. Que esté en posesión de los derechos del padre o hijo legítimo.
2. Que fuere despojado de esos derechos o perturbado en su ejercicio.
3. Que ese despojo o perturbación se ejerza sin que exista sentencia previa, en contra del titular de ese derecho.

En este caso no es materia de la litis ante la autoridad judicial la comprobación de la maternidad o paternidad del menor.

CAPÍTULO V

LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ESTADO DE MICHOACÁN

5.1 UN TEMA CONTROVERTIDO

Mi intención del presente capítulo es el que se conozcan las peculiaridades de las diferentes legislaciones que refieren el tema de la custodia compartida y de las cuales he tomado los aspectos que a mi parecer son más contribuyentes al debate; a la vez que se palpa como es perfectamente viable esta institución.

Existe el mito de que la Custodia Compartida es el reparto equitativo del tiempo de convivencia del niño con cada uno de sus padres, sin embargo como he venido argumentando es preciso alejarse de interpretaciones simples.

Efectivamente se trata de reparto equitativo, pero referido a los deberes y derechos de ambos padres para con sus hijos, y eso no entiende de límites temporales.

Aunque existe una tendencia impuesta por la ley francesa a encuadrar los períodos de alternancia, la fórmula de compartir el tiempo del hijo entre sus dos padres a partes iguales, es la que mejor podría responder a las necesidades del niño, pero esto nunca se ha de interpretar concretamente y así lo ha puntualizado legislaciones estadounidenses como la de los estados de Idaho e Illinois, estados pertenecientes a los Estados Unidos de Norteamérica.

Algunos defienden solamente el prolongar el régimen de visitas, aunque creo un absurdo pretender que las visitas sean sinónimos de

auténtica convivencia; en sentencia del 24 de febrero de 1999 por el Tribunal de Apelación de París en materia Civil, reconoció que el sistema clásico de residencia principal y derecho de visita contribuye a debilitar el vínculo entre el hijo y el progenitor con el que no vive a diario.

Realmente solo mediante la Custodia Compartida se podrá satisfacer la necesidad de convivencia con ambos padres que reclama todo hijo, la cual juega un papel vital en la adaptación al divorcio y el logro de un equilibrio emocional y psicológico del menor que repercute en su desenvolvimiento positivo en la sociedad.

Por supuesto que en esto sale a correlación la distancia geográfica, de existir un mayor aislamiento, se hacen más largos y menos frecuentes los periodos de alternancia, adaptado fundamentalmente al calendario escolar, y se corre el riesgo de heredar las mismas deficiencias de la custodia exclusiva; así de implacable es la física y sus reglas del espacio y el tiempo, la solución queda en manos de los padres.

El Código de Texas prevé que el comienzo y el final de los periodos de convivencia alterna coincidan con los horarios escolares, de forma que los padres depositen y recojan a los niños en el colegio o la guardería, evitándose con ello las fricciones o la simple frialdad de trato en presencia de los niños y favoreciendo la participación de ambos padres en la vida escolar.

Igual obligación se genera en lo referente a los centros médicos, puesto que se debe permitir que ambos accedan a la historia clínica u otro dato pertinente (Canadá).

Bajo ningún concepto se deben dar prioridades acorde a las condiciones económicas, eso sería subestimar todo lo que entraña una idónea educación. El deber de los padres no debe limitarse a la

asistencia material, que no debe ser una coartada para desatenderse de lo esencial: la educación y los vínculos afectivos que deben seguir estrechando.

La tendencia judicial ha de ser valorar las causas y regirse por el mejor efecto para el niño y no por un sentido de justicia o equidad hacia los padres, la fórmula de coparentalidad más idónea es la que permita al niño un mayor disfrute de la presencia y los cuidados de ambos padres. Por lo tanto me parece poco productivo el establecimiento de presunciones al respecto.

Estabilidad: Es vista en un doble aspecto, por un lado tenemos la Estabilidad Material, usualmente asociada a la estabilidad de domicilio u otros factores tangibles.

Esto se ha convertido en caballo de Troya para los defensores de la custodia exclusiva, pues el hecho que el niño varíe de domicilio implica su adaptación a las características de distintos hogares, exigiría cierta cercanía entre las residencias de los ex cónyuges y ya que hablamos de elementos palpables, implicaría además más gastos una vez que se ha de proveer doblemente al menor de sus útiles.

