

ANÁLISIS DE LA PATRIA POTESTAD DESPUÉS DEL DIVORCIO DE LOS PROGENITORES

Ingrid BRENA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Patria potestad*, a) *concepto*, b) *sujetos*, c) *contenido*. III. *Situación de la patria potestad después del divorcio*. IV. *Determinación de la guarda*, a) *divorcio por mutuo consentimiento*, b) *divorcio necesario*. V. *Pérdida o suspensión de la patria potestad*. VI. *La sentencia de divorcio*. VII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

El divorcio, como la nulidad del matrimonio, la separación de hecho y la muerte o ausencia de un miembro de la pareja, es una forma de desintegración familiar. En el caso de divorcio, la familia que estuvo unida sufre una ruptura con la separación de los consortes, ocasionando con ello cambios drásticos en las relaciones familiares, que el Estado regula jurídicamente.

Podemos definir al divorcio como "la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente, y fundado en alguna de las causas expresamente establecidas por la ley",¹ que permite a los divorciados contraer nuevo matrimonio.

La doctrina italiana sostenida por la Falsea, Azzolina y Grassi, manifiesta que el divorcio produce diversas clases de efectos jurídicos: los primarios, necesarios o esenciales, y los secundarios, eventuales o ulteriores. Los primarios se producen en todo caso y derivan de la cesación del estado conyugal; se traducen en un nuevo estado civil para los divorciados, que les permite contraer nuevo matrimonio. La denominación de secundarios, eventuales o ulteriores, corresponde a las consecuencias contingentes, no necesarias en cuanto a su aparición; se presentan en unos casos y en otros no, según haya hijos, se reclame pensión alimenticia o haya bienes que repartir.²

En vista de la amplitud de efectos producidos por el divorcio me concen-

¹ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil, primer curso*, 4a. ed., México, Porrúa, S.A., 1980, p. 575.

² Lacruz Berdejo, José Luis (Ccord.) *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro primero del Código Civil*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1982, p. 629.

traré en describir y analizar los efectos secundarios del divorcio cuando hay hijos menores de edad sujetos a patria potestad.

II. PATRIA POTESTAD

a) *Concepto*

Toda familia tiene una estructura social, basada a la unión del hombre y mujer que hacen vida en común y procrean hijos. El pertenecer al grupo familiar propicia que entre los sujetos se instauren particulares relaciones personales y patrimoniales que el derecho reglamenta, estableciendo derechos y deberes entre los cónyuges y entre padres e hijos.

Los cónyuges están obligados a vivir juntos, a ayudarse mutuamente, a darse alimentos y a contribuir al sostenimiento del hogar; de la relación paterno-filial surgen deberes recíprocos de proporcionarse alimentos, derechos sucesorios y, principalmente, la patria potestad.

Semánticamente, este concepto significa el poder del padre sobre los hijos. En organizaciones patriarcales, este poder es ejercido únicamente por el padre sobre la persona y bienes de los hijos. En Roma, como en la mayoría de los pueblos antiguos, se otorgaba al padre el derecho de vida y muerte sobre los hijos, a quienes podía vender, entregar a un extraño o inclusive exponer o desamparar.

Esta potestad dictatorial absoluta fue suavizándose a través de los siglos hasta desaparecer de los sistemas jurídicos contemporáneos.³ El derecho del padre se ha transformado en un deber de protección hacia el hijo; su finalidad es la asistencia y protección de los menores, su educación tanto en lo físico como en lo intelectual y emocional, fines que se logran si existe una autoridad que dé cohesión al grupo familiar. Por ello, más que una potestad, es una función propia de la paternidad y de la maternidad. La tendencia mundial de la doctrina y de la legislación en materia de patria potestad parece orientarse a la sustitución del término tradicional⁴ por el de "autoridad parental" que implica una serie de deberes ejercidos tanto por el padre como por la madre.

b) *Sujetos*

Los sujetos activos de la patria potestad son, desde la ley de Relaciones Familiares de 1917, en primer término el padre y la madre conjuntamente. En la exposición de motivos del Código Civil de 1928 se equipararon los

³ Galindo Garfias, *op. cit.*, p. 671.

