



UNIVERSIDAD LATINA

CAMPUS CUERNAVACA
LICENCIATURA EN DERECHO
CLAVE 8344-09
INCORPORADA A LA UNAM

ANÁLISIS SOBRE LA REGULACIÓN
DE LAS CONVIVENCIAS DE LOS PADRES
SEPARADOS DEL HOGAR CONYUGAL CON
SUS MENORES HIJOS

T E S I S

PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

NANCY USCANGA SOLLANO

ASESOR: LIC. SERGIO RAÚL ZERMEÑO NÚÑEZ

CUERNAVACA, MORELOS.

OCTUBRE 2015



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



Cuernavaca, Morelos a 15 de Mayo de 2015

**M.C RAMIRO JESÚS SANDOVAL,
DIRECTOR GENERAL DE REVALIDACIÓN
E INCORPORACIÓN DE ESTUDIOS DE LA UNAM
P R E S E N T E.**

La **C. USCANGA SOLLANO NANCY**, ha elaborado la tesis profesional titulada **ANÁLISIS SOBRE LA REGULACIÓN DE LAS CONVIVENCIAS DE LOS PADRES SEPARADOS DEL HOGAR CONYUGAL CON SUS MENORES HIJOS**, BAJO LA DIRECCIÓN DEL LIC. SERGIO RAÚL ZERMEÑO NÚÑEZ, para obtener el Título de Licenciada en Derecho.

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

ATENTAMENTE

**MTRO. HÉCTOR ROA MARTÍNEZ
DIRECTOR TÉCNICO DE LA
LICENCIATURA EN DERECHO
CAMPUS CUERNAVACA**

info@unilatina.mx
unil@eduma

Campus Sur
Pedro Henríquez Ureña 173,
Los Reyes Coyoacán,
México, D.F., 04330
9171 9670 al 80

Campus Roma
Chihuahua 202,
Roma,
México, D.F., 06700
3640 0880 al 90

Campus Cuernavaca
Vicente Guerrero 1806,
Las Maravillas,
Cuernavaca, Morelos, 62230
(777) 160 1020 al 30

Campus Cuautla
Carretera Federal México-Cuautla 1060,
Hermenegildo Galeana,
Cuautla, Morelos, 62741
(735) 3524 607
3945 128

Cuernavaca, Morelos, a 06 de mayo de 2015.

**MTRO. HECTOR ROA MARTINEZ
DIRECTOR TÉCNICO DE LA
LICENCIATURA EN DERECHO
UNIVERSIDAD LATINA S.C.
CAMPUS CUERNAVACA
P R E S E N T E.**

Por medio de la presente me permito informar a Usted que el alumno (a):

C. USCANGA SOLLANO NANCY

Con número de cuenta: 308753527, ha concluido la investigación de la tesis profesional titulada: **ANÁLISIS SOBRE LA REGULACIÓN DE LAS CONVIVENCIAS DE LOS PADRES SEPARADOS DEL HOGAR CONYUGAL CON SUS MENORES HIJOS**, misma que llena a mi juicio los requisitos marcados en la Legislación Universitaria y en la normatividad de la Universidad Latina para la tesis profesional, por lo que otorgo el voto aprobatorio como asesor.

ATENTAMENTE



**LIC. SERGIO RAÚL ZERMEÑO NÚÑEZ
PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD LATINA**

ANÁLISIS SOBRE LA REGULACIÓN DE LAS CONVIVENCIAS DE LOS PADRES SEPARADOS DEL HOGAR CONYUGAL CON SUS MENORES HIJOS.

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I. Antecedentes históricos.....	4
I.1. La familia en la época moderna.....	9
1. La familia.....	9
2. El derecho de familia.....	11
I.2. El derecho familiar en México. Su naturaleza jurídica.....	12
a) La familia en México.....	13
b) Fuentes jurídicas de la familia.....	16
CAPÍTULO II. La Patria Potestad.....	17
II.1. Características de la Patria Potestad.....	18
1. Titularidad de la Patria Potestad.....	22
A Extinción de la Patria Potestad.....	22
B Pérdida de la Patria Potestad.....	22
C Privación de la Patria Potestad.....	22
D Limitación de la Patria Potestad.....	22
E Suspensión de la Patria Potestad.....	23
2. Modificaciones que puede sufrir la Patria Potestad.....	24
3. Facultados para demandar la pérdida de la Patria Potestad.....	26
4. Readquisición de la Patria Potestad.....	27
a) La extinción y restitución de la Patria Potestad.....	27
b) Competencia jurisdiccional en materia de Patria Potestad.....	28
c) Extinción de la titularidad de la Patria Potestad.....	28
5. Causas de exclusión absoluta del ejercicio de la Patria	

Potestad.....	31
6. Ejercicio de la Patria Potestad sobre hijos adoptivos.....	33
II.2. Facultades que comprende la guarda.....	35
II.3. Ejercicio de la Guarda.....	36
a) Medidas sobre guarda en caso de divorcio, separación de cuerpos, nulidad de matrimonio o residencias separadas.....	37
b) Resoluciones sobre la guarda y custodia.....	39
c) Órgano jurisdiccional competente respecto a la guarda.....	39
d) Representación y administración de los bienes del menor.....	41
1. Representación del menor.....	44
2. Excepciones al principio de administración de los padres.....	45
3. Extensión del poder de representación.....	47
4. Administración del patrimonio del menor sometido a Patria Potestad.....	48
a) Excepciones.....	48
b) Bienes del hijo sujeto a la Patria Potestad.....	51
c) Excepciones al principio fundamental.....	51
d) Facultades paternas de administración.....	52
II.4. La guarda y custodia del menor frente a la separación de los padres.....	54
II.5. Separación amigable.....	55
II.6. La determinación de quién se ocupará de la guarda y custodia.....	56
II.7. Régimen de visitas.....	57
II.8. Efectos que produce la separación de los padres en el menor.....	58
II.9. Derechos y obligaciones de los padres para con los hijos.....	59

a) Cuando existe custodia.....	59
b) Cuando no existe custodia.....	60
II.10. Regímenes matrimoniales y fiscalidad.....	60
1. Rendimientos del trabajo.....	60
2. Rendimientos del capital.....	61
3. El rol social y familiar de los abuelos.....	62
II.11. Las visitas alternas.....	63
a) Tiempo compartido.....	63
b) Necesidad de compartir con los progenitores.....	64
c) Medidas provisionales.....	65
- Previas o provisionales.....	65
- Provisionales o simultáneas.....	66
- Extremos en las medidas:	
a) En relación con los hijos.....	66
b) La patria potestad en el Código Familiar.....	67
II.12. Extinción de la Patria Potestad.....	67
a) Privación a los padres de la patria potestad.....	68
b) Privación directa de la patria potestad.....	69
c) La patria potestad prorrogada.....	69
II.13. El derecho de visitas.....	70
II.14. Pensión alimenticia.....	71
- Cesa la obligación alimenticia, cuando:.....	73
CAPÍTULO III. Mayoría y minoría de edad.....	75
III.1. La emancipación.....	75
a) Causales de emancipación.....	76
b) Efectos de la emancipación.....	77
III.2. Concepto de menor.....	78
- Delimitación del término “menor”.....	79
III.3. Criterios de la Corte.....	94
III.4. El interés superior de las niñas y niños.....	117
a) Las niñas y niños como sujetos de derechos.....	119
b) Derecho de comparecer ante el juez de Primera	

Instancia.....	124
c) Derecho a la legalidad del procedimiento.....	125
d) Derecho a ser alimentado.....	125
e) Derecho a conocer su origen genético.....	126
f) Derecho a tener relación y convivencia con sus padres y sus parientes.....	127
g) Fijación de pensiones alimentarias provisionales y definitivas.....	131
CAPÍTULO IV. Conclusiones.....	133
BIBLIOGRAFÍA.....	139
LEGISLACIÓN.....	142
WEB.....	142-143

INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación pretende analizar a detalle las problemáticas que se suscitan por cuanto a la regulación y fijación de las convivencias de los padres separados del hogar conyugal con sus menores hijos, lo anterior es así en virtud de que no existe regulación específica que se encargue de la problemática en mención, la misma deviene de diversos criterios a tomar en cuenta por el Juzgador, ello al momento de fijar las mismas, entre ellos su criterio personal.

Todo padre y madre tienen derecho de convivir con sus hijos aun cuando se encuentren separados del hogar conyugal, y sobre todo, es un derecho inherente de los menores, ya que esta convivencia refuerza el vínculo emocional y familiar con el progenitor que no vive con ellos.

Desde luego hay excepciones en donde esta convivencia puede resultar incluso peligrosa para los menores hijos, por antecedentes de violencia, abuso, adicciones o cualquier otra circunstancia que ponga en peligro la integridad física, emocional o psicológica de los mismos.

Esta convivencia puede ser convenida por los padres de manera extrajudicial, sin embargo en la presente investigación nos abocaremos a la hipótesis de las convivencias decretadas en la vía judicial, mediante solicitud del progenitor que no tiene la custodia de sus menores hijos ante el Juez Familiar competente o en su caso el Juez de Primera Instancia competente, por lo que analizaremos los diversos criterios a considerar para la fijación de dichas convivencias.

Ahora bien, es de hacer hincapié que el derecho de la convivencia incluye la equidad que debe de haber en el disfrute de los menores con sus progenitores, y a su vez éste con ellos, es así con la

finalidad de salvaguardar el sano desarrollo de los mismos.

El Derecho Familiar se encarga de la regulación de las multicitadas convivencias, ello en atención de que se ocupa de manera preponderante de la protección de los menores en las diversas situaciones que pudieren suscitarse en su esfera jurídica.

Así pues, en el capítulo I de esta tesis se abordan los antecedentes históricos de la creación de la familia, a fin de que se advierta cómo se trataban a los niños y niñas con relación a los problemas que existían dentro del seno familiar, quién ejercía el mando y control de ésta, antecedentes históricos que permiten visualizar la manera en que evolucionó el trato de los padres para con los hijos, permitiendo mayor libertad en su actuar, hasta dejar que opinen en las decisiones familiares.

En el capítulo II se consideró necesario tocar el aspecto de la Patria Potestad, a fin de determinar los alcances de esta figura jurídica dentro del trato familiar paterno-filial, analizando los derechos de los hijos frente a esta figura, como las obligaciones y deberes de los padres, toda vez que la Patria Potestad se considera una figura regulatoria de esta relación, misma que conlleva a regular las convivencias de los padres con los hijos en caso de separación de estos.

Por lo que hace en el capítulo III, tocamos la importancia de analizar los conceptos del término “menor”, como los efectos de la emancipación, su libertad de intervención en un proceso judicial a fin de también poder emitir su opinión respecto de las controversias que afecten la relación familiar, determinando cuáles son los derechos de los niños y niñas, dentro de los cuales otorgamos mayor énfasis el

derecho a las convivencias paterno-filiales, en caso de separación de los padres.

Por último, en el capítulo IV se emiten las conclusiones y propuesta de esta tesis con relación a la regulación de las convivencias, mismas que se pretende se establezcan en la norma de orden familiar.

CAPITULO I. Antecedentes Históricos.

La base de la sociedad romana fue la familia, la familia integrada de pleno en la gens, la tribu a la que pertenecía que a su vez se integraba en una sociedad formada por otras tribus formadas por familias, ramas todas ellas de un mismo árbol fuerte.

La sociedad romana era clasista. Había dos clases principales de ciudadanos, los patricios y los plebeyos, los patricios eran los descendientes de aquellos *paters* que formaron el primer senado instituido por Rómulo al fundar la ciudad en 753 aC, y los plebeyos eran los demás, el pueblo, que gozaba de ciudadanía pero que tuvo que luchar duro para arrebatar a la aristocracia sus derechos.

Entre los patricios también había clases, había aristócratas de linaje remontado hasta la guerra de Troya como la gens Julia a la que pertenecía Julio César y aristócratas salidos de la nobleza rural local, los que los de rancio abolengo llamaban "Hombres Nuevos" y a los que solían mirar como a inferiores. Catón, Cicerón y Pompeyo militaron en el bando de la aristocracia ultraconservadora, los optimates, sin embargo no pertenecían a la aristocracia. Todos ellos eran considerados por los "verdaderos romanos" como Hombres Nuevos, quizá por ello sentían la necesidad de demostrar continuamente lo romanos que eran, ya se sabe que no hay peor inquisidor que el converso.