Sin embargo se trata de una posición sumamente controvertible, ya que por ejemplo el establecimiento de la custodia exclusiva con su respaldo a un solo padre y el consiguiente enfrentamiento de estos a conllevado que muchos padres decidan unilateralmente cambiar de residencia a fin de alejarlo del otro y el niño ha terminado enfrentándose a una peor situación de inestabilidad de domicilio; esto se frena en los regímenes de custodia compartida donde generalmente se exige el consentimiento del otro padre y/o el juez para cualquier cambio de vivienda.

De cualquier modo creo que lo realmente importante es lo referente a la Estabilidad Emocional, la sensación de seguridad del

menor referente al afecto de sus progenitores, y esto solo se logra preservando en lo posible la vida familiar del niño.

La custodia compartida rompe la imagen del padre el que sólo se ocupa de pensiones y visitas con fechas, es este el único modo que el niño perciba que puede contar con ese padre. A su vez los padres pueden auxiliarse en sus funciones de garantizar la educación e integridad del niño, de modo que este siempre sienta su presencia.

El proporcionar al niño un medio seguro, con continuo contacto físico y emocional, ha sido preocupación de casi todas las legislaciones reguladoras a la relación filial y no es menos en la leyes que respaldan la custodia compartida.

Mutuo Acuerdo de los padres. La posición de los legisladores es dotar a la familia de alternativas respecto a la custodia de sus hijos, no de imponer ningún modo en particular; así que siempre que haya concordia sobre una de las opciones legales se respetará la voluntad.

El objetivo es simplemente potenciar el mutuo acuerdo y fomentar el ejercicio de la responsabilidad de los progenitores.

Por otra parte todas las legislaciones que consulté dan importancia al plan de coparentalidad presentado por los padres de mutuo acuerdo, siendo esta la situación ideal para establecer la Custodia Compartida.

Se permite la posibilidad de presentar varios planes alternativos y someterlos a la determinación del juez para que precise el más apropiado (situación prevista en el estado de Kansas).

La ley sueca exige que el acuerdo sea consignado por escrito, firmado por ambos padres y avalado por el Comité de Bienestar Social; y como

nota discordante tenemos que se le ha otorgado a dicho documento la misma validez que una decisión judicial, lo que significa entre otras cosas que es ejecutorio por sí solo.

5.2 VENTAJAS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

El vínculo del matrimonio ha demostrado no ser resistente al desgaste ni a la ruptura.

Frente a esta realidad, lo único que ahora me gustaría que fuera verdaderamente indisoluble es el vínculo familiar.

Al referirme a la custodia compartida es una de las respuestas posibles a estas situaciones tan complejas. Es la solución más apropiada para que se respete el derecho del hijo a crecer cerca de sus dos progenitores.

Como ya no puede ser educado por los dos al mismo tiempo, lo será de manera alternada.

Escoger la custodia compartida significa reconocer que cada progenitor tiene los mismos derechos y los mismos deberes antes sus hijos. Es además, una buena forma de recordar a los padres negligentes cuales son sus responsabilidades, y a los padres excluidos cuales son sus derechos.

Esta opción de vida implica conceder al ex cónyuge el lugar que le corresponde, incluso, si después de la ruptura no se está de acuerdo en todo. Y lo normal, tras un divorcio es que los ex cónyuges no estén de acuerdo en todo.

Con la custodia compartida no hay un padre principal y otro secundario este sentimiento de jerarquía es decir de exclusión entre

los padres, lo han experimentado infinidad de veces los progenitores "sin custodia" cuando uno ve a sus hijos sólo unas horas al mes.

Realmente sólo mediante la custodia compartida se podrá satisfacer la necesidad de convivencia con ambos padres que reclama todo hijo.

Numerosos estudios han señalado que los conflictos entre los padres desempeñan un papel importante en la aparición de conflictos psicológicos en el menor. Si después el divorcio el niño presenta este tipo de problemas se relacionarán principalmente con las discusiones familiares anteriores a la separación.