⁴ Castán Vázquez, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, t. XXIV, vol. III, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971, p. 989.

derechos del hombre y de la mujer, se dispuso que ésta tuviera en el matrimonio autoridad y consideraciones iguales.⁵ Este principio se plasmó en el artículo 164, el cual determina que los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar. Por su parte, el artículo 168 indica que el marido y la mujer resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo los consortes pueden acudir a un juez de lo familiar, el cual resolverá lo conducente e impondrá una solución.

Además de los padres, son sujetos activos de la patria potestad, los abuelos, tanto maternos como paternos, ambos o sólo uno de la pareja. A falta o por impedimento de los padres, ejercen la autoridad los abuelos en el orden que determine el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso. Son sujetos pasivos de la patria potestad los menores de edad no emancipados.

c) Contenido

La patria potestad está organizada para el cumplimiento de la función protectora de los hijos menores. Es un deber de ejercicio obligatorio, pues el titular de la patria potestad no puede dejar de ejercerla. El padre y la madre gozan de cierta libertad en cuanto a la forma y medios empleados para llevar a cabo su función, pero esa libertad se encuentra circunscrita dentro de los límites que marcan el cumplimiento de los deberes propios de la institución.⁶

Ésta se integra con los deberes impuestos a los que la ejercen en relación con la persona y los bienes de los hijos. Respecto a su persona, deben educarlos, dándoles una formación moral y social dentro de sus perspectivas individuales, proporcionándoles los medios para que obtengan la educación escolar acorde a su medio social y económico. Estas obligaciones conllevan la correlativa facultad de corregir a los menores y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo. Además deben representar al menor en juicio y fuera de él, y otorgar su consentimiento para que el hijo realice ciertos actos como el matrimonio, el divorcio, el reconocimiento de hijos y otros que fija la ley.

Respecto de los bienes del menor, los progenitores son administradores legales de los mismos, conforme a lo prescrito por el Código Civil.

⁵ "Exposición de Motivos del Código de 1928", *Código Civil para el Distrito Federal*, México, Porrúa, S.A., 1985, p. 11.

⁶ Galindo Garfías, *op. cit.*, p. 674.

De las obligaciones enunciadas, algunas pueden ser ejercidas por uno solo de los padres o abuelos, por ejemplo, la administración de los bienes le corresponde al nombrado de común acuerdo, "el que sólo requerirá el consentimiento expreso del otro para los actos más importantes de la administración" (artículo 426 C.C.). La representación de los hijos en juicio, también puede ser conferida a uno de los ascendientes, pero éste no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo sin el consentimiento expreso de su consorte (artículo 427 C.C.). El consentimiento necesario para que los hijos contraigan matrimonio puede ser otorgado por el padre o por la madre (artículo 149 C.C.).

De manera que la patria potestad es un conjunto de derechos ejercidos generalmente por ambos padres o por ambos abuelos, como una unidad, pero en ocasiones, ciertas atribuciones pueden separarse y ser ejecutadas por un solo progenitor. Podríamos establecer ciertas semejanzas con el derecho de propiedad que permite el desmembramiento del usufructo, el uso y habitación como derechos autónomos. Así de la patria potestad pueden desligarse ciertas atribuciones, pero no por el simple acuerdo de los que la ejercen, sino cuando así lo establezca la ley o una sentencia judicial.

Por su parte, los hijos bajo patria potestad, tienen la obligación de vivir en la casa de aquéllos a quienes están sometidos.

La patria potestad implica una relación jurídica entre el que la ejerce y el que está sujeto a ella; el incumplimiento de las obligaciones de una de las partes permite al perjudicado ejercer una acción para solicitar el cumplimiento de esos deberes; inclusive los padres pueden solicitar la ayuda de la fuerza pública para reintegrar al menor que ha partido del hogar sin la voluntad paterna.