Todos los romanos pertenecían obligatoriamente a una gens, a una tribu. Si ya estaban inscritos en una, en ella permanecían hasta su muerte, si eran libertos, esclavos manumitidos a los que se concedía la ciudadanía romana, eran inscritos en el registro de tribus y se les asignaba una. Como hemos visto, los romanos tenían tres nombres, el

praenomen, el *nomen* y el *cognomen*, el *nomen*, siempre acabado en IO era el nombre de la tribu a la que pertenecían, así Cayo Julio César pertenecía a la tribu Julia, como Publio Rutilio Rufo pertenecía a la tribu *Rutilia*, o *Publio Ovidio Nasón* pertenecía a la tribu *Ovidia*. Había tribus de carácter aristocrático que con el tiempo habían creado una rama plebeya, pero en tiempos de César, la distinción entre los nobles y los plebeyos era clara y diáfana y estaba perfectamente reglamentada en todos los aspectos.

Como base esencial de esta sociedad, la familia estaba también perfectamente reglamentada. Los romanos fueron un pueblo que amaba el orden por encima de todo y en Roma todo (menos las calles) estaba perfectamente ordenado. Cada unidad familiar constaba de un *pater familias* o padre de familia bajo cuya autoridad y tutela se hallaba la esposa, los hijos, los esclavos de su propiedad y los clientes, si la familia era lo bastante importante como para tenerlos.

El *pater familias* era el dueño legal del hogar y de todos sus miembros. En una sociedad patriarcal típica de la antigüedad, él era el que trabajaba para sostener la casa y tomaba las armas en caso necesario para defenderla, y por tanto, era la pieza sobre la que giraba toda la familia. Era él el que tenía la responsabilidad de dirigirla de manera adecuada a sus intereses, no sólo dentro de la propia unidad familiar, sino de la *gens* a la que pertenecía y a la que estaba unida por vínculos sagrados.

El *pater familias* es la máxima autoridad familiar gracias a la Patria Potestad de que dispone, por la cual él es la ley dentro de la familia y todos los demás miembros tenían el deber de obedecer a sus decisiones. La Patria Potestad no fue sólo un hecho jurídico reglamentado, sino, como todo en Roma, una consecuencia de la

Tradición que los romanos seguían por considerarla sagrada. Gracias a ello, el *pater familias* tenía poder legal sobre todos los miembros de su familia además del poder que le daba ser su mantenedor económico o su representante ante los órganos políticos de Roma.

La esposa romana tenía más libertad que la esposa ateniense clásica, y mucha más que durante épocas posteriores. Sobre la situación de la mujer, es necesario decir que las sociedades entonces eran patriarcales, es decir, su base política, económica y militar era masculina, el hombre era el que aseguraba el sustento de la familia y de la sociedad entera con su trabajo y el que la defendía con las armas en caso de guerra, por lo que su papel era preponderante. Tratar de mirar las sociedades antiguas con nuestros ojos es un error propio de mentes deficientes. Hoy la situación del hombre y de la mujer se ha equiparado considerablemente en los países de cultura occidental, lo cual es de agradecer, aunque aún quede parte del camino por recorrer. Hoy la mujer trabaja, sostiene el hogar con su esfuerzo económico y esa es la clave de su equiparación, incluso la mujer ha accedido en los últimos años a puestos sociales antes vedados, como el servicio en el ejército demostrando que es igual de capaz que un hombre a la hora de conducir un taxi, pilotar un avión o gobernar una nación. Sin embargo, nada de eso ocurría en épocas pasadas con sociedades inmersas en continuos conflictos bélicos, el papel del hombre dominaba, la sociedad quería hijos para cultivar las tierras y luchar contra sus enemigos y la mujer tenía un papel secundario, aunque desgraciadamente hoy en día, en pleno siglo XXI aún existen culturas como la islámica que relegan a la mujer a un papel muchísimo más degradante, convirtiéndolas en meros objetos animados sin derecho alguno.

Los hijos estaban sujetos a la tutela paterna mientras no formaran su propia familia y se desvincularan así legalmente de dicha

tutela, pero estaban sujetos a la autoridad paterna (la Patria Potestad) mientras el padre viviera debiendo guardarle respeto y obediencia. Tras el nacimiento el hijo era presentado a su padre que lo reconocía como suyo cogiéndolo en sus brazos en la ceremonia llamada *sublatus*. Si el padre no reconocía al niño éste podía ser abandonado para que muriera, aunque este extremo no era en absoluto frecuente, ni mucho menos. Si era niña se la adjudicaba un nombre a los ocho días del nacimiento, si era niño a los nueve días, los niños tenían tres nombres tal y como hemos visto, las niñas uno sólo. El registro oficial del recién nacido tenía lugar en el templo de Saturno en un plazo de 30 días desde su nacimiento. En los actos oficiales los hijos varones llevaban una toga *praetexta* ribeteada de púrpura y una bula de oro al cuello para simbolizar su pertenencia a la clase libre de ciudadanos romanos. Hasta los siete años era su madre la que se ocupaba de enseñarles, desde los siete a los catorce lo hacían en una escuela primaria donde se les enseñaba a leer, escribir y materias como la aritmética en lo que era el primer escalón educativo romano. Si la familia podía permitírselo el niño era adiestrado por un profesor contratado que le instruía en casa. Para acceder al segundo escalón de estudios sobre gramática y literatura se necesitaba a un profesor particular, un *gramaticus* que le enseñaba latín y griego. Julio César fue adiestrado en estas disciplinas por Marco Antonio Gnifón, un *gramaticus* de origen galo. El tercer escalón era el aprendizaje de la retórica, generalmente enseñada por un *pretor*. César completó este escalón en la prestigiosa academia de retórica de la isla de Rodas con el maestro *Milón*, considerado el mejor maestro de retórica de su época. (www.historialago.com – José I. Lago, revisada en julio de 2014)

Hemos heredado de los romanos muchos aspectos relativos al ámbito familiar (costumbres, marco jurídico, términos lingüísticos,...), pero si queremos caracterizar a la familia romana no debemos fijarnos

en las semejanzas con una familia actual, sino en las diferencias que existen entre ambas. Son precisamente las diferencias las que dan identidad propia, las que singularizan y definen. Por esta razón nos vamos a centrar en el estudio de dos ámbitos en los que la familia romana se aleja sensiblemente de una familia actual, a saber, la composición de la unidad familiar y el poder del cabeza de familia.

Por lo que respecta a la composición, en Roma integraban una familia no sólo las personas ligadas por vínculos de sangre, i.e., cónyuges e hijos, sino también todos aquellos que mantenían una relación de dependencia con el "*pater familias*" (esclavos, libertos y clientes). Una familia romana, por tanto, era mucho más amplia que una familia actual y podía estar formada por cientos de personas.

En cuanto al cabeza de familia, en Roma este papel correspondía, como ya dijimos, indefectiblemente al padre o "*pater familias*". Un "*pater familias*" romano tenía un poder enorme, la llamada "*patria potestas*" o "*manus*", y en uso de él podía incluso matar a cualquier miembro de su familia (esclavos, desde luego, pero también hijos e incluso esposa en algunos casos). Actualmente las cosas han cambiado un poco: la antigua "*patria potestas*" la comparten padre y madre, se ejerce sobre los hijos hasta la mayoría de edad y no conlleva una autoridad tal que permita causar daño, y mucho menos matar. De todos modos nuestra lengua, más conservadora que nuestras costumbres, sigue evocando a la familia romana en palabras y expresiones referidas al poder/autoridad del cabeza de familia (*patria potestad*, emancipación, pedir la mano, etc).

Atendiendo a su amplitud y al poder del "*pater familias*" un historiador norteamericano ha comparado la familia romana con una familia mafiosa.

I.1 La familia en la época moderna.

1. La familia.

Antes de proceder al estudio del concepto Derecho de Familia, es importante entender a la familia como un grupo social básico creado por vínculos de parentesco o matrimonio presente en todas las sociedades. Idealmente, la familia proporciona a sus miembros protección, compañía, seguridad y socialización.

El jurista Díaz de Guijarro, en su Tratado de Derecho de Familia define a la familia como *“la institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación”*. (Buenos Aires; embajada de Venezuela 1979, Notas p. 131-135)

La estructura y el papel de la familia varían según la sociedad. La familia nuclear (dos adultos, hombre y mujer con sus hijos) es la unidad principal de las sociedades más avanzadas. En otras este núcleo está subordinado a una gran familia con abuelos y otros familiares. Una tercera unidad familiar es la familia monoparental, en la que los hijos viven sólo con el padre o con la madre en situación de soltería, viudez o divorcio.

La estructura familiar ha variado con respecto a su forma más tradicional en cuanto a funciones, composición, ciclo de vida y rol de los padres, principalmente por el rol de la mujer, la que por necesidades económicas se ha visto en la necesidad de salir de su hogar en busca de sustento.

A partir de la década de 1960 se han producido diversos cambios en la unidad familiar. Un mayor número de parejas viven juntas antes o en lugar de contraer matrimonio. De forma similar, algunas parejas de personas mayores, a menudo viudos, encuentran que es más práctico desde el punto de vista económico cohabitar sin contraer matrimonio.

El concubinato, en sentido amplio es la cohabitación de un hombre y una mujer sin la ratificación del matrimonio, y sin que exista impedimento para contraerlo.

El concubinato era una práctica legal y socialmente admitida en muchas culturas de la antigüedad, incluida la hebrea; sin embargo, a las concubinas se les negaba por regla general la protección a la que tenía derecho la esposa legal. Los antiguos germanos también aceptaban esta práctica como una forma inferior de matrimonio.

En el Derecho Romano, el matrimonio se definía de forma explícita como monógamo; se toleraba el concubinato, pero la consideración social de la concubina era inferior a la de la esposa legal. Aun así, se le reconocían ciertos derechos, como el deber del padre de mantener a sus hijos y su probable legitimidad en caso de celebrarse el matrimonio entre ambos. El concubinato ha sido una práctica admitida en el Islam; en los harenes, las concubinas carecían de consideración legal, pero sus hijos poseían algunos derechos patrimoniales.

Afortunadamente la legislación familiar estatal establece las reglas para que los concubinos se den alimentos.

2. El derecho de familia.

Díaz de Guijarro, en su Tratado de Derecho de Familia lo define como *“el conjunto de instituciones jurídicas de orden personal y patrimonial que gobiernan la fundación, la estructura, la vida y la disolución de la familia”*. (ob cit.)

Afirma que es *“el conjunto de normas que, dentro del Código Civil y de las leyes complementarias, regulan el estado de familia, tanto de origen matrimonial como extramatrimonial, los actos de emplazamiento en ese estado y sus efectos personales y patrimoniales”*.

Existen numerosos intentos de definir al derecho de familia con mayor exactitud, los cuales no han logrado cabalmente su propósito, porque en el intento de precisar el concepto los estudiosos del derecho deben recurrir a nociones controvertidas tales como su contenido y su ubicación en las diferentes ramas del derecho.

Podría parecer que el derecho de familia es especialmente promotor, ya que sus normas son fundamentalmente de orden público e interés social. Aunque esas normas son obligatorias, su obligatoriedad emana del deber moral y de los principios naturales en que se funda, como la institución humana más antigua y como elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad, ya que a través de ella, la comunidad no sólo se provee de sus miembros, sino que se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel social que les corresponde.

El derecho reconoce las relaciones interpersonales conyugales y familiares, ya que prevé las reglas para contraer matrimonio, define la filiación, establece los derechos y obligaciones de los miembros de la familia, como las formas de disolver el vínculo matrimonial, y por lo tanto, las consecuencias y obligaciones que surgen cuando ese vínculo se rompe, incluso aún sin disolverse, determina a quién le corresponde cumplir con la obligación alimenticia entre otras cosas.

