

Algunas reflexiones acerca de las controversias de orden familiar

Juan Antonio Castillo López José
Guadalupe Zúñiga Alegría *
Antonio Eduardo Pardiño Quiroz**

Este capítulo único contenido en el Título Decimosexto del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (CPC), fue creado por el legislador para "preservar la familia y proteger a sus miembros", según se desprende de la parte in fine de primer párrafo del artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles.

Únique chapter of the sixteenth title of the Federal District Civil Proceeding Code (CPC), was created «to preserve the family and to protect their members», according to the final part of the first paragraph of article 941 of CPC

Sumario: De los alimentos. / De la guarda y custodia. / Conclusiones. / Bibliografía.

Las Controversias de Orden Familiar (**COF**) constituyen un procedimiento especial, de orden público según lo prescribe el artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles (**CPC**). La importancia que el legislador le ha dado a la eficacia de los supuestos normativos previstos en este apartado, se percibe al insertar figuras tales como la intervención oficiosa del órgano jurisdiccional, la suplencia de las deficiencias de las partes en sus planteamientos de derecho, la ausencia de formalidades especiales para acudir ante el juez familiar, la posibilidad de comparecer personalmente en los casos urgentes que afecten a la familia, etcétera.

La familia "**es la base de la integración de la sociedad**"¹ y las **COF** son un artifice para salvaguardar esta institución. Una lectura frugal a los artículos que van del 940 al 956,² permite corroborar inmediatamen

te tal afirmación. En cada párrafo y en cada línea, inferimos una marcada proclividad a proteger a la familia y a sus miembros. Una lógica que apunta insistentemente hacia la cohesión y preservación del grupo. No sólo desde el discurso y de la inserción de frases retóricas en el texto de la ley, sino a través de figuras verdaderamente eficaces que tienden a promover la observancia de los contenidos normativos.

El juez y los magistrados competentes para conocer de la materia familiar, están facultados para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia. Más aún, no sólo están facultados, además están obligados a suplir las deficiencias de las partes en sus planteamientos de derecho. Lo que reduce en grado superlativo la posibilidad de que una asesoría legal deficiente trastoque o limite los derechos de los miembros de la familia. Las secuelas de la negligencia en el patrocinio legal serían, en todo caso, menos perniciosas para el patrocinado, gracias a la potestad que la ley civil adjetiva confiere a los jueces y magistrados para suplir las carencias del abogado patrono. Podemos colegir pues, que esta vía procesal

* Profesores-investigadores de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco. Departamento de Derecho.

1. Artículo 940 del CPC. Sin embargo, los teóricos contractualistas como Hobbes, Locke y Rousseau, consideraban que la base sobre la cual se integra la sociedad es el individuo. Es el concierto de las voluntades lo que funda la sociedad.
2. La vía procesal de COF se integra precisamente por esta secuencia de preceptos legales

está diseñada para motivar la observancia de la hipótesis legal, incluso por encima de variables impredecibles como la mala asesoría legal.

En esta vía de **COF** no se requieren formalidades especiales para acudir ante el juez de lo familiar. Priva una acentuada preocupación respecto del fondo de la cuestión, sobre los aspectos eminentemente formales. Nuevamente el legislador reivindica un supremo interés por la eficacia de la norma. Arroja el tema de las formalidades a una dimensión marginal, porque mira hacia una cabal observancia de los imperativos legales y, sobre todo, hacia una solución de la problemática que ha dado pauta a la intervención judicial. Este procedimiento especial pugna no sólo por la eficacia, sino que tiende a la eficiencia, es decir, coadyuva a que la norma sea observada pero también a que cumpla su cometido.

Así, es evidente que el capítulo de **COF**, el **CPC** asume al juzgador como un virtual cancerbero de la institución familiar. Y, no es para menos, desde la lógica del propio legislador, la familia es la unidad sobre la cual se edifica la sociedad. La descomposición de la familia significa la descomposición de la sociedad. De ahí que resulte primordial para el derecho salvaguardar esta institución. La familia constituye probablemente el ámbito más eficaz para introducir pautas de conducta y por añadidura, es el instrumento de control social por antonomasia.