También se plantea una relación jurídica entre los sujetos que la ejercen y otros sujetos, cuyo deber consiste en no perturbar a los progenitores en el ejercicio de sus funciones; los demás sujetos están obligados a respetar los derechos y las obligaciones de los progenitores. Y aún existe otra relación jurídica, entre los progenitores que ejercen conjuntamente la patria potestad; un padre o madre o, en su caso, abuelos, no pueden privar al otro del ejercicio de sus derechos, más que en los casos en que éstos pueden ser ejercidos por un solo progenitor, o sea cuando algunas facultades inherentes a la patria potestad se separen, ya mencionados; pero, en los demás supuestos, la autoridad parental se ejerce conjuntamente y sólo por sentencia judicial se puede privar, suspender o limitar su ejercicio.

III. SITUACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD DESPUÉS DEL DIVORCIO

Como consecuencia del efecto primario del divorcio, cesa el estado vida conyugal; la separación de los esposos implica un cambio en las obligacio-

nes derivadas de la relación paterno filial. La sentencia que disuelve el vínculo matrimonial fija, como efecto secundario, la situación de los hijos, resolviendo todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación.

El juez determinará cuáles obligaciones y derechos se ejercerán conjuntamente y cuáles individualmente por un solo progenitor. La de formar o de educar a los hijos corresponde, en principio, a ambos padres; sin embargo, "será necesario adjudicar la guarda de uno de los progenitores".⁷ Físicamente los hijos deben quedar con alguno de los padres; esta tenencia física se denomina guarda o custodia del menor. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado claramente el concepto de guarda o custodia del hijo en los casos de divorcio, la cual puede quedar encomendada a uno de los cónyuges, sin perjuicio de que ambos ejerzan la patria potestad:

La guarda del menor hijo implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física o espiritualmente procurarlo en la satisfacción de todas sus necesidades...⁸

La guarda es una facultad implícita de la patria potestad, pero en el caso de separación de los padres, ésta se desliga de aquélla. Otorgar la guarda o custodia a un progenitor, no significa que el otro pierda la potestad, que seguirá ejerciendo, pero de otra manera. El progenitor privado de la guarda tiene derecho de visitar a su hijo, de relacionarse con él, de estar al corriente de su vida y educación. En virtud de ese derecho, podrá recabar del otro progenitor noticias sobre la salud física del menor, sobre su estado emocional, sobre la marcha de sus estudios y podrá asimismo vigilar su educación moral.⁹ Al que la ejerce, compete dirigir la educación, la formación moral del menor y el control de sus relaciones con otras personas;¹⁰ la obligación de proporcionar al otro progenitor información sobre las decisiones importantes que deban tomarse en relación a los hijos y propiciar las condiciones para mantener las relaciones entre el otro padre y el hijo.

Se debe garantizar al ex-cónyuge el derecho de visitas o, más correcta-

⁷ Nanni, Estela, "Atribución del ejercicio de la patria potestad después del divorcio", *Revista del Colegio de Abogados de Córdoba*, Córdoba, núm. 19, 1984, p. 94.

⁸ "Amparo directo 4029/67. Juan Cantú Villanueva, 3 de febrero de 1969", *Informe del Presidente de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 1969, p. 26.

⁹ Lacruz, *op. cit.*, p. 658.

¹⁰ *Idem*, p. 656.

mente hablando, el derecho a relacionarse con sus hijos, dado que este derecho involucra asimismo el de establecer correspondencia, o las estancias prolongadas del menor con su padre, relación que redundará en beneficio tanto del padre como del hijo: "se procurará no agravar el conflicto de relación y de comunicación entre ellos".¹¹ Los vínculos de parentesco generan una fuerte relación personal a nivel afectivo, que exige la continuidad, sobre todo en situaciones de crisis familiar.

IV. DETERMINACIÓN DE LA GUARDA

a) *Divorcio por mutuo consentimiento*

En el divorcio por mutuo consentimiento, cuando ambos consortes convengan en divorciarse, deben presentar ante el juez de lo familiar una solicitud acompañada de un convenio en el que se designen, entre otras cosas, a la o las personas a quienes serán confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio. Después de las juntas de avenencia, en las que el juez exhortará a los interesados a procurar su reconciliación, él dictará la sentencia que disolverá el vínculo matrimonial.