De lo anterior se deduce, que el derecho de familia tiene como fin normar las relaciones familiares así como delimitar los derechos y obligaciones de cada parte integrante del núcleo familiar.

De conformidad con lo establecido en diversos artículos de los Códigos Civiles y familiares de los Estados de la República, todas las cuestiones inherentes a los alimentos se consideran de orden público.

1.2 El derecho familiar en México. Su naturaleza jurídica.

Debido a que la unión de sexos deviene en procreación y perpetuación de la especie humana, lo cual es origen de relaciones familiares consideradas en sí mismas como de interés público, es necesario proteger al ser humano y a la familia, en primer lugar del mismo ser humano, y en segundo lugar de todo aquello que pueda perturbar su normal desarrollo; se manifiesta lo anterior, ya que puede observarse cómo, en el entorno del hábitat humano, éste sostiene un predominante comportamiento depredador, el cual provoca, sin consideración alguna, constantes crisis en infinidad de ámbitos: ecológico, geográfico, económico, etcétera; así como en el que ahora nos ocupa, el familiar, en donde las estadísticas demuestran que la

familia en México se encuentra en crisis, motivo por el cual debe ser protegida con esmero por la propia sociedad y el Estado.

Ahora bien, para brindar una debida protección y seguridad jurídica a la familia mexicana y evitarle nuevas crisis, resulta necesario legislar sobre todos y cada uno de los fenómenos a los que la familia debe enfrentarse, y en particular, se debe examinar con cuidado la figura de la garantía sobre pensión alimenticia que se pretende se inserte en el derecho familiar mexicano procurando determinar si esta figura jurídica comparte con la familia la misma naturaleza y principios jurídicos, fuentes creadoras, consecuencias jurídicas, etcétera, como premisas fundantes para legitimar dicha inserción. Ello es así, dado que, al ser la parte importante de la seguridad, sobre todo de los menores, es la que genera condiciones para la guarda y custodia y las convivencias con los padres separados (por diversas circunstancias), puesto que, es sabido que cuando un padre se separa del hogar conyugal y deja de proporcionar los recursos económicos necesarios para la subsistencia del menor, la madre se vale de tal situación para no permitir que el padre conviva con sus hijos, hasta que él cumpla con dicha obligación alimenticia de su parte. De ahí que se considere importante esta figura jurídica, y sea parte de este estudio.

a) La familia en México.

En primer término, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone en su artículo 4o. que en virtud de que el varón y la mujer son iguales ante la ley: *“...Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”*.

A su vez, el artículo 138 del Código Civil para el Distrito Federal preceptúa: *“Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad”*.

Así mismo, los artículos 20, 21 y 22 del Código Familiar del Estado de Morelos disponen:

“ARTÍCULO 20.- NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO FAMILIAR. Las normas del derecho familiar son de carácter social y tutelares substancialmente de la mujer, del hombre, de los menores, de los mayores discapacitados, y de los adultos mayores.”

“ARTÍCULO 21.- INTERVENCIÓN DEL ESTADO PARA PROTEGER A LA FAMILIA. El Gobierno del Estado de Morelos garantiza la protección de la familia en su constitución y autoridad, como la base necesaria del orden social, indispensable al bienestar del Estado.

Reconociéndose a la familia como el fundamento primordial de la sociedad y del Estado.”

“ARTÍCULO 22.- BASES DE LA FAMILIA MORELENSE. La familia Morelense es una agrupación natural que tiene su fundamento en una relación, estable entre hombre y mujer y su plena realización en la filiación libre, consciente, responsable e informada, aceptada y dirigida por la pareja, unidas por el vínculo del parentesco, del

matrimonio o del concubinato, a la que se le reconoce personalidad jurídica.”

Se aprecia de los anteriores numerales, que se da protección a la familia, tanto en lo particular como en lo general, pues hay que reconocer que es la organización primaria y que funciona como cimiento de la estructura social y estatal. Por tanto, el orden jurídico le otorga un tratamiento de carácter tutelar, y la califica de orden público e interés social. Los conceptos de orden público e interés (u orden) social los define el doctor Jorge Mario Magallón Ibarra como: *“Un conjunto de normas jurídicas que combinadas con los principios supremos en materia política y económica, integran la moral social de un Estado”*. (*“Los Sonidos y el silencio de la jurisprudencia mexicana”*. UNAM 2004)

De ahí que se deba considerar que el orden público se encuentra ligado a la idea de interés, orden o moral social, la cual está conformada por un conjunto de acciones ejercidas por un todo social que resultan de la evaluación y jerarquización de principios supremos y valores sociales sostenidos por la conciencia social, la cual se constituye en su ley propia y en la característica que determina y moldea la vida del ser humano, otorgándole una identidad. Por lo cual corresponde a la colectividad aprobar o no la conducta individual, ya que ella misma es trascendida en el actuar de los individuos, y por esto debe responder a una jerarquía de valores que se deben expresar y conformar dentro del orden público e interés moral social que la rigen. De lo anterior se puede apreciar que la moral es pedimento del orden social.

Al respecto expresa Maurice Hauriou: El orden social de los pueblos civilizados es un individualismo ligado a la ley moral, porque es individualismo desfalleciente. La ley moral, apoyada en un conjunto de ideas religiosas y filosóficas, es un factor integrante del orden social, con los mismos títulos que la conciencia individual y que el instinto gregario. El orden social civilizado es un equilibrio de tres elementos. Si no fuese más que un equilibrio de dos elementos; la conciencia individual y el instinto gregario; podría vacilarse al determinar cuál de ellos predomina sobre el otro. Pero el tercer elemento; la ley moral; arroja su peso en la balanza, a favor de la civilización, en el platillo del individualismo. El orden social de los pueblos civilizados será, pues, individualista, con la reserva de un freno moral reforzado con un freno jurídico. (*"Principios de Derecho Público"*, 1910)

b) Fuentes jurídicas de la familia.

La familia reconoce su origen en determinados hechos o actos jurídicos (*sui generis*), de los cuales derivan derechos y deberes inherentes a la situación familiar de la persona, y los cuales no se suspenden o extinguen automáticamente cuando se rompe la comunicación, convivencia, amor, afecto, respeto, etcétera, entre los cónyuges, concubinos, padres, hijos, hermanos, tíos, etcétera. En la doctrina se ensayan diversas clasificaciones de las fuentes formales de la familia; de las cuales mencionamos:

- El matrimonio o concubinato.
- El parentesco.
- La adopción.

CAPÍTULO II. La Patria Potestad.

La Patria Potestad. *(Código Familiar para el Estado de Morelos)*

Constituye una relación paterno-filial que consiste en un régimen de protección de los menores no emancipados, donde se encomienda la protección de éstos a sus padres. La patria potestad no deriva del contrato de matrimonio, sino que es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley; esto es, que la patria potestad se funda en las relaciones naturales paterno filiales, independientemente de que éstas nazcan dentro del matrimonio o fuera de él.

Podemos decir que la patria potestad es el conjunto de deberes y derechos de los padres en relación con los hijos que no hayan alcanzado la mayoría de edad, que tiene por objeto el cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos. De manera que la patria potestad va a comprender la guarda, representación y la administración de los bienes de los hijos sometidos a ella.

Es menester señalar que los derechos que la patria potestad otorga a los padres se constituyen propiamente en poderes sobre los hijos, porque las facultades que la ley le confiere a los padres no son en beneficio de éstos sino de los hijos.

La patria potestad se ejerce por el padre y la madre, esto es, ambos tienen iguales derechos para ese ejercicio; empero, esto no significa que siempre deban ejercitarla solidaria y mancomunadamente, de modo que si falta de hecho uno de los dos, el que quede está capacitado para ejercer la patria potestad.

Cabe destacar que la patria potestad constituye una relación paterno-filial, pero ésta no es la única relación de este tipo, aunque es la más importante. Entre otra relación paterno-filial se puede mencionar:

- Nombre: el cual se determina en principio por sus padres al darle un nombre de pila, mientras que los apellidos son transmitidos al menor.
- Obligación Alimentaria: el Código Familiar establece la obligación de los padres de mantener, educar e instruir a sus hijos menores así como a los mayores que se encuentran impedidos de atender por sí mismos a la satisfacción de sus necesidades.
- Honra y respeto por parte de los hijos a sus padres
- .
- Visitas: Los padres tienen derecho de visitar a sus hijos, inclusive si no ejercen la patria potestad.
- Funerales y Sepultura: de los padres acerca de los hijos, en la medida en que éstos no lo hayan hecho, ni exista otra persona con derecho preferente, como es el caso del cónyuge.
- Patria potestad.

II.1 Características de la Patria Potestad. *(Código Familiar para el Estado de Morelos)*

- La patria potestad se aplica exclusivamente como un régimen de protección a menores no emancipados.

- Es obligatoria, pues los padres tienen la patria potestad a no ser que la misma ley los prive de la patria potestad o los excluya de su ejercicio.

- Es personal e intransmisible porque son los padres quienes deberán ejercerla a no ser que la misma ley los excluya de su ejercicio.

- La patria potestad es un régimen de protección que ofrece las mayores garantías de protección de los menores no emancipados porque cuenta con el concurso de los protectores naturales de éstos.

- Es indisponible, porque el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos en que la misma ley lo permita. Es importante señalar que los cónyuges pueden disponer sobre la guarda del hijo en el escrito de separación de cuerpos por mutuo consentimiento, pero este es un caso en que la ley lo permite. La patria potestad es irrenunciable y en todas las cuestiones relacionadas con el estado civil y el derecho de familia, sólo son válidas las convenciones expresamente autorizadas por la ley, de manera que las que no se amparan en las normas jurídicas conducentes, adolecen de nulidad. Esto significa que en tales casos, no existe ni funciona el principio de la autonomía de la voluntad, que opera en el derecho patrimonial.

- Constituye una labor gratuita, porque es un deber natural de los padres.

- La patria potestad debe ser ejercida personalmente por el padre o por la madre.

La titularidad de la patria potestad corresponde tanto al padre como a la madre. En el caso de que el menor haya sido adoptado le corresponderá al adoptante o adoptantes.

La titularidad de la patria potestad durante el matrimonio sobre los hijos comunes corresponde, de igual manera, al padre y a la madre. Con respecto a la titularidad fuera del matrimonio, establece la mencionada ley que en los casos de hijos comunes fuera del matrimonio, la patria potestad corresponde conjuntamente al padre y a la madre cuando la filiación se establece simultáneamente respecto de ambos, porque si la filiación se establece de manera separada, el padre que reconozca a los hijos con posterioridad, compartirá el ejercicio de la patria potestad, si dicho reconocimiento se produce dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del respectivo hijo. Además, esta ley determina que en todos los demás casos, la titularidad de la patria potestad corresponde sólo a aquel de los padres respecto al cual se haya establecido primero la filiación, a pesar de que el juez competente puede conferir patria potestad al otro padre, si la filiación se establece con respecto a él mediante reconocimiento voluntario que dicho padre haga del hijo, y prueba que este último goza, en relación a él, de posesión de estado, oída la opinión del hijo y la del padre que tiene la patria potestad, y siempre que tal otorgamiento resulte conveniente a los intereses del hijo, de todo lo cual se debe dejar constancia en el acta que se levante al respecto.

Siendo la regla general, que los padres ejerzan la patria potestad sobre los hijos, la excepción a esa regla, consiste en la pérdida de ese derecho, por parte de alguno de ellos, o de ambos, sólo puede tener lugar en los casos en que la ley determina expresamente. La ley es clara y determinante sobre este asunto.

En caso de divorcio, separación de cuerpos o nulidad del matrimonio, el juez competente debe dictar las medidas provisionales que se aplicarán hasta que concluya el juicio correspondiente, en lo referente a la patria potestad y a su contenido, así como en lo que concierne al régimen de visitas y de alimentos; igualmente, en el caso, cuando el divorcio se solicita de conformidad con la causal relativa a cuando los cónyuges han permanecido separados de hecho por más de cinco años. Si el divorcio o la separación de cuerpos se declara con lugar, con fundamento en la conducta de uno de los cónyuges para corromper o prostituir al otro cónyuge o sus hijos, así como la convivencia en su corrupción o prostitución y la adicción alcohólica u otras formas graves de fármaco-dependencia que hagan imposible la vida en común, se declarará privado de la patria potestad al cónyuge que haya incurrido en ellas, entonces la patria potestad la ejercerá exclusivamente el otro cónyuge, y en el caso de que éste también estuviese impedido por alguna circunstancia, el juez abrirá la tutela.