La familia es "*el grupo humano primario, natural e irreductible que se forma por la unión de la pareja hombre-mujer*"³ Según se desprende de esta definición, es la célula social, el punto de partida y la unidad mínima a través del cual se configura una sociedad. De ahí que se afirme que la familia es *irreductible*. Otra característica esencial que nos aporta la definición transcrita, es la necesaria presencia de la relación de pareja *hombre-mujer*. Por lo tanto, esta noción se remite exclusivamente a la familia monogámica heterosexual.

La unión sexual *hombre-mujer* por sí misma no da origen a la familia, es menester que esta relación se prolongue en el tiempo y que la pareja establezca un domicilio común. La permanencia como pareja y la vida en común son elementos indispensables en la formación del núcleo familiar. La falta de estos elementos genera la ruptura de la familia o impide su fundación.⁴

A la luz de estos parámetros, el vínculo matrimonial no constituye un elemento indispensable para la fundación de una familia, sin embargo otras definiciones más limitadas y conservadoras excluyen la unión libre o el concubinato,⁵ y únicamente consideran que la familia alude a la pareja ligada en matrimonio civil y a su progenie: "*el organismo social constituido por los cónyuges y los hijos nacidos de su matrimonio, o adoptados por ellos, mientras permanezcan bajo su autoridad y dependencia*"⁶ Las posturas más conservadoras en tomo a la definición del concepto familia, son aquellas que la perciben ya como una categoría biológica, ya como una institución de origen divino, eterna e inmutable. Estas posturas desconocen toda forma de organización histórica de la familia que no se apege a la versión monogámica.

Cuando dirigimos nuestra mirada a la compleja realidad social, resulta ineludible acudir a la trillada y siempre oportuna frase: *la realidad supera a la ley*. Por ejemplo, en nuestro medio se observa una creciente inestabilidad familiar. Se vislumbra un incremento de núcleos familiares formados en torno a una sola mujer, es decir, no hay pareja, ni unión sexual *hombre-mujer*, ni vida conyugal o para-marital, pero sería absurdo dejar de considerar estos núcleos como auténticas familias.

En Holanda recientemente fueron aceptados y regulados por el derecho los matrimonios entre homosexuales. Hoy día la clonación humana es posible. La cartografía y secuenciación del mapa genético de la especie humana es una certeza. El 26 de junio de 2000 los científicos anunciaron un borrador preliminar de todo el genoma humano.⁷ Tal vez no esté lejano el día en que los individuos puedan tener descendencia a través de la clonación, prescindiendo de la unión sexual hombre-mujer. La sociedad muta y esto influye y determina lo que debemos entender por familia. El concepto tradicional ha quedado total y definitivamente rebasado por las circunstancias fácticas que imperan en el ámbito de la coexistencia social.

Regresando al tópico central de este trabajo, las **COF**, será menester abundar en su ubicación dentro del ámbito del derecho. Por una parte, el **CPC** prescribe que todas las disposiciones atinentes al capítulo

3. MONTERO Duhalt, Sara, *Derecho de Familia*, Porrúa, México 1987, p. 2.
4. La fracción IX del artículo 287 del CC prescribe que será causa de divorcio: "La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya dado origen a la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos".

5. El Código Civil para el Distrito Federal (CC) y el CPC reconocen el concubinato y protegen esta institución tanto como protegen el matrimonio.
6. Diccionario Jurídico ESPASA, Madrid, 1993, p. 409.
7. RIDLEY, Matt, *Genoma. La autobiografía de una especie en 23 capítulos*, Taurus, México, 2001, p. i 7.

de **COF** son de orden público y enseguida, el siguiente numeral dispone que las **COF** pueden terminar por convenio. Así, el Estado interviene y protege a través de ciertas instituciones jurídicas a los miembros de la familia. Se percibe una clara injerencia estatal en los asuntos de la familia. Pero esta intrusión, por así decirlo, tiene un límite, ya que la posibilidad de que la controversia termine vía convenio está prevista en la propia norma instrumental.⁸

El **CPC** devuelve a los particulares que han reclamado la intervención judicial, la posibilidad de solucionar auto compositivamente su conflicto y dictar ellos mismos al órgano judicial las condiciones fundamentales del convenio que ha de poner fin a la controversia. Desde luego que el juez familiar y el agente del Ministerio Público adscrito al juzgado, podrán intervenir dentro del ámbito de sus atribuciones; el primero estará en aptitud legal de autorizar o 110 el contenido del convenio propuesto por los litigantes, y esto dependerá de que lo acordado por las partes se ajuste o no al marco legal vigente. Por otro lado, el agente ministerial podrá intervenir solicitando al juzgador que los litigantes observen cierta conducta procesal.