En la primera junta el juez, si no logra avenir a los cónyuges, aprobará provisionalmente los puntos del convenio relativo a la situación de los hijos menores o incapacitados, oyendo al representante del Ministerio Público. Si tampoco después de la segunda junta logra la reconciliación y en el convenio quedan garantizados los derechos de los hijos menores dictará sentencia y decidirá sobre el acuerdo presentado. Si el Ministerio Público se opone al convenio, por considerar que viola los derechos de los hijos o que esos no quedan garantizados, propondrá las modificaciones que estime procedentes y el tribunal lo hará saber a los cónyuges para que, dentro de los tres días, manifiesten si las aceptan. En caso de que no lo hagan, el Tribunal resolverá en la sentencia lo que proceda con arreglo a la ley, cuidando de que en todo caso queden garantizados los derechos de los hijos. Cuando el convenio no se apruebe, no podrá decretarse la disolución del vínculo matrimonial.

En el caso del divorcio voluntario, entonces la decisión sobre la guarda se basa en el convenio presentado por los divorciados. El fundamento de la determinación de la guarda es el acuerdo entre los padres; son ellos los que han convivido con los hijos y quienes mejor los conocen, saben sus gustos y necesidades y son supuestamente los más interesados en el bienestar de los mismos; por ello el legislador reconoce una relevancia jurídica

¹¹ *Idem*, p. 686.

al acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda y cuidado de los hijos.¹² Sin embargo, este acuerdo sólo adquiere eficacia con la aprobación judicial.

Si bien en ocasiones los padres deciden la custodia en beneficio de sus hijos, en otras, al discutir entre sí consideran a los hijos como un asunto más en sus arreglos y se distribuyen la guarda a cambio de otros beneficios. También puede ocurrir que sean asignados los hijos al progenitor de personalidad más fuerte, aunque éste no sea el más idóneo para ocuparse de ellos, cuidarlos y educarlos. Conviene resaltar cuán importante es que el juez no se limite a un superficial examen del acuerdo que presenten los divorciantes; que compruebe si el cónyuge designado como guardador reúne las condiciones de formación y de actitud para desempeñar esa función y si se ha previsto la viabilidad y posibilidad de cumplimiento de lo acordado.

El convenio es revisado por el Ministerio Público, cuya intervención representa el interés de la sociedad en la protección de los menores. En derecho comparado se encontraron instituciones semejantes. En Inglaterra, el *Court Welfare Officer* debe dar un reporte escrito sobre el convenio de divorcio, mismo que es leído en voz alta ante la corte que conoce del juicio; si las partes tienen alguna objeción, el *officer* debe dar "evidencia de su juramento".¹³

En Bélgica,¹⁴ Italia,¹⁵ Portugal¹⁶ y Rumania,¹⁷ el tribunal que conoce del divorcio es asesorado por un juez de tutelas o por un tribunal para menores o de la juventud; en el *Uniform Act* de 1965, con sus reformas de 1971 a 1975, de Estados Unidos, adoptada por una gran número de sus estados miembros, se otorga al tribunal la facultad de designar a un abogado encargado de la defensa de los derechos del menor.

En Michigan, la protección de menores es confiada a un "amigo del tribunal" que tiene la misión de examinar los acuerdos entre las partes para asegurar que están conformes a los intereses de los menores.¹⁸

En nuestro país, la ley mantiene el principio de la autonomía de la voluntad, manifestada a través del convenio y de la aceptación de las modificaciones que se planteen con la supervisión de la sociedad, por medio de la intervención del Ministerio Público y de la aprobación del Estado, que vuelve eficaz el acuerdo a través de la sentencia. Es la sentencia ejecutoriada la fuente de los derechos y obligaciones relacionadas con la patria

¹² *Idem*, p. 650.