De cualquier modo creo que lo realmente importante es lo referente a esa estabilidad emocional que debe tener el niño, la sensación de seguridad referente al afecto de sus progenitores y esto sólo se logra preservando en lo posible la vida familiar de él.

Como ya lo mencioné la custodia compartida rompe con la imagen del padre que sólo se ocupa de pensiones y visitas con fechas, es el único modo que el niño perciba que puede contar con ese padre.

A su vez los padres pueden auxiliarse en sus funciones que garanticen la educación e integridad del niño para que siempre sienta su presencia.

El interés del menor es un principio rector en todas las legislaciones que tratan el tema, en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño: "Los Estados que intervienen en la anterior Comisión, respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular" (art 9.3). Es este también un principio consagrado por muchas constituciones, algunas de las

cuales hacen de ello letra muerta el establecer en la legislación complementaria la sola posibilidad de la custodia exclusiva; tal es el caso de nuestro país que dispone en su carta magna en el Artículo 4° "El varón y la mujer son iguales ante la ley.

Por lo que puedo agregar que todos los infantes tienen el derecho de convivir de manera plena con sus padres y con su familia extendida a menos que el Juez de lo familiar determine lo contrario.

Siendo la custodia compartida una figura jurídica controvertida a continuación comentaré algunos aspectos relacionados al tema.

Es de vital importancia el establecer un régimen de visitas y crear la figura jurídica de la custodia compartida para que las parejas divorciadas no se nieguen a cumplir la convivencia entre los padres e hijos.

Lo anterior es el objetivo de la iniciativa de reforma a las disposiciones en materia de guarda y custodia y derechos de convivencia de los menores del Código Civil para el Estado de Michoacán.

Considero que los vacíos legales existentes en nuestra legislación Civil, en ese aspecto han ocasionado diversas controversias de carácter jurídico, familiar y ocasionado una problemática en materia social.

En la actualidad por lo regular es la madre a quien se le otorga la custodia del menor, lo cual imposibilita a los jueces a dictar un régimen de visitas, entre padres e hijos que satisfaga una convivencia sana y afectiva entre éstos.

Asimismo, en mi opinión resulta necesario que se respeten los derechos de las niñas y los niños a decidir, porque en la actualidad

se les ignora y los padres son los que determinan su futuro, originando un síndrome de alineación parental o rechazo inducido por el otro progenitor.

En este sentido, puntualizo que es de vital importancia el imponer sanciones con todo rigor para quien impida el ejercicio a convivir con las hijas e hijos.

La custodia compartida es una figura en México de reciente aprobación y muy debatida, sin embargo los beneficios que genera son enormes, ya que permite que los padres divorciados no limiten el crecimiento de sus hijos menores de edad, al enfrascarse éstos en disputas por la custodia del menor, creándoles serios conflictos, y para los ex cónyuges les generará menor desgaste en lo económico y en lo moral; porque éstos al caer en una situación de lucha por la custodia del o los menores, lo único que conseguirán es alargar la resolución del juez de lo familiar en turno, situación que afecta inevitablemente a los menores.

CONCLUSIONES

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

De ahí podemos concluir que las obligaciones generadas durante el matrimonio deben subsistir aún después de disuelto el mismo, obligaciones tales como los alimentos, continuar ambos cónyuges con un trato frecuente y constante con el menor, para lograr en la medida de lo posible un daño mínimo una vez que sus padres se hayan divorciado.

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

Por lo tanto la determinación de la pensión alimenticia la realiza el Juez previa consideración de los elementos, con los que se acredita el enlace del acreedor con el deudor y bajo la presunción de que los menores, incluso los mayores de edad que así lo acreditan, necesitan alimentos, por ende no se causa un agravio al deudor, ya que es su obligación proporcionar los alimentos.

Separación y divorcio producen unos efectos que son comunes.

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

El convenio debe ser aprobado por el Juez, que puede rechazarlo si éste es perjudicial para los hijos o gravemente perjudicial para alguno de los cónyuges; debiendo motivarse.

Las medidas adoptadas por el Juez puedan modificarse, en virtud de nuevo convenio, o por propia decisión judicial, si cabían las circunstancias que las justifican. Asimismo está facultado el Juez para requerir garantías suficientes sobre el cumplimiento del convenio.