El legislador estableció un régimen de notable ingerencia estatal al promulgar esta vía procesal denominada **COF**. Su motivación a saber, consistió en salvaguardar a la familia como institución y a sus miembros en lo particular. De pronto pareciera que el Estado incursiona en ámbitos reservados a la más profunda intimidad de los individuos: su vida familiar.

Hanna Arendt⁹ estableció como criterio para describir a los regímenes totalitarios, el grado de intervención estatal en los asuntos que de ordinario estaban circunscritos a la vida privada de las personas. Entre mayor era la intromisión del Estado en la vida privada, se tendía más hacia el totalitarismo. Entre más se reducían estos espacios más aumentaba la injerencia del poder público. Hasta que en un momento dado cada actividad humana estaba copada por el Estado. Cuando la intimidad es profundamente socavada y se alcanza el punto más álgido de intrusión estatal conocido en el mundo occidental, estamos describiendo un Estado Totalitario.

Este modelo teórico propuesto por Hanna Arendt, permite explicar el surgimiento y características esenciales del Estado Totalitario. Lo hemos citado en este

trabajo, no porque consideremos que el régimen de **COF** regulado en la ley civil adjetiva del Distrito Federal tenga alguna similitud con los Estados Totalitarios, sino para enfatizar la importancia de conocer los límites entre lo público y lo privado y dejar en claro que la excesiva intervención del Estado en cuestiones relativas a la familia pudiera contravenir los fines inherentes a la norma.

El paradigma del Estado Totalitario construido por esta autora, sirve como rasero para acusar la necesidad de limitar la intervención del Estado en la esfera de lo privado.

Por otra parte, la indiferencia estatal respecto de una cuestión fundamental para la sociedad como es la tutela jurídica de la familia, puede ser tan perniciosa como la intrusión excesiva del poder público. La familia es el instrumento de control social por excelencia, un garante del orden público y de la preservación de las instituciones del Estado. Por lo tanto, el interés por salvaguardar y promover esta institución es una de las tareas prioritarias del Estado.

La familia es una categoría social, relativa, dinámica y por lo mismo mutable. Como en todo grupo, sobre todo en el seno de una sociedad jerarquizada como la nuestra, se establecen relaciones de poder entre los individuos y frecuentemente se cometen excesos en el ejercicio de ese poder. El derecho en este caso trata de paliar estos excesos procurando la preservación de la familia y la protección de quienes la integran, sobretodo aquellos más vulnerables.

Un punto de intersección entre la esfera de lo público y la esfera de lo privado es el ámbito de lo social. La vía de **COF** se adscribe en todo caso a este último nivel. Tanto la injerencia extrema del Estado a través del derecho como la indiferencia jurídica, tienden a debilitar a la familia como institución. Al redactar el capítulo de **COF**, el legislador aparentemente tenía clara la necesidad de mantener este equilibrio, pues no admite la indiferencia jurídica que subsiste en muchos otros códigos vigentes en diversas Entidades Federativas en relación con el derecho de familia. Asimismo la regulación actual de esta materia en el **CPC**, consideramos, tampoco genera una injerencia o intrusión extrema del Estado en la vida intra-familiar, pues la figura del convenio como una fórmula auto compositiva de solucionar la controversia, proporciona un equilibrio entre las esferas de lo público y de lo privado.

Las instituciones del derecho de familia, las cuestiones urgentes, los miembros más vulnerables, los menores; todos ellos están protegidos por disposiciones

8. Artículo 941 del CPC.

9. Citada por ENRIQUE Serrano Gómez. *Consenso y conflicto. Schmitt, Arendt y la definición de lo político*. Ed, Centro de Estudios de Política Comparada AC. México, 1998.

de orden público, algunas de carácter irrenunciable, sin embargo, los litigantes tienen en todo momento expedito su derecho para terminar vía convenio la disputa legal, de acuerdo con sus específicas premisas culturales, a su idiosincrasia, a su mundo de la vida. El límite que el **CPC** opone a los particulares que pactan un convenio, es el de la protección a la vida y la integridad de los miembros de la familia.