¹³ Unger J. (ed.), *Parental Custody and Matrimonial maintenance á Symposium*, Londres, The British Institute of International and Comparative Law, 1966, p. 19.

¹⁴ Ancel, Marc, *Le divorce a l'étranger*, Paris, Centre Français de Droit Comparé, 1975, p. 96.

¹⁵ *Idem*, p. 102.

¹⁶ *Idem*, p. 120.

¹⁷ *Idem*, p. 188.

¹⁸ *Idem*, p. 168.

potestad en los casos de divorcio por mutuo consentimiento, la cual se encuentra condicionada en su contenido por la voluntad de los cónyuges, aunque no de modo definitivo ni absoluto.

b) Divorcio necesario

Si el divorcio es necesario, existe previamente una situación de conflicto entre los cónyuges. Aquel que demande deberá fundar su acción en una de las causas enumeradas por el Código Civil; el demandado podrá defenderse y/o, a su vez, contrademandar al otro. Cuando el demandante o contrademandante prueben los hechos invocados en su acción, el juez dictará la sentencia que disuelva el vínculo conyugal. Durante la tramitación del divorcio, el juez, como medida provisional, debe poner a los hijos menores al cuidado de las personas que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges pudiendo ser uno de éstos. En defecto de este acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deban quedar provisionalmente los hijos. El juez resolverá lo conducente. Salvo peligro grave para su desarrollo, los hijos menores de 7 años deberán quedar al cuidado de la madre (artículo 282 C.C.).

Esta medida provisional sólo produce efectos durante el procedimiento. En la sentencia, el juez fijará la situación permanente de los hijos, para lo cual goza de amplias facultades para resolver lo relativo a los derechos y obligaciones derivadas de la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación. En estos casos no interviene la voluntad de los progenitores: sólo la decisión judicial constituye la fuente de los derechos y los deberes a que deberán atenerse las partes para el futuro.

El artículo 283 C.C. establece que el juez debe obtener los elementos de juicio necesarios y observar las normas del código para llamar al ejercicio de la patria potestad a quienes legalmente tengan derecho a ello. El artículo 284 permite al juez acordar, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores.

Las normas jurídicas en materia de patria potestad establecen el marco dentro del cual el juez debe tomar determinaciones. El texto del artículo 283 ofrece al juzgador varias posibilidades: la interpretación de la ley no conduce necesariamente a una decisión única, como la correcta, sino que existen varias posibles decisiones, si bien sólo una de ellas llegará a ser derecho positivo en el acto de la sentencia.¹⁹

¹⁹ Kelsen, Hans, *La teoría para el derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, México, Editora Nacional, 1981, p. 131.

V. PÉRDIDA O SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

En la sentencia de divorcio, el juez puede decretar la pérdida de la patria potestad en los siguientes casos: cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o es condenado dos o más veces por delitos graves; cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal; en casos de divorcio y por la exposición que el padre o la madre hiciere de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses (artículo 444 C.C.).

La Suprema Corte de Justicia ha emitido numerosas tesis relacionadas con la pérdida de la patria potestad. Considero de especial interés la siguiente:

la pérdida de la patria potestad es una sanción de notoria excepción toda vez que lo moral es que la ejerzan siempre los padres; las disposiciones del C.C. que establecen las causas que la imponen, deben considerarse como de estricta aplicación de manera que solamente cuando haya quedado probada una de ellas de modo indubitable surtirá su procedencia sin que pueda aplicarse por analogía ni por mayoría de razón; por su gravedad de sanción trascendental que repercute en los hijos menores.²⁰

Los criterios de la Corte, lo mismo que las pruebas que aporten las partes, constituyen elementos de juicio para el tribunal.

La patria potestad se suspende: por la incapacidad o ausencia declaradas, o por sentencia condenatoria que imponga como pena esa suspensión. Cuando el juez considere la conducta de alguno de los que ejercen la patria potestad como perjudicial a los intereses del menor, decretará la suspensión de ésta, pero el que se vio suspendido en sus derechos puede recuperarlos si las causas que originaron la suspensión se modifican.