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

Una de las tareas fundamentales de los padres hacia los hijos, es brindarles protección dentro del cuidado y custodia, está la

protección de la persona del hijo frente a todo peligro que pueda amenazar su salud física y moral.

Esta misión de los padres corresponde al deber del hijo de aceptación y respeto de la protección que les brindan sus padres, les corresponde el derecho de cuidarlo y amonestarlo y el hijo el de ser protegido.

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

I. Una de las necesidades del menor de edad es el ser cuidado y protegido por sus padres, ya que esta influencia, le fortalece para su desarrollo integral.

II. La actitud de los progenitores para con sus hijos, debe reflejar armonía, respeto y amor, buscando que sea recíproca del menor de edad hacia sus progenitores.

III. Las relaciones negativas entre los padres perjudicará el entorno psicológico del o de los menores de edad y que al final culminará todo, en una separación de sus padres.

IV. La patria potestad es un conjunto de derechos y obligaciones de los que la ejercen y que va destinada al beneficio y protección de los menores de edad sujetos a la misma.

VI. Tanto en el cuidado, como la guarda del menor, en el divorcio voluntario judicial, debe quedar encomendada a ambos progenitores, por medio de la custodia compartida.

VII. Es conveniente que se aplique en nuestra legislación la custodia compartida, con el fin de que el crecimiento del menor de edad sea de manera integral, ya que se rompe el vínculo matrimonial, más no el de la familia hacia el menor de edad, con respecto de sus padres.

VIII. Evitar la custodia monoparental que propicia que uno de los padres se le designe como el único responsable, del menor de edad dando paso con ello a la custodia exclusiva y que en nuestro Código Civil vigente, normalmente se le otorga a la madre.

IX. Se propone que ambos progenitores adopten la custodia compartida, para continuar una cercanía sana para con sus hijos independientemente del desarrollo de la vida personal de los padres posterior al divorcio.

X. La custodia compartida es la solución menos mala para que se respete el derecho del hijo a crecer y ser educado cerca de sus dos progenitores ya que los derechos y deberes de los padres son semejantes de cara a los intereses del menor de edad.

XI. La custodia compartida facilita que los adultos reconstruyan más rápidamente su vida personal sin olvidar que el niño necesita de dos progenitores para desarrollarse y construir su identidad independientemente de la situación que sobreviene al divorcio.

PROPUESTAS

La legislación del Estado de Michoacán, al igual que en el Derecho en general, requiere actualizarse permanentemente a fin de armonizarla con las necesidades sociales.

Un aspecto muy importante, que hasta ahora no ha sido adecuadamente regulado, lo constituye: la guarda y la custodia así como el derecho de convivencia, de los menores sujetos a la patria potestad.

Actualmente, las normas jurídicas no responden en forma adecuada a los diversos y complejos problemas que se presentan cuando ambos progenitores ejercen la patria potestad, pero solo uno de ellos tiene la guarda y custodia de los hijos o las hijas menores de edad.

Igual de complejas, son las situaciones que se presentan cuando cada uno de los progenitores tiene la guarda y custodia de uno o varios menores, esto es, que la madre la ejerce sobre uno o varios hijos y el padre sobre otro u otros diversos.

En tales supuestos, los niños y las niñas tienen una esfera de protección precaria. Para superar tal situación, urge armonizar los derechos de sus ascendientes y otros parientes a convivir con ellos, sin menoscabo del bienestar de los menores y velando por el cumplimiento de sus derechos y deberes.

En el presente trabajo de investigación tengo como principal objetivo el puntualizar el interés superior de los niños y las niñas, para que estos al encontrarse en la situación de que sus padres se han divorciado, no se afecte más su entorno en relación con ambos padres; asimismo, el buscar armonizar los legítimos derechos del padre y de la madre, mediante diversas adiciones y reformas a la

legislación del Estado de Michoacán, en el ámbito civil, en sus leyes sustantiva y adjetiva.

Las modificaciones propuestas, atendiendo al ordenamiento legal afectado, pueden agruparse en los siguientes ordenamientos:

- I. Código Civil para el Estado de Michoacán; y
- II. Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán.

• CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MICHOACÁN

Respecto del Código Civil para el Estado de Michoacán, las propuestas sobre la custodia y la guarda de los menores y el derecho de convivencia con los mismos, se extienden a los siguientes artículos.

Propongo modificar la fracción V del artículo 241 del Código Civil, a fin de introducir la custodia compartida de los niños y las niñas, tanto cuando se constituya por convenio como por resolución del Juez de lo Familiar y tomando en cuenta, en su caso, la opinión del menor.

Asimismo, los menores de siete años de edad deberán quedar al cuidado de la madre, siempre y cuando no exista peligro aunque ésta carezca de recursos económicos.

A continuación me permito transcribir el artículo 241, fracción V del Código mencionado con antelación y posteriormente señalaré mi propuesta respecto al mismo:

- Texto vigente:

"Artículo 241, fracción 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 de Primera Instancia, previo el procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor, resolverá lo conducente. Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre".

- Mi propuesta:

ARTÍCULO 241. FRACCIÓN V.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los que ejercen la patria potestad, debiendo ser uno de estos y pudiéndose compartir la custodia, en defecto de ese acuerdo el juez de lo familiar resolverá lo conducente, 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 siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

En lo referente a reducir de doce a siete años de edad la edad del menor en la fracción V del artículo 241 del Código abordado, lo considero así, por el hecho de que en la actualidad, en mi punto de vista no es necesario que el menor de edad arribe a la edad de doce años para tomar en cuenta su opinión respecto de con quien quiere estar y porque la razón de su dicho.

Así también, propongo se adicione un tercer párrafo al artículo 375, a fin de establecer que, salvo el caso de la violencia familiar reconocida judicialmente, es deber de quien ejerza la patria potestad procurar en el menor el respeto y el acercamiento con el otro

ascendiente que ejerza la patria potestad, evitando conductas en sentido contrario.

- Texto vigente:

"Artículo 375.- Para los efectos del artículo anterior, quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores para su custodia, tienen la facultad para corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos del artículo 249-B de este Código.

- Mi propuesta:

ARTÍCULO 375. (párrafo tercero)

"Salvo resolución judicial dictada por violencia familiar ejercida en contra de los menores, quien ejerza la patria potestad, debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad, en consecuencia, cada uno de los ascendientes deben evitar cualquier acto de manipulación, alineación parental encaminado a producir en la niña o el niño, rencor o rechazo hacia otro progenitor".

Asimismo propongo se adicione un cuarto párrafo al artículo 375 para los casos de conductas reiteradas o graves encaminadas a evitar la convivencia con los menores: con fundamento en el cual, el Juez de lo Familiar podrá dictar el cambio de la custodia; además, de aplicar las medidas de apremio que correspondan.

- Texto vigente:

Artículo 375.- Para los efectos del artículo anterior, quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores para su custodia, tienen la facultad para corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos del artículo 249-B de este Código.

- Mi propuesta:

ARTÍCULO 375. (párrafo cuarto)

"El juez de lo familiar aplicara las medidas previstas en el código de procedimientos civiles e incluso podrá dictar el cambio de custodia de los menores, cuando quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva de una niña o un niño, realice conductas reiteradas para evitar la convivencia de los menores o personas que tengan reconocido judicialmente su derecho a la misma. En caso de delito, el juez dará la intervención que corresponda al ministerio público".

De igual manera, propongo se adicionen las fracciones IV y V al artículo 398, para establecer como nuevas causales de procedencia de la suspensión de la patria potestad, tanto el incumplimiento en el pago de las pensiones alimentarias a que tienen derecho los niños y las niñas, como realizar actos que tiendan a impedir la convivencia reconocida u ordenada por autoridad competente.

- Texto vigente:

Artículo 398.- La patria potestad se suspende:

I. Por incapacidad declarada judicialmente;

II. Por ausencia declarada en forma;

III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión".

- Mi propuesta:

ARTÍCULO 398.

IV. Por el incumplimiento en el pago de las pensiones alimenticias a que tienen derecho las niñas y los niños.

V. Por el incumplimiento del deber de permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente.

- **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE MICHOACÁN.**

En el ámbito procesal, propongo diversas modificaciones al Código de Procedimientos Civiles del Estado de Michoacán, que implican: la adición de diversos artículos y adición parcial de otros.