La sola iniciación y prosecución de un juicio de separación de cuerpos o de divorcio, no afecta a la patria potestad, pero permite al juez decidir sobre la guarda de los hijos menores, y la separación de cuerpos por mutuo consentimiento, tampoco afecta la patria potestad en su conjunto, aunque sí afecte la guarda del menor.

Si bien es cierto que la patria potestad no es renunciable, al disolverse el matrimonio bien pueden los divorciados establecer la forma en que respectivamente habrán de ejercitar los derechos de patria potestad, compaginando de algún modo las dificultades que forzosamente tiene que acarrear la separación, por lo que si establecen que los hijos quedarán confiados a la custodia de la madre, es indudable que el padre no tiene facultad de poder conservar, él también, a su lado a aquellos por tiempo indefinido.

1. **Titularidad de la Patria Potestad** (*Código Familiar para el Estado de Morelos*)

La ley contempla con relación a la modificación de la patria potestad lo siguiente:

A - Extinción de la Patria Potestad: cuando el menor de edad llega a su mayoría de edad o por emanciparse; por su muerte, por ser adoptado o también por fallecimiento del que ejerce la patria potestad. La patria potestad que se ejerce sobre los menores hijos no emancipados termina una vez que éstos cumplen la mayoría de edad por adquirir la capacidad de ejercicio, esto es, a los dieciocho años cumplidos. Es a partir de tal acontecimiento en que cesa automáticamente la representación de los padres sobre los hijos.

B - Pérdida de la Patria Potestad: por causa grave que impida la convivencia del menor bajo el amparo de su padre.

C - Privación de la Patria Potestad: procede cuando hay maltrato habitual a los hijos; cuando los hayan abandonado o los expongan a situaciones de peligro; cuando traten de corromperlos o prostituirlos o fueren constantes en su corrupción o prostitución; cuando los padres tengan malas costumbres, ebriedad habitual u otros vicios, cuando pudiesen comprometer la salud, seguridad o moralidad de los hijos; cuando sean condenados como autores o cómplices de un delito o falta cometidos intencionalmente contra el hijo.

D - Limitación de la Patria Potestad: en estos casos el juez sin privar a los padres de la patria potestad, la limita en vista de las circunstancias para el bien de los hijos.

E - Suspensión de la Patria Potestad: por incapacidad o ausencia de los padres, por interdicción civil, si se prueba que los padres están impedidos de hecho para ejercer la patria potestad.

Aun cuando la patria potestad concluye por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga aquella; por la mayor edad del hijo y por la emancipación de este, y que se suspende por incapacidad o ausencia, declaradas judicialmente, y por sentencia condenatoria que imponga como pena tal suspensión, no debe perderse de vista que en estos casos se habla de la falta de dicho ejercicio personalmente. Es innegable que esta puede ocurrir, además de los casos de muerte, interdicción, ausencia y pena impuesta por sentencia judicial, en otros muchos en que existe imposibilidad material y notaria para ejercerla, como acontecería si el padre, en el momento preciso y urgente de representar en juicio a sus hijos menores, se encontrara privado, por causa de enfermedad del uso expedito de sus facultades mentales, que lo colocara en situación de no poder desempeñar esa prerrogativa personalmente ni otorgar el mandato correspondiente. Pero cuando esta incapacidad es por un motivo ilícito, como el hecho de que el padre se encuentre prófugo de la justicia, es claro que esa circunstancia de ninguna manera incluye su abstención para representar a sus menores, ya que tal abstención obedece a un motivo ilícito.

Los efectos de la pérdida, privación, limitación y suspensión de la patria potestad afectan los poderes que tienen los padres sobre los hijos, sin alterar el vínculo filial que existe entre ellos.

2. **Modificaciones que puede sufrir la Patria Potestad.**

La privación de la patria potestad puede derivar:

- En primer término de sentencia dictada en juicio principal de privación de la patria potestad.
- Sentencia firme de divorcio o separación de cuerpos de los padres.
- Sentencia penal, cuando se condena al padre o madre por la comisión de ciertos delitos contra las buenas costumbres y el buen orden de las familias o cuando se condena al padre o a la madre por el delito de abuso en la corrección o disciplina o de sevicia en las familias cometidos contra el hijo, siempre y cuando constituyan hechos habituales.

La patria potestad se ejerce por los padres como un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley, aunque por tiempo limitado y bajo ciertas condiciones. La pérdida de tal derecho entraña graves consecuencias perjudiciales tanto para los hijos, como para el progenitor condenado por ello, para decretarla en los casos excepcionales previstos en la ley, se requiere de pruebas plenas e indiscutibles, que sin ningún lugar a dudas hagan manifiesta la justificación de la privación.

Según lo dispone el artículo 352 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, el cual concuerda con el artículo 247 del Código Familiar para el Estado de Morelos, el padre o la madre o ambos pueden ser privados de la patria potestad respecto de sus hijos cuando:

1. Los maltraten física, mental o moralmente.
2. Los expongan a cualquier situación de riesgo o amenaza a los derechos fundamentales del hijo.
3. Incumplan los deberes inherentes a la patria potestad.
4. Traten de corromperlos a prostituirlos o fueren conniventes en su corrupción o prostitución.
5. Abusen de ellos sexualmente o los expongan a la explotación sexual.
6. Sean dependientes de sustancias alcohólicas, estupefacientes o psicotrópicas u otras formas graves de fármaco-dependencia que pudieren comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando estos hechos no acarreen sanción penal para su autor.
7. Sean condenados por hechos punibles cometidos contra el hijo.
8. Sean declarados entredichos.
9. Se nieguen a prestarle alimentos.
10. Inciten, faciliten o permitan que el hijo ejecute actos que atenten contra su integridad física, mental o moral.

No se viola garantía alguna del marido, por el hecho de declarar que pierde la patria potestad de los hijos, si fue condenado al divorcio,

por injurias y abandono de hogar. Una reiteración por parte del padre, de las expresiones injuriosas en contra de la madre, que se dicen proferidas en presencia de sus hijos, sí es capaz de afectar profundamente la psicología de los niños, cuando son de corta edad, exponiéndolos a deformaciones ulteriores de su personalidad, conclusión ésta, que teniendo en cuenta los estudios de psicología abundantemente divulgados, constituye una máxima de experiencia que resulta por ende, contraria a la obligación elemental que incumbe a los padres de formar moralmente a sus hijos.

Por otra parte, la patria potestad debe ejercitarse en tal forma que prepare a los menores para cumplir la obligación que les impone la ley familiar, de honrar y respetar a sus padres; mal podrían cumplir tal obligación en relación con su progenitora si el padre les imbuje, desde sus primeros años, ideas que redunden en el mayor menosprecio y deshonor para la madre. Sin embargo, es de estimarse que no se demuestra la existencia de una conducta depravada propiamente tal del padre, si las declaraciones de los testigos sólo son eficaces para demostrar la existencia de un acto aislado, más no la reiteración necesaria para que constituya una conducta que motive la pérdida de la patria potestad.

3. Facultados para demandar la pérdida de la Patria Potestad

- El Ministerio Público, cuyo representante debe intentar la demanda cuando tenga denuncia fundada de la existencia de las causales previstas para la pérdida de la patria potestad.
- Los organismos públicos encargados de la protección del menor.

- El otro progenitor, que denuncie algunas de las causales previstas en la privación de la patria potestad.
- Los ascendientes y demás parientes del hijo dentro del 4o. grado, en cualquier línea.

En el juicio principal de pérdida de la patria potestad se sigue el procedimiento contencioso en asuntos de controversia familiar, prevista en la ley adjetiva familiar. El artículo 238 del Código de Procedimientos Familiar del Estado de Morelos, plantea la posibilidad de que el juez pueda decretar las medidas que considere necesarias para garantizar la protección del menor, mientras dure el juicio y se presentare en éste un medio de prueba que constituya presunción grave de la causal invocada por el demandante.

4. Readquisición de la Patria Potestad

La patria potestad puede ser readquirida si el padre o madre, una vez privados de ésta son restituidos, para lo cual, el juez requerirá pruebas de la corrección y regeneración del padre o madre, después de la sentencia firme que decretó la pérdida. La solicitud debe ser notificada al Ministerio Público, así como a la persona que interpuso la acción de pérdida.

a) La extinción y restitución de la Patria Potestad

Deben ser decididas por el juez de lo familiar siguiéndose para ello, el procedimiento previsto en la ley adjetiva familiar, excepto en los juicios de divorcio o de nulidad de matrimonio, en los cuales, el juez competente será el que la decrete de acuerdo con las causales invocadas por la parte actora, o en su caso, conforme a las condiciones

que resulten respecto de la nulidad decretada por el juzgador.

b) Competencia Jurisdiccional en materia de Patria Potestad.

El Código Procesal Familiar para el Estado de Morelos, con relación a la competencia de sus tribunales, establece en los siguientes artículos:

“ARTÍCULO 1°.- ÁMBITO DE APLICACIÓN POR MATERIA. Las disposiciones de este código regirán en el Estado de Morelos en asuntos relativos a las personas, a la familia y a las sucesiones, en dichos asuntos deberán respetarse las Leyes, los Tratados y Convenciones Internacionales en vigor, según lo ordena el artículo 133 de la Constitución General de la República.”

“ARTÍCULO 66.- CRITERIOS PARA FIJAR LA COMPETENCIA. La competencia de los tribunales en materia de persona y familia se determinará por el grado y el territorio.”

c) Extinción de la titularidad de la Patria Potestad.

El artículo 356 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente determina:

"La patria potestad se extingue en los siguientes casos:

- a. Mayoría de edad del hijo;
- b. emancipación del hijo;
- c. muerte del padre, de la madre, o de ambos;

d. reincidencia en cualquiera de las causales de privación de la patria potestad prevista en el artículo 352 de esta ley;

e. consentimiento legal para la adopción del hijo, excepto cuando se trate de la adopción del hijo por el otro cónyuge.

En los casos previstos en las letras c), d) y e), la patria potestad puede extinguirse respecto a uno sólo de los padres.

El Código Familiar para el Estado de Morelos con relación a lo anterior, dispone en los siguientes numerales:

“ARTÍCULO 246.- TERMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. 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;

III.- Por la mayor edad del sujeto a patria potestad; y

IV.- Por cese de la incapacidad del mayor sujeto a ella.

ARTÍCULO 247.- PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD. La patria potestad se pierde por cualquiera de las siguientes causas:

I.- Cuando el que la ejerza es condenado judicialmente 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 439, del Código Procesal Familiar;

III.- Cuando el que la ejerza no cumpla, cualquiera que sea la causa, los deberes inherentes al cargo, comprometiendo la salud, la seguridad o la moralidad de los sujetos a patria potestad, sin perjuicio de las sanciones penales que procedan; y

IV.- Por la exposición o el abandono que dure treinta días naturales en forma continua, del sujeto a patria potestad, por parte de quien ejerza ésta conforme a la Ley;

V. Porque se reúnan treinta días naturales de abandono por parte de quien ejerza la patria potestad conforme a la Ley, aún cuando sea en períodos discontinuos, siempre que tales periodos queden comprendidos dentro de un lapso de noventa días naturales.

En el caso de ulteriores nupcias de quien ejerza la patria potestad, no confiere al cónyuge nuevo el derecho de su ejercicio respecto de las personas que están sujetas a ella.

Nota: Biblioteca /EMD/rgn

Se Reforma la Fracción IV y se Adiciona la Fracción V al Art. 247, por decreto núm. 355, publicado en el POEM núm. 4798 de fecha 21-04-2010 iniciando su vigencia el 22-04-2010. Antes Decía: “IV.- Por la exposición o el abandono del sujeto a patria potestad que dure hasta tres meses, por quien ejerza ésta conforme a la Ley.”