En los casos urgentes, se podrá acudir ante el juez de lo familiar por comparecencia personal. Basta con que la persona que tiene necesidad de instaurar la demanda se presente en Oficialía de Partes Común con los documentos base de la acción que pretende deducir, para que de inmediato sea canalizada ante el juez de lo familiar que resulte competente de acuerdo con el azar. Este precepto tiende a promover la eficacia de la norma, pues un impedimento que suele inhibir a las personas con problemas de índole familiar que ameritan intervención judicial, es precisamente la falta de recursos económicos para contratar un abogado. Una de las razones que promueven la fragilidad de algunos miembros de la familia, es precisamente su exigua capacidad económica. Por lo que sería paradójico y poco racional que una persona cuya debilidad económica lo hace vulnerable, esté impedido para acudir ante el órgano judicial porque carece de recursos para sufragar los honorarios de un abogado que formule la demanda de conformidad con las consabidas formalidades de ley. Justamente porque el **CPC** en su capítulo de **COF** prevé la posibilidad de acudir ante el órgano jurisdiccional por escrito o por comparecencia personal. En este último caso, el enjudicante podrá narrar directamente al órgano jurisdiccional las circunstancias fácticas que han dado origen a la controversia, quien asentará por escrito los hechos que le han sido planteados.

Entre las acciones más recurridas en materia de **COF**, podemos mencionar tres: alimentos, guarda y custodia y regulación de visitas y convivencia. Nos interesa verter algunas opiniones respecto de las dos primeras.

D, los alimentos

Los alimentos comprenden (artículo 308 del CC):

- comida
- vestido
- habitación
- atención médica y hospitalaria

- gastos de embarazo y parto
- educación

Es decir, los alimentos contemplan los elementos necesarios para sufragar la supervivencia del acreedor alimentario y para no segregarlo de la coexistencia social ni de las relaciones de intercambio y consumo. Necesita comer para vivir, vestir para interactuar socialmente, habitación para no convertirse en un indigente y con ello quedar relegado de la sociedad de consumo, salud para ser miembro activo y productivo, educación para introyectar las pautas de conducta social, e instrucción en un oficio para integrarse definitivamente al mundo laboral. El grado de lo marginal en la sociedad occidental contemporánea, está directamente vinculado con la capacidad de consumo y de intercambio económico.

Bajo esta lógica, podemos afirmar que a menor capacidad económica o aptitudes para desempeñar una función económica o laboral, mayor es el nivel de marginalidad. Tal es el caso de los indigentes, los niños de la calle, los indígenas y los minusválidos por ejemplo, quienes observan ciertas restricciones para generar consumo.

Algunos autores sostienen que la obligación¹⁰ de ministrar alimentos tiene un fundamento ético y moral. Para Sara Montero, la

"obligación alimentaria encierra un profundo sentido ético pues significa la preservación del valor primario: la vida impuesta por la propia naturaleza a través del instinto de conservación individual y de la especie y por el innato sentimiento de caridad que mueve a ayudar al necesitado"¹¹

Alicia Elena Pérez Duarte propone que la obligación alimentaria es un deber jurídico y moral.¹²

10. Ernesto Gutiérrez y González sostiene que la obligación alimentaria es un deber jurídico y no precisamente una obligación. Su argumento en esencia radica en que los deberes jurídicos en estricto sentido, tienen su fuente en una norma de derecho. Así la acción ministrar alimentos será un deber jurídico mientras no se incumpla con ese deber, pues tiene su fuente en una norma de derecho, en nuestro medio el artículo 301 y subsiguientes del CC. Sin embargo, una vez que se incumple con el deber de dar alimentos, entonces surge la obligación, pues sólo hasta ese momento cuando se hace exigible al acreedor. Mientras el deber sea observado puntualmente, resultaría absurdo exigir el cumplimiento. De ahí la crítica que formula Gutiérrez y González a la redacción del CC tocante al tópico de los alimentos. GUTIÉRREZ y González Ernesto, *Personales teorías del deber . jurídico y unitaria de la responsabilidad civil*, Porrúa, México, 1998.
11. MONTERO Duhal, Sara, *Derecho de Familia*, Porrúa, Méxi- co^ 1987, p. 39.
12. PÉREZ DUARTE y Noroña, Alicia Elena, *La obligación Alimentaria. Deber Jurídico, Deber Moral*, Porrúa, México, 1998. Basta con leer el subtítulo para deducir cuál es la tesis central del texto.