Afortunadamente han desaparecido del actual artículo 283 —reformado en 1983— las normas que atribuían la patria potestad al cónyuge considerado inocente en el juicio de divorcio y si los dos cónyuges resultaban culpables, ambos perdían la potestad, causando con ello graves perjuicios a los menores. En la actualidad el juez decide en interés del menor, sin atender a las connotaciones de culpabilidad o inocencia de la conducta de la pareja, pues las relaciones entre los cónyuges son independientes de la relación paterno filial. Una persona puede ser considerada cónyuge culpable por el incumplimiento de ciertos deberes respecto de su consorte, pero al mismo

²⁰ "Amparo directo 4414/72. Leopoldo Fonseca Molina, 7 de abril 1978. (5 votos)", *Informe* 1978, núm. 108, p. 71.

tiempo puede ser un progenitor responsable que cumple con sus obligaciones para con los hijos, al que no debe privársele de la patria potestad.²¹ Si un progenitor pierde o es suspendido de sus derechos inherentes a la patria potestad, el otro la continuará ejerciendo. En cambio, si en la sentencia se decide la pérdida de la patria potestad para ambos padres, la misma será ejercida por los abuelos maternos o paternos, según lo determine el juez de lo familiar como lo indica el artículo 418 C.C.

A falta de abuelos, o porque éstos estén impedidos o se excusen, el juez nombrará a un tutor legítimo o dativo que tendrá bajo su cuidado a la persona y los bienes del menor.

En derecho comparado, desgraciadamente, todavía existen legislaciones que atribuyen la patria potestad o la guarda de los menores al cónyuge declarado inocente, en el juicio de divorcio; en cambio, en las legislaciones modernas, el criterio de decisión sobre el futuro de los hijos está constituido por el interés del menor.²² En Brasil,²³ Colombia,²⁴ Perú,²⁵ República Dominicana,²⁶ Honduras,²⁷ entre otros, a pesar de que la madre sea culpable del divorcio, si los hijos son menores de 3, 5 o 7 años, según se establezca, quedan bajo la guarda de aquélla.

Están en vías de olvidarse los viejos y superados criterios que contemplan la concesión de la guarda como una especie de premio para el cónyuge inocente. La guarda debe ser confiada a aquel progenitor que esté en mejores condiciones de cumplirla.²⁸

En Inglaterra, *The National Society for the Prevention of Cruelty to Children* alertó a la *Royal Commission of Marriage and Divorce*, sobre lo indeseable de otorgar el derecho de custodia de menores de acuerdo con la culpa en el divorcio de algún padre.²⁹

En Estados Unidos, la mayor parte de los estados han adoptado la *Uniform Act* de 1965 con sus reformas de 1971 a 1975. En ella se considera que no es determinante la conducta de los padres si no afecta la relación con los hijos; el criterio a tomarse en cuenta es el interés del menor.³⁰

La mayoría de las legislaciones modernas toman en cuenta como criterio primordial para decidir las cuestiones de la guarda, el "interés del menor".

²¹ Montero, Sara, *Derecho de familia*, México, Porrúa, S.A., 1984, p. 252.

²² Ancel, Marc, *op. cit.*, p. 52.

²³ Gallardo Ricardo, *Divorcio, separación de cuerpos y nulidad de matrimonio*, Madrid, Diana Artes Gráficas, 1957, p. 108.

²⁴ *Idem*, p. 154.

²⁵ *Idem*, p. 507.

²⁶ *Idem*, p. 539.

²⁷ *Idem*, p. 376.

²⁸ Lacruz, *op. cit.*, p. 651.

²⁹ Unger J., *op. cit.*, p. 19.

³⁰ Ancel, Marc, *op. cit.*, p. 167.

Sin embargo, determinar éste es un asunto complicado, ¿se referirá a un interés objetivo o subjetivo?