La titularidad puede extinguirse por causa del hijo (a parte filii) o por causa del padre o de la madre (a parte patris, a parte vel matris).

Por causa del hijo (a parte filii):

- Muerte.
- Mayoría de edad.
- Emancipación del hijo.

Por causa del padre o madre (*a parte patris, a parte vel matris*):

- Por muerte del padre o madre.
- Por extinción del parentesco entre padre e hijo (caso de adopciones, impugnación de paternidad, entre otros).
- Por privación de la patria potestad, impuesta al padre o madre por sentencia.

5. Causas de exclusión absoluta del ejercicio de la Patria Potestad.

- La ausencia.
- La no presencia.
- La sujeción del padre o madre a tutela de entredichos.
- Imposibilidad de ejercer las funciones inherentes a la patria potestad declarada por el juez competente.

- La falta de reconocimiento voluntario del hijo natural.

1. El artículo 407 de la Ley Orgánica para la protección del niño y del adolescente establece que la adopción en Venezuela sólo puede ser plena. Sin embargo, en la doctrina comparada se encuentran la adopción plena o simple.

El ejercicio de la patria potestad corresponde individualmente al adoptante en la adopción individual o a los adoptantes en la adopción conjunta. En caso de separación de cuerpos, divorcio o nulidad del matrimonio de los adoptantes que ejercían la patria potestad, se deben aplicar las normas contenidas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, referentes a la separación de cuerpos, divorcio o nulidad del matrimonio y su influencia en la patria potestad, ya comentadas en este tema.

En el caso de adopción individual plena, si el adoptante queda privado de la titularidad de la patria potestad o excluido en forma total, se abre la tutela, a no ser de que se trate de la adopción del hijo del otro cónyuge, por cuanto excepto en este caso, la adopción plena extingue el parentesco entre el hijo y sus padres de la sangre (Art. 59 C.C.). En este caso la patria potestad sería ejercida en forma individual por el otro cónyuge.

En otros países, en los casos de adopción individual simple, si el adoptante es privado de la patria potestad o excluido en forma total de su ejercicio, la patria potestad será ejercida por los padres de sangre.

En el caso de la adopción conjunta si uno de los cónyuges queda privado de la patria potestad o excluido totalmente de su ejercicio, el otro cónyuge pasaría a ejercerla en forma individual, y en caso que

ambos queden privados o excluidos totalmente de la patria potestad se abrirá la tutela en caso de adopción plena (caso de Venezuela), y en los casos de adopción simple (otras legislaciones) se pasa el ejercicio de la patria potestad a los padres de sangre.

6. Ejercicio de la Patria Potestad sobre hijos adoptivos.

El artículo 264 del Código Civil dispone que "el padre y la madre que ejerzan la patria potestad, tienen la guarda de sus hijos y fijarán de mutuo acuerdo, el lugar de su educación, residencia o habitación...". Este es el mismo sentido que contiene el artículo 359 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, pero éste agrega que el padre y la madre son responsables civil, administrativa y penalmente por el adecuado cumplimiento de su contenido.

La ley de Reforma Parcial incluyó el poder de corrección dentro de la guarda, pues dice que la misma comprende la custodia, la vigilancia y orientación de la educación del menor, así como la facultad para imponerle correcciones adecuadas a su edad y desarrollo físico y moral.

Este criterio también es recogido en diversas disposiciones de orden familiar, en el sentido de que la guarda comprende la custodia, la asistencia material, la vigilancia y la orientación moral y educativa de los hijos, así como la facultad de imponerles correcciones adecuadas a su edad y desarrollo físico y mental. Para su ejercicio se requiere el contacto directo con los hijos y, por tanto, facultad para decidir acerca del lugar de la residencia o habitación de éstos.

Las correcciones a que se hace referencia tiene sus limitaciones, por cuanto quedaría prohibido que se castigue a los menores con

crueledad e innecesariamente; en consecuencia, si el juez llega a probar que en el ejercicio de la patria potestad, el que la tiene, se ha excedido en el castigo, o ha empleado una crueldad innecesaria, puede aplicarle el castigo procedente.

El ejercicio de la guarda forma parte del ejercicio de la patria potestad, por lo tanto tiene los caracteres de ésta relacionados al carácter obligatorio, personal, intransferible, indisponible, gratuito y familiar. El juicio de privación de la guarda no presupone falta del padre o de la madre, de forma que la privación de la guarda no tiene un carácter deshonoroso como la privación de la patria potestad.

Una de las prerrogativas de la patria potestad es la custodia, cuidado y vigilancia de los menores y dicha guarda no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades.

Cuando en un juicio se hace declaración sobre la custodia de los hijos menores, como consecuencia de medidas provisionales, la declaratoria que concede la custodia en favor de alguno de los padres, no implica para quien no la obtuvo la pérdida de su derecho a ejercer la patria potestad, pues ésta es materia de la sentencia definitiva que se dicte en el juicio correspondiente.

La guarda en el ámbito doctrinal suele ser dividida en guarda material y guarda jurídica. La guarda material constituye el conjunto de poderes y deberes sobre la persona física del hijo, mientras que la guarda jurídica constituye el conjunto de poderes y deberes paternos sobre la persona moral o intelectual del hijo. Es importante destacar que algunas legislaciones no especifican normas determinadas para estos

tipos de guarda, sino que tratan a la guarda en su sentido general abarcando a ambas indistintamente.

II.2 Facultades que comprende la guarda.

Guarda.

Entre las facultades que comprende la guarda se pueden mencionar:

- Determinación del lugar de la educación, residencia o educación del hijo.
- Decisiones relacionadas a la alimentación, salud física y psíquica, vestidos y hábitos de vida en general.
- Medidas necesarias para asegurar la vigilancia de sus hijos, incluyendo la vigilancia relativa a las amistades, lecturas, entre otras.
- Orientación de la educación, que comprende: determinar el género de la educación, escogencia de educadores y planteles o escuelas.

La educación y vigilancia del menor por parte de los padres hacia los hijos tiene la finalidad de evitar daños a terceros, es decir que es una obligación de los padres frente a los terceros. Por esta razón se hace responsable a los padres de los daños que sus hijos menores causen a terceros, a menos que se pruebe que no pudo impedir el hecho que los originó.

Con respecto a las correcciones, está legalmente condicionado a que éstas sean adecuadas a la edad y desarrollo físico y mental del menor (Art. 265 C.C.).

Estas facultades tienen la finalidad de la protección del hijo. Cuando estas facultades se extralimitan, se violan estas finalidades y son contrarias a derecho, van en contra del beneficio de los hijos, y por lo tanto en contra de la protección constitucional que se les brinda a éstos, además de la violación de las normas contenidas en el Código Civil y Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Es importante destacar que debe considerarse ajena a la guarda la facultad de celebrar actos jurídicos válidos en nombre del hijo, aunque tengan por objeto la protección del mismo, porque esta facultad de los padres forma parte del poder de representación de los hijos, el cual forma parte de la patria potestad pero es diferente al de la guarda.

II.3 Ejercicio de la guarda.

Como se ha hecho referencia con antelación, el padre y la madre que ejerzan la patria potestad tienen la guarda de sus hijos y son responsables civil, administrativamente y penalmente por el adecuado cumplimiento de su contenido.

Cuando exista desacuerdo acerca de la decisión que corresponda a uno de los aspectos del contenido de la guarda, cualquiera de los padres puede acudir ante el Juez de la Sala de Juicio, quien, previo intento de conciliación, después de oír a ambas partes y al hijo, decidirá el punto controvertido en la oportunidad que fijará con antelación, sin perjuicio de que la parte no satisfecha pueda intentar el

juicio de guarda. De esta decisión no se concederá apelación (Art. 359 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente).

a) Medidas sobre guarda en caso de divorcio, separación de cuerpos, nulidad de matrimonio o residencias separadas.

En los casos de demanda o sentencia de divorcio, separación de cuerpos, o nulidad de matrimonio o si el padre y la madre tienen residencias separadas, éstos decidirán, de mutuo acuerdo, cuál de ellos ejercerá la guarda de los hijos de más de siete años. Los hijos que tengan siete años o menos, deben permanecer con la madre, excepto el caso en que ésta no sea titular de la patria potestad o que, por razones de salud o de seguridad, resulte conveniente que se separen temporal o indefinidamente de ella. Además, de no existir acuerdo entre el padre y la madre respecto a cuál de los dos ejercerá la guarda de los hijos, el juez competente determinará a cuál de ellos corresponde. En el caso de los hijos de siete años o menos cuya guarda no pueda ser ejercida por la madre conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, o a solicitud expresa de la misma, el juez debe decidir si la guarda debe ser ejercida por el padre o si el interés de los hijos hace aconsejable la colocación familiar.

No es cierto que un juez de lo familiar prive del derecho que tiene un padre de ejercer la patria potestad sobre su hijo menor de edad, si teniendo en cuenta la corta edad de éste, se limita a determinar que debe tenerlo en su poder la madre, porque en caso de divorcio, cuando no hubiese acuerdo entre los cónyuges, sobre la forma en que deben quedar los hijos, los menores de siete años quedaran en poder de la madre, por lo que ya sea que se trata de divorcio o de conflictos de cualquiera naturaleza, existe la circunstancia de que los hijos pequeños

necesitan del cuidado y atención de la madre, y en tal virtud, deben estar en poder de la misma.

De manera que los hijos menores de siete años deben permanecer bajo el cuidado de la madre, ya que se ha estimado que, dada su condición física y natural, es quien puede proporcionar los mayores cuidados y atención con la eficacia y esmero necesarios para su normal desarrollo, y sólo en los casos excepcionales determinados en la ley pueden contrariar este principio de privársele a la madre de la custodia o, en su caso, la patria potestad, según proceda; por tanto, la circunstancia de que el quejoso, en el carácter de progenitor del menor, goce de una situación económica más holgada en relación con la madre de éste, cuya custodia se controvierte, es insuficiente para separar a dicho menor de su citada progenitora.

Es necesario destacar que el juez podría tomar medidas provisionales con respecto a la guarda en los casos de demanda de divorcio o de separación de cuerpos, de manera que el juez puede confiar la guarda de los hijos menores a uno sólo de los cónyuges y si lo creyere conveniente, poner a los menores en poder de terceras personas.

Cuando se introduzca la demanda de nulidad de matrimonio el juez también puede tomar las medidas provisionales respecto a la guarda de los hijos menores.

En los casos en que el divorcio o separación de cuerpos sea decretado por alguna de las causales graves previstas por la ley familiar el cónyuge culpable será privado de la patria potestad, y como consecuencia quedará también privado de la guarda y de todas las

facultades inherentes a la patria potestad; no obstante, sus obligaciones alimentistas quedarán incólumes.

b) Resoluciones sobre la guarda y custodia:

El juez puede revisar y modificar las decisiones en materia de guarda y custodia, a solicitud de quien esté sometido a la misma, si tiene doce años o más, o del padre o de la madre o del Ministerio Público. Toda variación de una decisión anterior en materia de guarda, debe estar fundamentada en el interés del hijo, quien debe ser oído si la solicitud no ha sido presentada por él. También debe oírse al Fiscal del Ministerio Público.

Al padre o a la madre a quien le haya sido impuesto por vía judicial el cumplimiento de la obligación alimentaria, por haberse negado injustificadamente a cumplirla, pese a contar con recursos económicos, no se le concederá la guarda del respectivo hijo, a no ser que se declare judicialmente su rehabilitación y sea conveniente al interés del hijo. La rehabilitación procede cuando el respectivo padre ha cumplido fielmente, durante un año, los deberes inherentes a la obligación alimentaria.

c) El órgano Jurisdiccional competente respecto a la guarda.

Todo lo relativo a la atribución y modificación de la guarda deben ser decididas por el juez de lo familiar competente respecto del domicilio que corresponda al menor.