Sin embargo, los obligados a ministrar alimentos son:

- **los cónyuges entre sí**
- **los concubinos entre sí**
- **los ascendientes en línea recta sin límite de grado**
- **los descendientes en línea recta sin límite de grado**
- **los colaterales hasta el cuarto grado**

La mayoría de los autores en nuestro medio consideran que la obligación alimentaria tiene un fundamento ético y moral. Pero este argumento no explica suficientemente por qué si la creación de las hipótesis normativas relativas a los alimentos se fundan en una cuestión ética y moral, ésta obligación no recae directa e indistintamente en toda la población, sino en los parientes más próximos en grado, los cónyuges y los concubinos. Si la obligación de proporcionar alimentos tiene un profundo sentido ético y descansa en un innato sentimiento de caridad, si constituye una obligación moral, entonces ésta obligación debiera recaer no solamente en los parientes más cercanos o en los cónyuges, sino en la población en general, ya que no es congruente supeditar el derecho a la vida a la preexistencia de un vínculo de parentesco o de matrimonio.

Aun considerando que el Estado es obligado solidario del deudor alimentario, apelar a la ética y a la moral como base para la creación legislativa del régimen jurídico de alimentos, no justifica que éste deber ético y moral se circunscriba al ámbito de las relaciones de parentesco, pues esta suerte de deberes trascienden el universo de la familia. El derecho a la vida, que también se aduce como fundamento de la obligación de dar alimentos, por mayoría de razón, tampoco puede confinarse a este minúsculo espacio de las relaciones intra-familiares.

Es decir, si los alimentos permiten salvaguardar un valor fundamental como es la vida humana, la relación de parentesco pasaría a segundo término en aras del cumplimiento de este cometido. En nombre de la vida humana, y con base en el deber ético y moral que nos debemos como especie los seres humanos, debiera ser irrelevante delimitar en quién recae la obligación de ministrar los alimentos.

La esencia de la obligación alimentaria descansa en la necesidad de capacitar a los individuos para integrarlos a la vida económica y disminuir la carga del Estado en la atención de personas con necesidad de asistencia material. Desde el punto de vista del derecho a la vida, qué importancia pueden tener la

vestimenta o la educación. En ciertas culturas aisladas de la sociedad occidental, la educación formal y la ropa en poco o nada contribuyen a la subsistencia del individuo.

Desde nuestra óptica, la obligación alimentaria no tiene un fundamento ético ni moral sino económico. El Estado impone a los gobernados a través del derecho, esta obligación para garantizar que los integrantes de la familia sean oportunamente incorporados a la sociedad de consumo y sean aptos para realizar operaciones de intercambio. La familia cumple su función de control social preparando a sus miembros para interactuar socialmente, asumiendo las pautas de conducta previamente institucionalizadas. De ahí que aquellos que no perciben alimentos tienden a ser marginales.

El conjunto de elementos que configuran el concepto integral de alimentos de acuerdo con el artículo 308 del **CC**, rebasan los requerimientos mínimos para la vida, pero son, a la par, los satisfactores básicos que necesita un individuo para incorporarse a la sociedad, para consumir, para interactuar, para ser un miembro más de la sociedad. Reducir el fundamento de la obligación alimentaria a un sentido ético o moral, significa asumir que la familia es una categoría biológica impuesta desde la divinidad.

Consideramos que dentro de la estructura jurídica de una sociedad vertical resulta muy difícil insertar categorías éticas y morales para explicar el sentido de las normas. El discurso del fundamento ético y moral no explica el fenómeno de los niños de la calle y de los indigentes por ejemplo. El derecho ético es viable en las sociedades organizadas horizontalmente. Es más propio del paradigma hegeliano del Estado racional, que del Estado predador que detenta el poder.

Por la importancia que tiene para el Estado que los alimentos sean dotados al acreedor alimentario de acuerdo con la explicación planteada en párrafos anteriores, la procedencia de la acción alimentaria es casi una certeza una vez que se intenta.

Los elementos de la acción alimentaria son: a) la relación de parentesco, de matrimonio o de concubinato que se acredita con las copias certificadas de las actas del registro civil o con la información testimonial en el caso del concubinato, b) la necesidad de recibir alimentos por el acreedor que se acredita a través de una presunción legal **juris tantum** en el caso de los menores, el cónyuge que se dedique al hogar, los discapacitados y los sujetos en estado de interdicción, c) la capacidad económica del deudor que se acredita casi siempre con documentos y, d) el incumplimiento

del deber de ministrar alimentos, que por tratarse de un hecho en sentido negativo y por ende de imposible comprobación, se soluciona invirtiendo la carga de la prueba y será el demandado quien debe comprobar que sí ha ministrado alimentos.