Desde un punto de vista teórico, una tendencia tradicional colocaría el interés del hijo en la perfección de la educación impuesta al menor; otra, en cambio, identificaría el interés con sus gustos y deseos, y, una tercera posición, trataría de equilibrar el aspecto autoritario con las necesidades y afectos, tomando en cuenta, entre otras cosas, la estabilidad emocional en los niños de corta edad; en cambio, el afán de libertad está más presente en el adolescente.³¹

En varias legislaciones funciona como regla casi general que los niños de muy corta edad queden al cuidado de la madre y, entre los mayores, que los varones sean adjudicados al padre, suponiendo que les ofrece un modelo de conducta y una autoridad más estricta; en cambio las hijas deben quedar con la madre, de quien obtendrán patrones de conducta adecuados a su sexo. Nuestro código establece en el artículo 282, sólo como medida provisional durante el juicio de divorcio, que los hijos menores de 7 años queden bajo el cuidado de la madre. Esta adjudicación más que un derecho, de la madre, tiende a proteger el interés de los menores.

Tal interés debe estar presente en toda decisión judicial; para precisarlo, el Tribunal requerirá de una investigación sobre los cónyuges, indagará cuál ofrece mejores garantías para satisfacer las necesidades materiales y emocionales de los hijos. En algunas legislaciones como la de España³² y los Países Bajos,³³ el juez, antes de tomar una decisión, escucha a los menores. También es frecuente en legislaciones extranjeras que el juez atienda a dictámenes de especialistas. La decisión sobre la guarda presenta graves dificultades de tipo humano y psicológico, familiares y sociales, en las que el juez no es normalmente un especialista y que sólo conoce lo que su experiencia o estudios como aficionado le hayan reportado; de ahí la necesidad de un asesoramiento por parte de especialistas, terapeutas familiares, psiquiatras, sociólogos, psicólogos y demás imparciales que proporcionen una luz en el problema; su aportación representa un importante auxilio al juez en la decisión sobre el destino de los hijos.

En nuestro país, desafortunadamente, no se utilizan estos auxilios profesionales aún, pero es de esperarse que en un futuro no muy lejano se establezcan como obligación para el juez tomar en consideración los dictámenes de especialistas, antes de adoptar su decisión.

³¹ Lacruz, *op. cit.*, p. 645.

³² *Idem*, p. 645.

³³ Ancel, Marc, *op. cit.*, p. 110.

VI. LA SENTENCIA DE DIVORCIO

El juez ejerce un poder configurador de derecho y goza de amplia discrecionalidad; parece determinar las responsabilidades que asume el que recibe al niño de cuidarlo, protegerlo, educarlo, y el derecho del otro progenitor de relacionarse con el menor. Además el juez fijará la forma de cumplir con el deber y las posibilidades de ejercer los derechos, para lo cual debe estipular el tiempo, modo, lugar y restricciones de las visitas.

También en la sentencia de divorcio, el juez fija la pensión alimentaria a que tienen derechos los hijos, pues aun cuando un progenitor o los dos pierdan la patria potestad, continúan obligados al pago de alimentos hacia sus hijos mientras éstos los necesiten. Sin entrar al estudio de la regulación jurídica de las pensiones alimentarias de los hijos, por ahora interesa dejar establecido que el juez determina la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adopta las medidas convenientes para asegurar la efectividad de las prestaciones, atendiendo a las necesidades de los hijos. El juez habrá de tomar en cuenta la participación del guardador en el cuidado y crianza de los menores en conceptos tan importantes y valiosos como dedicarles una gran parte de su tiempo y atención al cuidarlos a diario y ocuparse de su salud, aseo, estudios, etcétera. "Cuestiones que pasan desapercibidas o infravaloradas."³⁴

El juzgador habrá de tener presente que, en muchas ocasiones, el guardador, para atender a los hijos, se ve precisado a renunciar a un empleo de tiempo completo por otro de media jornada, o tiene que pagar a una persona para que cuide a los niños mientras él trabaja.