Es importante destacar en éste que inclusive en caso de divorcio o nulidad de matrimonio, cuando uno o ambos cónyuges sean adolescentes, o cuando haya niños o adolescentes, el juicio de divorcio

o de nulidad de matrimonio debe seguirse ante el juez de lo familiar, siguiéndose para ello el procedimiento previsto en la ley adjetiva familiar, porque según la correcta interpretación del legislador la materia relacionada al niño y adolescente arrastraría la civil.

Con relación a lo anterior el Código Procesal Familiar dispone en los siguientes numerales:

“CAPÍTULO IV

DE LOS JUICIOS SOBRE PATERNIDAD, FILIACIÓN Y PATRIA POTESTAD

ARTÍCULO 443.- PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN. Se tramitarán conforme a las reglas de este Capítulo, los juicios que tengan por objeto:

I. El desconocimiento de la paternidad de hijos nacidos de matrimonio;

II. La revocación de la admisión o del reconocimiento de hijos nacidos fuera de matrimonio;

III. La comprobación de la posesión de estado y filiación de los hijos nacidos de matrimonio; y,

IV. La investigación y reconocimiento de la paternidad y maternidad.”

“ARTÍCULO 444.- QUIÉNES PUEDEN EJERCITAR ESTAS PRETENSIONES. Pueden ejercitar las pretensiones de paternidad y filiación:

I. El marido o su tutor, si fuere incapaz, en los casos de desconocimiento de la paternidad de hijos nacidos de matrimonio. Los herederos del marido sólo tendrán este derecho, cuando teniendo o no tutor el

marido haya muerto sin recobrar la razón. En los demás casos sólo podrán continuar la pretensión comenzada por el marido;

II. La revocación del reconocimiento sólo puede ser intentada por el padre que lo hizo siendo menor; los otros interesados, sus herederos, si el reconocimiento se hizo sin su consentimiento; y la madre, si la admisión, se realizó sin su voluntad;

III. La pretensión sobre posesión de estado y filiación de hijos nacidos de matrimonio puede ser intentada por el hijo, por los acreedores de éste y sus legatarios y donatarios, en los casos autorizados por el Código Familiar;

IV. La pretensión de investigación y reconocimiento de la paternidad y la maternidad, puede ser intentada por la persona a quien debe reconocérsele, por sus descendientes o ascendientes si se trata de incapaz.”

d) Representación y administración de los bienes del menor.

Con respecto a la representación y administración de los bienes del hijo, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente establece que deben seguirse las normas contenidas en la ley de orden familiar.

Como se ha mencionado, la patria potestad comprende además de la guarda, la representación y la administración de los bienes de los hijos sometidos a ella.

El Código familiar establece que el padre y la madre que ejercen la patria potestad representan en los actos civiles a sus hijos menores y aun simplemente concebidos, y tienen además el poder de administración de los bienes de estos menores. De manera que se otorga a los padres dos tipos de poderes, uno que se refiere al de

representación y otro al de administración de los bienes.

La representación consiste en la facultad de celebrar actos jurídicos en nombre de otra persona, para que los efectos activos y pasivos de dichos actos recaigan en esa otra persona. En este sistema de representación, el representante sustituye al menor de edad para la realización de estos actos.

La administración consiste en la facultad de dirigir, conducir o gestionar los negocios o asuntos económicos de otra persona. Quienes ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar los bienes que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización de juez competente. Porque lo que se propone es proteger a los menores de edad en cuanto a los bienes que tengan en propiedad, para que quienes ejercen la patria potestad no dispongan a su antojo de tales bienes

Estos poderes tienen fines diferentes, es decir que son distintos, aun en el caso de que recaigan en la misma persona.

La falta de capacidad debe ser substituida con la intervención de otra persona capaz que es llamada en lugar del incapaz, y entonces surge la representación. En virtud de ésta un sujeto (representante) está legitimado (con legitimación indirecta) para realizar los actos que implican ejercicio de un derecho o facultad cuya titularidad corresponde a otra persona (representado). El fundamento de la legitimación del representante y la esencia de la representación misma, es el poder suficiente para participar en un acto en nombre del representado y con efectos únicamente para éste. Cuando este poder falta, quien obra como tal representante sin poderes, o excediendo los límites de estos, no obliga al tercero interesado y es responsable hacia la otra parte del

daño que esta sufre. El poder de representación deriva de la ley (representación legal) o de la voluntad del representado (representación voluntaria) y supone siempre la previa legitimación de este, aunque no siempre su capacidad. (El mandato -una forma de representación voluntaria- supone legitimación y capacidad del representado; la patria potestad o la tutela -formas de representación legal o necesaria- suponen incapacidad del representado; las personas jurídicas son capaces y actúan mediante sus órganos o representantes, estando esta actuación regulada en la ley o en los estatutos respectivos). La representación de los incapaces tiene su fundamento en la necesidad de suplir la incapacidad de obrar de las personas. El representante está legitimado para ejercitar los derechos y facultades del incapaz, en nombre y beneficio de éste, dentro de los límites señalados por la ley, de la que deriva el correspondiente poder. Atendiendo a esta necesidad, la ley designa a las personas capaces que son llamadas en lugar de los incapaces, así, en términos generales, puede decirse que la representación de los menores no emancipados corresponde a las personas que ejercen la patria potestad; la de los menores e incapacitados sometidos a tutela, al tutor. Pero es obvio que cuando los intereses del representante son opuestos a los del representado, entonces el representante legal debe ser sustituido, en cada caso, por otra persona que ejercite en nombre y beneficio del incapaz, los derechos y facultades de que éste es titular. Porque cuando los intereses de las personas que ejercen la patria potestad y la tutela, respectivamente, sean opuestos a los de sus respectivos representados, el juez nombrará a estos un tutor especial que defienda sus intereses, en cada caso.

Corresponde a los padres que ejercen la patria potestad la labor de representar a sus hijos menores, inclusive a aquellos que no han nacido o no hayan sido concebidos

Este principio se encuentra contenido en el Código familiar al establecer que los hijos por nacer de una persona viva determinada pueden recibir donaciones, aunque todavía no se hayan concebido.

Para la aceptación, los hijos no concebidos serán representados por el padre o madre. Sin embargo, a quien se le atribuye la representación de lo donado es al donante y en su defecto a sus herederos, quienes pueden ser obligados a prestar caución.

Como lo afirma Aguilar Gorronzona, *"igual norma debe aplicarse por analogía cuando se trata de la aceptación de una herencia o legado que se haya deferido por testamento a un concepturus"*. (*"Derecho Civil: personas"*. Universidad Católica Andrés Bello, 1985)

1. **Representación del menor.**

Al respecto señala el Código Familiar para el Estado de Morelos:

"ARTÍCULO 231.- INCAPACIDAD DEL SUJETO A PATRIA POTESTAD PARA OBLIGARSE Y COMPARECER EN JUICIO. El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de disenso, resolverá el Juez."

"ARTÍCULO 232.- REPRESENTACION Y ADMINISTRACIÓN DE LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD. Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen."

"ARTÍCULO 233.- ADMINISTRACIÓN CONJUNTA. 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, la omisión del administrador en lo que dispone este artículo, acarrea la nulidad relativa de los negocios que haya celebrado cuando sean perjudiciales para los sujetos a la patria potestad, así como cuando el administrador obtenga algún beneficio personal.”

“ARTÍCULO 234.- AUTORIZACIÓN JUDICIAL DEL QUE EJERCE LA PATRIA POTESTAD. La persona que ejerza la patria potestad representará también a los sujetos a ella en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la Ley lo requiera expresamente.”

2. Excepciones al principio de administración de los padres.

- Cuando sean padres menores de edad que estén sometidos a curatela de inhabilitados o que no sepan leer o escribir. En caso de que uno de los progenitores se encuentre en uno de estos supuestos, la representación la ejercerá el otro progenitor, con la previa autorización judicial. En el caso de que ambos se encuentren en uno de esos supuestos, el juez deberá nombrar un curador especial al efecto. Estas reglas también se aplican al poder de administración.

- Es posible que el juez llegue a acordar la administración de todo o parte de los bienes y la representación de todo o parte de los intereses de los hijos a uno sólo de los progenitores. A solicitud de éste,

y oída la opinión del otro progenitor. Esto podrá ser posible siempre y cuando convenga a los intereses del menor.

- En el caso de que se compruebe mala administración de los bienes de los hijos, el juez podrá tomar las medidas necesarias y se podría afectar este poder de representación y administración.

- En el caso de que el progenitor que ejerza la patria potestad no acepte o no pueda aceptar una herencia, legado o donación que sea a favor del hijo, deberá comunicarlo al juez competente, el cual a solicitud del hijo, de algún pariente, del Ministerio Público o inclusive de oficio, podrá autorizar la aceptación, para lo cual el juez nombrará un curador especial que representará al hijo en lo relativo a dicha aceptación.

- Cuando haya oposición de intereses (entiéndase como intereses contrarios) entre el hijo y el padre y la madre que ejerzan la patria potestad, el Juez de lo familiar nombrará a los hijos un curador especial. Si la oposición de intereses ocurre entre los hijos y uno de los progenitores, el otro asumirá la representación. En el caso de que la oposición de intereses ocurre entre los hijos de una misma persona, se nombrará un curador especial a cada grupo que tenga intereses semejantes.

- La representación se atribuye a la misma persona a la que se le atribuyó la administración de los bienes del hijo que no administra el padre, en los casos de realización de actos relacionados a dichos bienes.

3. Extensión del poder de representación.

El poder de representación, como se ha explicado con anterioridad constituye un régimen de incapacidad, a través del cual se subsana la incapacidad de ejercicio o goce del menor de edad, que constituye una incapacidad general o plena.

La representación legal por parte de los padres, en principio, se extiende a toda clase de negocios jurídicos.

En ciertos casos el poder de representación legal no se extiende:

a) A los actos que la ley no permite realizar por medio de representante, como es el caso del matrimonio y capitulaciones matrimoniales. La razón es que estos actos son de carácter íntimo y personal.

b) Aquellos actos en los cuales el hijo tenga capacidad o esta esté limitada, de manera que lo que se requerirá es la asistencia o autorización y no la representación.

Para la realización de estos actos, el padre o la madre en ejercicio de la patria potestad deben estar expresamente autorizados por el juez competente, de lo contrario dichos actos estarán viciados de nulidad.

4. Administración del patrimonio del menor sometido a Patria Potestad

Principio fundamental.

Al igual que el poder de representación, el poder de administración del patrimonio del menor que está sometido a patria potestad corresponde a los padres que la ejercen.

La norma de orden familiar establece que los hijos por nacer de una persona viva determinada pueden recibir donaciones, aunque todavía no se hayan concebido. Para la aceptación, los hijos no concebidos serán representados por el padre o por la madre indicados por el donante, según el caso. A menos que el donante disponga otra cosa, la administración de los bienes donados la ejercerá él, y en su defecto, sus herederos, quienes pueden ser obligados a prestar caución.

La ley familiar determina que las disposiciones al respecto, son aplicables también al caso en que se llame a suceder una persona no concebida, hija inmediata de otra viva y determinada. Si el heredero instituido está concebido, la administración corresponde al padre, y, en su defecto, a la madre.

a) Excepciones.

El padre y la madre que ejerzan la patria potestad representan en los actos civiles a sus hijos menores y aun simplemente concebidos, y administran sus bienes.

Para realizar actos que exceden de la simple administración, tales como hipotecar, gravar, enajenar muebles o inmuebles, renunciar a herencias, aceptar donaciones o legados sujetos a cargas o condiciones, concertar divisiones, particiones, contratar préstamos, celebrar arrendamientos, deberán obtener la autorización judicial del Juez de lo familiar. Igualmente se requerirá tal autorización para transigir, someter los asuntos en que tengan interés los menores a compromisos arbitrales, desistir del procedimiento, de la acción o de los recursos en la representación judicial de los menores.

Tampoco podrán reconocer obligaciones ni celebrar transacciones, convenios o desistimientos en Juicio en que aquellas se cobren, cuando resulten afectados Intereses de menores, sin la autorización Judicial.

La autorización judicial sólo será concedida en caso de evidente necesidad o utilidad para el menor, oída la opinión del Ministerio Público, y será especial para cada caso.