Durante la tramitación de la obligación alimentaria, como medida provisional el **CPC** prevé la posibilidad de solicitar una pensión alimenticia provisional. Si la parte actora no la solicita, el propio código prescribe que el juzgador de manera oficiosa podrá imponerla al presunto deudor alimentario. Esta medida provisional es fijada por el juez familiar sin audiencia de parte. Ante el alud de juicios de amparo indirecto que se tramitaron contra la pensión alimenticia provisional, bajo el argumento de que viola la garantía de audiencia inserta en el artículo 14 constitucional, la Judicatura Federal a través de la jurisprudencia estableció el criterio de que la pensión provisional no es violatoria de dicho precepto en razón de que el referente directo de esta medida provisional es el derecho a la vida y, esta garantía prima sobre la garantía de audiencia.

De la guarda y custodia

Los elementos de la acción de guarda y custodia son a) la existencia y vigencia de los derechos de patria potestad o de tutela por el promoverte, que se acreditó con los documentos públicos que lo acrediten, b) la mejor aptitud para ejercer la custodia, que se presume en su favor en el caso de las madres cuyos hijos sean menores de doce años, enfatizando que dicha presunción admite prueba en contrario y por tanto es susceptible de ser destruida y, c) el interés superior del menor. Este último elemento se desprende de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (**CIDN**).¹³ Pero, debido a lo difuso que resulta su interpretación por no estar connotado en la **CIDN** ni en el **CC**, no es debidamente valorado por el juez familiar y en todo caso queda a su "prudente arbitrio", a su mundo de la vida, permitiendo que los factores de distorsión tengan una incidencia importante.

Ante la ruptura del grupo familiar y la separación de la pareja, es menester determinar con quién deben permanecer los hijos procreados por ambos. La

13. La **CIDN** fue adoptada y ratificada por el Estado Mexicano de conformidad con el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

fracción V del artículo 282 del **CC** establece un criterio: los menores de doce años deben permanecer al lado de la madre.¹⁴ Pero este mismo patrón es retomado en la vía de **COF** al tramitarse la acción de guarda y custodia. Con apoyo en algunas tesis de jurisprudencia¹⁵ se ha fortalecido dicho criterio al considerar el Tribunal Noveno Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil, que la mujer debe tener consigo a los menores de siete años.¹⁶

Se han lanzado cuestionamientos acerca de si dicho criterio vulnera el artículo 4o. constitucional que prescribe que el hombre y la mujer son iguales ante la ley. La posición adoptada por los tribunales colegiados, descansa en argumentos poco convincentes y por demás cercanos al derecho natural. No debemos perder de vista que el mandato constitucional impone que el hombre y la mujer son iguales ante la ley y por ese motivo, cualquier consideración de esa índole estaría redeterminada por el orden supremo de la Constitución General de la República.

De acuerdo con la redacción actual de la fracción V del artículo 282 del **CC**, los menores de doce años deben permanecer al lado de la madre y únicamente si se actualiza un principio de excepción a esta regla general, podrá el varón detentar la guarda y custodia de sus descendientes. Este principio de excepción se refiere a la presencia de circunstancias fácticas que implique peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, si estos permanecen al lado de la madre.

Antes de analizar si el artículo 282 del **CC** contraviene el artículo 4o. constitucional,¹⁷ es importante

14. Este numeral prescribe las medidas provisionales que podrá dictar el juzgador en los casos de divorcio necesario.

15. Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, Agosto de 1998 Tesis: 1.90.C.53 C Página: 845 CUSTODIA DE MENORES. EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, QUE LA CONCEDE A LA MADRE RESPECTO DE LOS HIJOS MENORES DE SIETE AÑOS, ES ACORDE CON LO PREVISTO POR EL ARTÍCULO CUARTO CONSTITUCIONAL. NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 5689/98. Luis Tovar Zúñiga. 25 de junio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: José Castro Aguilar, Secretario: Antonio Rebollo Torres.