La decisión judicial se expresa en la sentencia, la cual, una vez que cause ejecutoria, será obligatoria para las partes y para terceros, y cualquier violación a los derechos o desconocimiento de obligaciones en ella establecidos, permiten al interesado acudir ante el juez de lo familiar para que resuelva la controversia y tome las medidas necesarias para hacer efectivos sus derechos.

La sentencia de divorcio produce como principal efecto la ruptura del vínculo matrimonial, efecto, que adquiere firmeza por ser "cosa juzgada", en cambio, la determinación de la guarda o de otros derechos inherentes a la patria potestad, como efectos secundarios van ceñidos a las realidades vivenciales, que no pueden quedar inamovibles. "Las medidas acordadas tienen una validez *rebus sic stantibus*, modificada la realidad subyacente que determinó la primera decisión, puede ser modificada para su correcta y justa adecuación a la nueva realidad."³⁵

Las cuestiones acerca de la patria potestad tienen una existencia inde-

³⁴ Lacruz, *op. cit.*, p. 666.

³⁵ *Idem*, p. 640.

pendiente del divorcio, derivada de la relación paterno-filial y, si esta relación cambia, también pueden modificarse las decisiones judiciales. Cuando las circunstancias lo ameriten, a los progenitores se les reconoce acción judicial para demandar la revisión de las decisiones del juez.

VII. CONCLUSIONES

Durante el matrimonio, las relaciones de afecto entre los miembros del grupo familiar propicia el cumplimiento de sus obligaciones y deberes. En cambio, una vez rotos los vínculos entre la pareja, generalmente resultado de graves conflictos, surgen sentimientos de animadversión entre ellos.

Una forma de manifestar las agresiones es el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los vínculos familiares, la lucha por las pensiones alimentarias y lo que resulta más grave, una feroz lucha por los hijos. Éstos son considerados parte del botín a repartirse entre los cónyuges y un elemento de venganza contra el otro.

Al Estado corresponde proteger los intereses de los menores aun en contra de sus progenitores, para lo cual, establece las normas que regulan el contenido y límites de la patria potestad, tanto durante el matrimonio como después de disuelto éste. Además de estas normas en los juicios en donde el Ministerio Público interviene como representante de la sociedad vigilando los intereses de los menores, y al juez se le concede un poder configurador siempre en vistas al beneficio del menor en vista de las amplias facultades discrecionales que el C.C. le concede.

Una visión multidisciplinaria de las relaciones paterno-filiales resulta indispensable pues las cuestiones relativas a la patria potestad presenta, además de los conflictos jurídicos, dificultades psicológicas y sociales que el juez deberá tomar en cuenta.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERDI, Inés, *Historia y sociología del divorcio en España*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1979.
- ANCEL, Marc, *Le divorce a l'étranger*, París, Centre Français de Droit Comparé, 1975.
- CASTÁN VÁSQUEZ, "La reforma de la patria potestad en el derecho francés". *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, t. XXIV, vol. III, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho civil primer curso*, 4a. ed., México, Porrúa, S. A., 1980.
- GALLARDO, Ricardo, *Divorcio separación de cuerpos y nulidad de matrimonio*, Madrid, Diana Artes Gráficas, 1957.

- KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, México, Editora Nacional, 1981.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (Coord.), *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro primero del Código Civil*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1982.
- LEGEANIS, Raymond, *L'autorité parentale*, Paris, Repertoire Du Notariat Defrénois, 1973.
- MONTERO, Sara, *Derecho de familia*, México, Porrúa, S. A., 1984.
- NANNI, Estela, "Atribución del ejercicio de la patria potestad después del divorcio", *Revista del Colegio de Abogados de Córdoba*, Córdoba, núm. 19, 1984, p. 94.
- UNGERD (ed.), *Parental Custody and Matrimonial Maintenance a Symposium*, Londres, The British Institute of International and Comparative Law, 1966.
- WALLESTEIN, Judith and Joan BERLEIN KELLY, *Surviving the breakup*, EUA, 1980.

LEGISLACIÓN

- Código Civil para el Distrito Federal y su Exposición de motivos.
Ley de Relaciones familiares, 1917.
Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.