El Juez podrá, asimismo, acordar la administración de todos o parte de los bienes y la representación de todos o parte de los intereses de los hijos a uno solo de los padres, a solicitud de este, oída la opinión del otro progenitor y siempre que así convenga a los intereses del menor, menor.

Cuando el padre y la madre que ejerzan la patria potestad, no puedan o no quieran aceptar una herencia, legado o donación para el hijo, deberán manifestarlo al Tribunal competente, y éste, a solicitud del hijo, de alguno de sus parientes, o del Ministerio Público, o aun de

oficio, podrá autorizar la aceptación nombrando un curador especial que represente al hijo.

Cuando se compruebe plenamente mala administración de los bienes de los hijos por parte del padre y de la madre que ejerzan la patria potestad, o de uno de ellos, el Juez competente, a solicitud de cualquiera de éstos, de los ascendientes o parientes colaterales de dichos hijos dentro de tercer grado de consanguinidad, y aun de oficio, puede conferir la administración exclusiva al otro progenitor o nombrar un curador especial a los menores sin cuya intervención no podrán los progenitores ejecutar ningún acto de administración. Si las circunstancias lo exigieren, a juicio del Juez, éste podrá autorizar al curador para ejercer la administración activa en la extensión que estime necesaria, pero sin exceder las facultades que la Ley asigna a los padres en la administración. El procedimiento, en los casos previstos en este artículo, será breve y sumario, y se limitará a acordar lo necesario para evacuar las pruebas y diligencias dirigidas a la comprobación de los hechos invocados por el solicitante o solicitantes, o las que el Juez considere pertinentes, si procede de oficio.

El Juez tiene facultad para solicitar las informaciones y datos adicionales que estime conducentes para el mejor esclarecimiento de los hechos, así como para ordenar la ampliación de las pruebas y de los recaudos producidos, si los considera insuficientes.

El progenitor privado de la administración de los bienes del hijo podrá oponerse, no obstante, a cualquier acto que estime contrario a los intereses de este último, ocurriendo ante el Juez de Menores del domicilio del hijo.

El Juez adoptará su decisión con conocimiento de causa y después de haber oído al otro progenitor o al curador que tenga la administración de los bienes en cuestión. Contra esta decisión se oirá apelación libremente.

b) Bienes del hijo sujeto a la Patria Potestad.

Principio fundamental

Los bienes que el hijo adquiriera con ocasión de su trabajo u oficio, así como las rentas o frutos procedentes de los mismos, serán percibidos y administrados personalmente por él, si ha cumplido dieciséis (16) años, en las mismas condiciones que un menor emancipado.

Los bienes que el hijo adquiriera con el aporte patrimonial del padre o de la madre mientras, esté bajo su patria potestad, pertenecen en propiedad a dichos progenitores, pero éstos deben reconocer al hijo una justa participación en las utilidades o ganancias como remuneración de su trabajo y sin imputación alguna.

c) Excepciones al principio fundamental.

No están sometidos a la administración de los padres:

Los bienes que adquiriera el hijo por herencia, legado o donación, con la condición de que los padres no los administren; pero esa condición no podrá imponerse a los bienes que vengan al hijo por, Título de legítima.

2°. Los bienes que el hijo adquiriera por donación, herencia o legado, aceptados en su interés contra la voluntad del padre y la madre que ejerzan la patria potestad; si hubo desacuerdo entre éstos, la administración de tales bienes corresponderá al que hubiese querido aceptarlos.

Los bienes excluidos de la administración de los padres, serán administrados por un curador especial que al efecto debe nombrar el Juez de Menores, siempre que el donante o el testador no hayan designado un administrador.

Los bienes que el hijo adquiriera con ocasión de su trabajo u oficio, así como las rentas o frutos procedentes de los mismos, serán percibidos y administrados personalmente por él, si ha cumplido dieciséis (16) años, en las mismas condiciones que un menor emancipado.

La indignidad del padre, o de la madre, o de los descendientes, no daña a sus hijos, o descendientes, ora sucedan por derecho propio, ora sucedan por representación. en este caso ni el padre ni la madre tienen, sobre la parte de la herencia que pasa a sus hijos, los derechos de administración que acuerda la Ley a los padres de familia.

d) Facultades paternas de administración.

El padre y la madre que ejerzan la patria potestad representan en los actos civiles a sus hijos menores y aun simplemente concebidos, y administran sus bienes.

Para realizar actos que exceden de la simple administración, tales como hipotecar, gravar, enajenar muebles o inmuebles, renunciar

a herencias, aceptar donaciones o legados sujetos a cargas o condiciones, concertar divisiones, particiones, contratar préstamos, celebrar arrendamientos o contratos de anticresis por más de tres años, recibir la renta anticipada por más de un año, deberán obtener la autorización judicial del Juez de Menores.

Igualmente se requerirá tal autorización para transigir, someter los asuntos en que tengan interés los menores a compromisos arbitrales, desistir del procedimiento, de la acción o de los recursos en la representación judicial de los menores.

Tampoco podrán reconocer obligaciones ni celebrar transacciones, convenios o desistimientos en Juicio en que aquellas se cobren, cuando resulten afectados Intereses de menores, sin la autorización Judicial.

La autorización judicial sólo será concedida en caso de evidente necesidad o utilidad para el menor, oída la opinión del Ministerio Público, y será especial para cada caso.

El Juez podrá, asimismo, acordar la administración de todos o parte de los bienes y la representación de todos o parte de los intereses de los hijos a uno solo de los padres, a solicitud de este, oída la opinión del otro progenitor y siempre que así convenga a los intereses del menor. *(Peñaranda Quintero, Héctor Ramón, Cátedra Derecho Civil I, Venezuela, 2000)*

II.4 La guarda y custodia del menor frente a la separación de los padres

Una de las razones por las que se retrasa la separación de una pareja fracasada, son los niños. Indudablemente, un divorcio afecta a los menores, pero a veces mucho menos de lo que se piensa y desde luego, es mucho peor para los pequeños presenciar las riñas de sus padres.

Según un reciente estudio, más de la mitad de las parejas que se han casado en la década de los noventa verán fracasar sus matrimonios y deberán sufrir la separación. Si es verdad, como parece, que el número de divorcios aumenta, es evidente que también se ven involucrados en ellos un mayor número de niños. Y esa suele ser la primera preocupación para la pareja que decide romper su unión: ¿qué pasa con los hijos? Los pequeños no lo entienden.

A partir de los cuatro o cinco años cuando los niños son conscientes de que papá y mamá tienen problemas y cuando sufren el divorcio. La primera reacción de los niños es el desconcierto por una situación que saben que existe, pero que no entienden.

Ellos han conocido a sus padres siempre juntos y no pueden darse cuenta de los problemas que provoca el hecho de que ahora comiencen a ver menos a su padre o a su madre. El niño, además, suele ser víctima de crisis nerviosas o depresivas si la tensión entre los cónyuges se traslada a los otros miembros de la casa por discusiones o enfrentamientos violentos.

Poco después, los pequeños suelen negarse a admitir lo que ya es un hecho: insisten en la reconciliación de los padres o protestan

cada día porque no pueden ver al progenitor que se ha ido del hogar conyugal. Este periodo puede resultar más o menos largo en función de la manera en que se hayan logrado explicar y hacer lo menos dolorosa posible la situación.

Evitar que presencie discusiones, si realmente no se quiere que el hijo sufra por los problemas de sus padres, es necesario excluirlo de la tensión que se genera por esta causa; eso no quiere decir que existen graves diferencias. Cuanto mayor es el niño, mejor puede asimilar el hecho de que existen problemas, siempre que no los perciba a través de gritos, insultos, discusiones violentas. Si éstas se producen, no debe de ser delante de los hijos; si el motivo de la discordia es su educación, algo que han hecho mal o su custodia trae como consecuencia el divorcio, las medidas de precaución deben extremarse.

II.5 Separación amigable.

Varios estudios de psicología infantil desarrollados en Estados Unidos y la Unión Europea han demostrado que el niño sufre mucho más en situaciones en que los padres son infelices juntos que posteriormente cuando vive sólo con uno de los dos y ve al otro en un nuevo ambiente, e incluso, con una nueva pareja. Estas reacciones no son difíciles de entender; los niños quieren sentir que sus padres son felices; lo contrario les provoca muchas alteraciones.

Si la separación es amigable a sus ojos, la tensión generada desaparecerá. El pequeño percibe que su papá y su mamá ahora sonríen y juegan con él más que antes; además ahora tiene dos casas que son suyas, dos cuartos, dos armarios de juguetes y en cada visita su progenitor le tiene preparado un programa de diversiones que antes, cuando vivían juntos, solía disfrutar con mucha menos frecuencia.

II.6 La determinación de quién se ocupará de la guarda y custodia.

Cuando se produce una separación o un divorcio y hay hijos en común, la guarda y custodia de éstos puede ser adjudicada a cualquiera de los dos progenitores. La decisión final depende de varios factores.

Guardia y custodia, un concepto que define con quién va a convivir el hijo cuando se produce un divorcio o una separación.

La guarda y custodia de los hijos menores de edad o con alguna incapacidad que no les deje valerse por sí mismos, puede ser adjudicada tanto al padre como a la madre. En caso de haber mutuo acuerdo entre los dos progenitores sobre quién se queda con los niños, nadie más cuestiona tal decisión. El juez sólo aprueba y ratifica lo que han acordado ambos cónyuges, salvo que considere que puede haber un riesgo claro para los menores.

Los mayores problemas de la separación vienen cuando no existe un acuerdo previo, y es el juez el que debe decidir. En este supuesto se tienen en cuenta varios factores: no separar a los hermanos, las necesidades afectivas y emocionales de los mismos, la cercanía de otros miembros de la familia como de los abuelos, la disponibilidad de los padres para poder atenderles mejor o peor, o si alguno de los cónyuges tiene algún tipo de adicción, enfermedad mental o tipo de vida desordenada.

Otros criterios que tiene en cuenta el juez, y que a menudo resulta el más determinante, es la dedicación que haya tenido cada progenitor hacia el hijo, antes de producirse la separación. Por este

motivo es por el que, a pesar de haber una igualdad jurídica en razón de sexo a la hora de considerar con quien han de quedarse los hijos, en el 94% de los casos se adjudica a las mujeres. (Según datos aportados por el INEGI, datos del año 2003 y 2004)

II.7 Régimen de visitas.

Con este concepto se define el tiempo que el niño convive con el progenitor que no posee la custodia. Lo más común, es establecer un régimen de visitas de fines de semana alternos y periodos vacacionales al 50%. (*Según datos aportados por el TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, datos del año 2003 y 2004*); sin embargo, cada vez se convierten regímenes de visitas más amplios, introduciendo algún día entre semana.

Cuando no existe un acuerdo entre las partes, es obligatorio establecer un régimen mínimo y deben quedar detallados los periodos, días y horas de recogida, así como quién será la persona que vaya a buscar a los menores. Cuando el niño es mayor de 13 años, se tendrá en cuenta su opinión, en cuanto a fechas de las visitas.

En toda separación, los que sufren más son los niños. Para amortiguar el dolor, lo mejor es explicarles claramente cuál es la situación, a la vez que se les da confianza en todo lo que se refiere a su bienestar.

Tanto el padre como la madre deben hacer ver a sus hijos que la separación sólo se produce por discrepancias entre ellos y nunca hacerles sentir culpables. Es muy importante también, no hacer comentarios despectivos del otro cónyuge cuando están los niños delante, y mucho menos pintarle como único culpable de la ruptura.

Por último, es necesario que los niños no tengan la sensación de ruptura familiar. Para ello, hay que hacerles saber que la familia la siguen componiendo papá, mamá y ellos, aunque ahora la forma de vida haya cambiado.

II.8 Efectos que produce la separación de los padres en el menor.

Sabido es que la malas caras, peleas constantes, gritos, etc., en todas las parejas, tras la euforia inicial, se puede producir una crisis, por lo general superable. Sin embargo, hay ocasiones en que la convivencia es insufrible y la ruptura, inevitable. Tomar esta decisión resulta fácil.