Propongo se adicione el artículo 132 bis, que califica de grave las conductas que ocasionen el incumplimiento del derecho de convivencia con los menores.

E igualmente grave el incumplimiento de la obligación alimentaria, para efectos de imponer medidas que correspondan y para la actuación del Ministerio Público.

- Texto vigente:

- "Artículo 132.- Los tribunales, para hacer cumplir sus determinaciones, pueden emplear, a discreción, los siguientes medios de apremio:

I. La multa hasta de veinticinco días de salario mínimo general vigente en el Estado, que podrá duplicarse en caso de reincidencia;

II. El auxilio de la fuerza pública;

III. El cateo por orden escrita;

Si fuere insuficiente el apremio, se procederá contra el rebelde por el delito de desobediencia.

- Mi propuesta:

ARTICULO 132 BIS.

"Tratándose de la convivencia de menores con sus ascendientes, su incumplimiento se considera grave, por lo que, la medida de apremio consistirá en un arresto por treinta y seis horas y su reiteración dará lugar a la intervención del C. agente del ministerio público".

Finalmente agregar al artículo que precede el párrafo siguiente que señala que es causa de suspensión del derecho de convivencia, que su titular incumpla la obligación alimentaria a su cargo establecida a favor de los menores.

"El desacato a cumplir con la obligación alimentaria decretada jurídicamente, dará lugar a la suspensión del derecho de convivencia.

El derecho de convivencia solamente se reanudará cuando se cumpla con la obligación alimentaria y queden debidamente garantizados los alimentos".

FUENTES CONSULTADAS

Código Civil para el Estado de Michoacán, Cuadernos Michoacanos de Derecho, 2° época, año 17, 2004.

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán de Ocampo, Librería Jurídica, Puebla Pue. México 2005.

Código Penal del Estado de Michoacán, Cuadernos Michoacanos de Derecho, 2° época, año 13, 2001.

Baquiero Rojas, Edgar; Derecho de Familia y Sucesiones; Ed. Harla; Colección Textos Jurídicos Universitarios; México; 1990.

Bonnecase, Julián; Elementos de Derecho Civil; Biblioteca Jurídico Sociológico, Tomo I. Vol. XIII, traducción de José María Cajiga; Puebla; México; 1945.

Carbonier, Jean; Derecho Civil, Tomo I, Vol. II; Bosch; Barcelona; 1961.

Colín, A y Capitán, H; Curso Elemental de Derecho Civil; Instituto Reus; Madrid; 1942.

Chavez Ascencio, Manuel; La familia en el Derecho; Editorial Porrúa; México; 1998.

De Pina Vera, Rafael; Derecho Civil Mexicano, Volumen I; Editorial Porrúa; México; 1993.

De Pina Vara, Rafael; Diccionario de Derecho; Editorial Porrúa; México; 1992.

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo; Derecho Civil; Porrúa; México; 1992.

Ferrari Ceretti, Francisco; El divorcio; Ed. Desalma; Buenos Aires; 1975.

Margadant, Guillermo; El derecho privado romano; Editorial Esfinge; México; 1968.

Galindo Garfías, Ignacio; Derecho Civil, primer curso; Editorial Porrúa; México; 1999.

Guitrón Fuentesvilla, Julián; ¿Qué es el Derecho Familiar?; Editorial Promociones Jurídicas y Culturales; México; 1998.

Instituto de Investigaciones Jurídicas; Código Civil Comentado, Tomo I, 2ª reimpresión; Editorial Miguel Angel Porrúa; 1999.

Montero Duhalt, Sara; Derecho de familia; Editorial Porrúa; México; 1990.

Palomar de Miguel, Juan; Diccionario para juristas; Editorial Mayo; México; 1991.

Pallares, Eduardo; El divorcio en México; Editorial Porrúa; México; 1984.

Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge; Tratado práctico de Derecho Civil Francés, traducción de Mateos Díaz Cruz; Editorial Cultural; La Habana; 1964.

Rojina Villegas, Rafael; Derecho Civil Mexicano, Tomo II; Editorial Porrúa; México; 1987.