16. Con antelación a la reforma que sufrió el artículo 282 del **CC** el veinticinco de mayo de 2000 y que entró en vigor el primero de junio de 2000, la fracción VII del mismo numeral establecía que los menores de siete años deberían permanecer al lado de la madre. Este rango se incrementó de siete a doce años con la promulgación de esta reforma.

17. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. TÍTULO PRIMERO.
CAPÍTULO I. De las garantías individuales.

formular una crítica al legislador ordinal del CC, pues al promulgar la reforma de 25 de mayo de 2000, omitió definir el concepto "peligro grave para el normal desarrollo de los hijos". Este concepto suele resultar bastante subjetivo y relativo. Lo que para un individuo con ciertos patrones culturales constituye un peligro grave para el sano desarrollo de sus hijos, para otro sujeto con premisas culturales radicalmente diversas pudiera no significar peligro alguno. La falta de connotación de lo que debemos entender por peligro grave, permite una enorme discrecionalidad y confusión en los jueces familiares.

La secuela del procedimiento judicial no es suficiente para que el juzgador penetre en el conocimiento de los patrones culturales de los litigantes, por lo que es indispensable que la propia ley defina lo que debe entenderse por peligro grave para el sano desarrollo de los hijos si se pretende que la norma sea eficaz.

Regresando a nuestra interrogante; para entender si la fracción V del artículo 282 del CC es violatoria del artículo 4o. constitucional, podemos acudir al modelo de la configuración jurídica de la diferencia, construido por Ferragoli¹⁸ para explicar la noción igualdad jurídica a través de la historia.

Este modelo describe cuatro niveles de configuración jurídica de las diferencias:

- *Indiferencia jurídica de las diferencias.* Característico de los Estados liberales regidos bajo la lógica del "*dejar hacer, dejar pasar*". El Estado permanece ajeno a la existencia empírica de diferencias entre los gobernados y da por sentado que los individuos son todos iguales entre sí porque comparten la misma condición humana. Desconociendo la presencia de desigualdades profundas en relaciones sociales y económicas.
- *Diferenciación jurídica de las diferencias.* Característico de sistemas como el *apartheid* o el nacionalsocialismo. Prescriben dentro de sus leyes diferencias específicas entre los individuos aduciendo motivos raciales.
- *Homologación jurídica de las diferencias.* Característico de la sociedad capitalista. Impone el arquetipo del individuo macho, blanco, propietario, como parámetro

al cual es menester homologar a todos los diferentes. Las diferencias deben subsanarse otorgando a los diferentes los mismos derechos que tiene el prototipo aceptado como referente para la homologación. Se desconocen jurídicamente las diferencias, pero se iguala a los individuos por medio del derecho, para conceder a los diferentes el privilegio de acercarse al ideal, al paradigma del macho, blanco y propietario. • *Valoración jurídica de las diferencias.* Este es el paradigma propuesto por Ferragoli. La verdadera igualdad radica en el reconocimiento de las diferencias. Entonces la igualdad consiste en otorgar el mismo valor a todas las diferencias. Ya sea por cuestiones de género, de pertenencia a un grupo étnico minoritario, de nivel cultural o económico, de nacionalidad, etc., la igualdad consiste en que todos, independientemente de sus diferencias, son idénticamente valorados por el derecho. A diferencia del modelo anterior, que diluye las diferencias al homologarlas al arquetipo que se considera como el único válido, no dejando más alternativa que uniformizar a todos; éste último modelo promueve el derecho a la diferencia, permitiendo que las diferencias subsistan y, que cada diferente tenga el mismo valor para el derecho.

Sobre la aparente contradicción entre el artículo 4o. constitucional y la fracción V del numeral 287 del CC, una explicación desde el cuarto modelo propuesto por Ferragoli permite comprender con absoluta claridad que la igualdad entre el hombre y la mujer se finca en el reconocimiento e idéntica valorización de sus diferencias innegables. Son diferentes, sin duda alguna lo son, pero uno y otro tienen el mismo valor desde su diferencia. La mujer detentará la custodia de los hijos menores de doce años, porque en razón de las pautas culturales que nos han regido desde unos siglos a la fecha, se le ha destinado a labores fundamentalmente domésticas. Esta realidad ha permeado nuestra cultura. La mujer es diferente al hombre en ese sentido, si bien su diferencia tiene el mismo rango o valor que los iguala.

Por el contrario, si pretendemos homologar a los diferentes al arquetipo del macho, blanco y propietario; en este caso, si a la mujer la equiparamos al hombre, desde luego que la fracción V del artículo 287 del cc viola flagrantemente el artículo 4o. constitucional puesto que no habría criterio alguno para establecer la menor distinción entre el hombre y la mujer homologada jurídicamente al hombre. Para el modelo de la homologación jurídica de las diferencias, la igualdad radica en la identidad de los unifor-

Artículo 4o. ...

"El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia".

18. FERRAGOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, capítulo 3. Igualdad y Diferencia,

mes. Si todos portan el mismo uniforme, todos son iguales.

El paradigma que Ferragoli ha construido nos muestra que es posible aspirar a la igualdad jurídica de los individuos, sin diluir en la artificialidad del derecho, la profusa variedad de diferencias inherentes a todo grupo social.

En materia de COF y especialmente en la acción de guarda y custodia, es aplicable la CIDN. Especialmente el artículo 12 de dicho instrumento promueve que la opinión del menor será tomada en cuenta en los procedimientos judiciales en donde intervenga o que le afecten directamente.

Conclusiones

1. Las COF son una vía procesal especial y privilegiada, de orden público, creada por el legislador para salvaguardar a la familia como institución y proteger a sus miembros.
2. Se procura que la norma sea eficaz mediante la inserción de mecanismos legales que tienden a garantizar la observancia de la norma, tales como la ausencia de formalidades especiales, la intervención oficiosa del órgano jurisdiccional y la suplencia oficiosa de las deficiencias en los planteamientos de derecho formulados por los litigantes.
3. Las COF ponderan la solución auto compositiva de los conflictos intra familiares que son expuestos al juzgador, incluso exhortando al convenio a las partes. De esta manera se equilibra la intervención del Estado en los asuntos atinentes a la familia, permitiendo que las partes, de conformidad con sus premisas culturales y sociales, propongan una solución concreta a su conflictiva, con la limitación del propio marco jurídico, que cualifica como irrenunciable, intransmisible y no sujeta a compensación a la obligación alimentaria. De esta manera se guardan las distancias entre la esfera de lo público y lo privado en relación con los problemas inherentes a la familia.
4. El andamiaje jurídico está diseñado para disminuir en grado superlativo el riesgo de acotar o perder un derecho producto de la negligencia o del error en el patrocinio legal.
5. Dependiendo desde dónde se mire la aparente contradicción entre la ley ordinal y la Constitución, en rela-

ción con la guarda y custodia que ejercerá la mujer sobre los menores de doce años, puede o no aseverarse la presencia de una norma inconstitucional. Desde la homologación jurídica del hombre y la mujer, sin duda hay contravención entre el CC y el artículo 4o constitucional. Si observamos el problema desde la valorización jurídica de las diferencias, tal contradicción es inexistente.

6. Es importante tener en cuenta al promover COF, la posibilidad de invocar de la aplicación CLDN. Sobre todo cuando resulta menester que se considere la opinión del menor en los asuntos que lo involucran directamente.
7. Las COF tienden a proteger a la familia, porque constituye un elemento esencial en la preservación del orden social, político y económico. Coadyuvan a crear individuos aptos para incorporarse a la sociedad de consumo, al intercambio económico. No hay, al menos de modo preponderante, un fundamento ético o moral en la protección estatal a la familia. Su razón primordial es el control social y de integración a la vida económica.

^Bibliografía

Diccionario Jurídico ESPASA, Madrid, 1993.

FERRAGOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

FORRESTER, Viviane, *El horror económico*, FCE, México, 1997.

FOUCAULT, Michel, *Historia de la sexualidad*, 2, El uso de los placeres, Siglo XXI, México, 1999.

GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ Ernesto, *Personales teorías del deber jurídico y unitaria de la responsabilidad civil*, Porrúa, México, 1998.

MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, Porrúa, México, 1987.

PÉREZ DUARTE y Noroña, Alicia Elena, *La obligación Alimentaria. Deber Jurídico, Deber Moral*, Porrúa, México, 1998.

RIDLEY, Matt, *Genoma. La autobiografía de una especie en 23 capítulos*, Taurus, México, 2001.

SERRANO, GÓMEZ Enrique, *Consenso y conflicto*, Schmitt, Arendt y la definición de lo político, Centro de Estudios de Política Comparada, AC. México, 1998.