Para que una pareja sea feliz ha de esforzarse en serlo, pero hay ocasiones en las que por mucho empeño que se ponga la ruptura es inevitable. Muchas parejas antes de llegar a ese punto luchan con todos los medios para salvar la situación. Incluso acuden a terapias donde intentan entender el conflicto y poner fin a los problemas que les impiden vivir con la armonía y la felicidad de antaño.

Se sienten desconcertados y agotados por tantas peleas y quieren, sea como sea, acabar con esa dramática situación. Según la psicóloga y sexóloga Carmen González, que ha sido testigo de muchas de esas sesiones, *“se trata de una batalla llena de sentimientos, resentimientos y rencores no expresados en la que hay que actuar con el máximo cuidado para saber qué es lo que verdaderamente buscan: ¿seguir juntos o que alguien les ayude a separarse?”*.

Al parecer, las mujeres son las primeras en tomar conciencia – incluso con meses de anticipación a su compañero- de que algo no funciona en una pareja. En el 60% de los casos son ellas las que primero acuden a terapia matrimonial y luego traen consigo a sus maridos. (Según datos aportados por el INEGI, datos del año 2003 y 2004). El problema es que muchas parejas no tienen claro si quieren separarse de verdad o lo que desean es luchar para reencontrarse después de un periodo de crisis. Tomar esta decisión resulta muy difícil, pero cuando la convivencia se ha hecho insufrible la ruptura se hace ya inevitable y se convierte en el menor de los males.

II.9 Derechos y obligaciones de los padres para con los hijos.

Tanto si se quedan a cargo de los niños como si no, los dos cónyuges tienen una serie de derechos y obligaciones con los niños.

a) Cuando existe custodia.

- Derechos.

El propio disfrute diario de los hijos, tomar las decisiones que afectan a los niños día a día, así como la administración de sus bienes y de su pensión alimenticia.

- Obligaciones.

Alimentarles, educarles y darles la compañía y el cariño necesario. El progenitor que tiene la custodia también debe facilitar el cumplimiento del régimen de visitas así como informar al otro de las incidencias importantes que sucedan al menor.

b) Cuando no existe custodia.

- Derechos.

Disfrutar del régimen de visitas acordado, ser informado de todas las incidencias importantes, ejercer la patria potestad, que sigue siendo compartida, salvo que el Juez indique lo contrario y la posibilidad de acudir al Juez competente en caso de que se produzca algún incumplimiento.

- Obligaciones.

Cumplir con todo lo acordado en el convenio regulador; régimen de visitas y pensiones alimenticias, así como velar por ellos en todo lo que se refiere a salud, educación y desarrollo integral de su persona.

II.10 Regímenes matrimoniales y Fiscalidad.

Las consecuencias de las firmas de capitulaciones matrimoniales no se limitan al divorcio. La fiscalidad también varía al escoger modelo. El IRPF es un impuesto personal, es decir, grava la capacidad económica puesta en relación con la persona titular de la misma y tiene en cuenta cual es el origen o fuente de esa renta.

1. Rendimientos del trabajo.

Con respecto a los criterios de atribución de los rendimientos de trabajo, se explica que le corresponderán exclusivamente a quien haya generado el derecho de su percepción. Las pensiones y haberes pasivos corresponderán a las personas físicas en cuyo favor estén reconocidos. Se entiende que es renta del cónyuge que genera el

derecho a su percepción, que presta el trabajo, sin perjuicio de que una parte, mayor o menor, o todo el rendimiento, lo aplique al rendimiento de las cargas familiares. En estos rendimientos no importa qué régimen matrimonial una a la quien genera la renta con otra persona.

2. Rendimientos del capital.

Con respecto a los rendimientos del capital, que se consideran obtenidos por los sujetos pasivos titulares de los bienes que los producen, en el caso de matrimonios acogidos a la separación de bienes o al régimen de participación cada cónyuge tendrá la administración de aquellos títulos que le pertenezcan. Si el régimen es de gananciales, los rendimientos obtenidos serán atribuibles en partes iguales a los dos miembros de la pareja.

El régimen de gananciales también contempla la existencia de bienes privativos de uno de los cónyuges. Civilmente el rendimiento es ganancial, pero tributariamente se hace cargo quien posee la titularidad, aunque lo ganado se emplee en el sostenimiento de la familia.

Sin embargo, hoy es poco frecuente la celebración de capítulos. Así que, si no hay establecido ningún acuerdo previo, se tendrá que acoger a los previstos por el derecho. En España no hay un criterio jurídico unitario, sino que en algunos casos se sigue lo establecido por el Código Civil y en otros lo que determine la justicia foral. La vecindad civil determinará qué derecho se aplicará.

3. El rol social y familiar de los abuelos.

Los abuelos desarrollan una valiosa función social, ya que participan activamente en la socialización de los nietos a través de una relación que es enriquecedora para ambos. Ellos aportan al niño un vínculo de referencia diferente y complementaria, pero nunca sustitutorio, del que mantienen con sus padres. A su vez, los pequeños ofrecen al mayor la posibilidad de sentirse útiles y activos, lo que repercute positivamente en su autoestima.

Frente a la desestructuración familiar y la incorporación de la mujer al mundo laboral, la figura de los abuelos juegan un papel muy importante en la educación de los niños. Se calcula que más de una cuarta parte de los niños que aún no están en edad escolar cuya madre trabaja fuera de casa, permanecen bajo el cuidado de sus abuelos. Son los llamados Abuelos Canguros.

Los abuelos ocupan por entero el lugar de los padres cuando éstos pasan dificultades personales o laborales. En estos casos, los abuelos se ven obligados a llevar a cabo desplazamientos temporales más o menos largos. Pero también están los abuelos cuando los padres padecen enfermedades o por diversos motivos están inmersos en condiciones de internamiento.

Más allá del cuidado de los nietos, los abuelos que han llegado a la jubilación tienen todavía un vivo potencial para ofrecer a la sociedad del que tienen que tomar conciencia.

II.11 Las visitas alternas.

Tras la separación se inicia una relación diferente entre los padres y los hijos. El régimen compartido del tiempo de ocio cae bajo la ley salomónica de los fines de semana alternos y el disponer de la mitad de las vacaciones de la compañía de los hijos. Ante esta situación, los niños deben acostumbrarse a diferentes entornos y se ven obligados a estar los fines de semana alternos con uno de los progenitores.

La separación es un duro paso para la pareja, pero también lo es para los hijos. Ellos ven que su entorno ha cambiado y que ahora se les exige dividir su tiempo entre la casa de mamá y la de papá. Al principio les costará acomodarse a la situación, pero lo asumirán en la medida que lo vayan comprendiendo.

Hasta la separación o el divorcio, los niños asumen el hogar familiar como el lugar donde viven con ambos padres. Cuando se produce la ruptura temen que con ello se haya roto también su familia. Es necesario hacerles comprender que la familia sigue existiendo, a pesar de que los padres vivan en domicilios distintos.

a) Tiempo compartido.

Estableciendo el régimen de visitas, ambos padres deben iniciar una nueva forma de convivencia. Durante los fines de semana y vacaciones, ambos deben asumir ser el padre y la madre de los niños. Desde la alimentación hasta el ocio debe ser pensado en una primera fase para que sirva de medio y favorezca la relación de los progenitores con sus hijos.

Todos los miembros de la familia sufren en un divorcio. Tras ello, hay un periodo donde todos se sienten desorientados. Los padres deben iniciar una nueva forma de vida y los hijos deben acomodarse al lugar que le corresponde en cada uno de los hogares. Muchos padres, en el intento de evitar que los niños se entristezcan caen en la espiral de establecer con ellos salidas y actividades maratónicas, que terminan aturdiendo a los pequeños.

No es malo establecer algunas salidas que se compartan con los hijos, pero hay que evitar que esto sea una fórmula para que el niño pueda hacer preguntas o haga comparaciones entre lo que hace con el padre o con la madre. Caer en la trampa del “*más difícil todavía*” cada fin de semana, puede llegar a traducirse en la angustia de los padres y de los hijos por no saber qué hacer con el tiempo que disponen en común.

b) Necesidad de compartir y disfrutar con los progenitores.

La ley establece que los fines de semana y vacaciones deben ser compartidos por ambos padres. Pero ninguna ciencia es exacta y deben ser los progenitores quienes deben determinar cómo puede ser compartido ese tiempo. Es frecuente que en fines de semanas alternativos, los hijos se encuentren con el padre o la madre. Los psicólogos aconsejan ser flexibles ante esta situación, pues más que una obligación de estar con el hijo debe de ser un tiempo para compartir con ellos.

Según la declaración de Langeac, apoyada por la mayoría de asociaciones internacionales de padres separados “*la paternidad solo debe de estar basada en la relación de Padre-Hijo y no en la relación entre los padres. Los niños tienen el derecho de conocer a ambos*

padres y viceversa". Las asociaciones de padres y madres separados consideran que un mal entendido corriente es que la ley diga que un progenitor tenga derecho a relacionarse con los hijos un fin de semana de cada dos.

La norma legal también establece que es responsabilidad del titular de la patria potestad favorecer que sean satisfechas las necesidades de un hijo de ver al otro progenitor, en la mayor medida posible. Eso puede significar que, por ejemplo, se vean dos fines de semana de cada tres o todos los lunes y martes y un fin de semana de cada dos. Si la pareja logra establecer un buen diálogo, puede pactar diferentes estructuras del horario de los tiempos a compartir con los hijos que serán mucho más beneficiosos para todos.

c) Medidas provisionales.

En los casos de crisis matrimoniales, la legislación prevé la posibilidad de solicitar y adoptar una serie de medidas provisionales que se establecen para regular la situación de los cónyuges mientras se tramita su procedimiento de separación, divorcio o nulidad matrimonial y hasta su conclusión.

Estas medidas, dada la dilatación de los procedimientos matrimoniales en el tiempo, vienen a regular de forma transitoria la situación familiar prestando una especial atención a los intereses de los hijos del matrimonio.

Estas medidas, según el momento en que se soliciten pueden ser de dos tipos:

- Previas o provisionales: Se solicitan antes de la interposición

de una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

Para ser tramitadas es necesario que se acredite una situación de urgencia o necesidad, como lo son por ejemplo, los malos tratos físicos o psicológicos.

- **Provisionales o simultáneas:** Se interponen en el mismo momento en el que se presenta la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

Ambos tipos de medidas son acordadas judicialmente y de forma automática producen los siguientes efectos:

Una vez interpuesta, los cónyuges pueden vivir separados, por lo que el cónyuge interesado podrá marcharse del domicilio familiar sin incurrir en un delito de abandono familiar.

Los poderes de representación que los cónyuges se hayan otorgado entre sí, quedan revocados.

- **Extremos en las medidas:**

a) En relación con los hijos.

Disponen a qué progenitor se atribuye la patria potestad (generalmente continúa siendo compartida por ambos salvo en casos excepcionales de malos tratos o agresiones sexuales a los menores), con cuál de los progenitores se quedan los niños (guarda y custodia), el régimen de visitas y comunicaciones que podrán disfrutar del otro progenitor y la cantidad que debe satisfacer para el mantenimiento de los hijos o pensión de alimentos.

b) La Patria Potestad en el Código Familiar.

Desde el punto de vista jurídico, la patria potestad, regulada en el Código Familiar, no es más que el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados así como el conjunto de deberes que también deben cumplir los padres respecto de los hijos.

La patria potestad ha de ejercerse siempre en beneficio de los hijos y entre los deberes de los padres se encuentra la obligación de estar con ellos, cuidarlos, protegerlos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos legalmente y administrar sus bienes.

Por regla general, la patria potestad se ejerce de forma conjunta por el padre y la madre, independientemente de que éstos se encuentren o no casados, o de forma exclusiva por uno de ellos con el consentimiento del otro.

II.12 Extinción de la Patria Potestad.

La patria potestad se extingue cuando se produce alguno de los siguientes supuestos:

- La muerte o la declaración de fallecimiento de los padres.
- La emancipación.
- La adopción del hijo.

○ Los padres son privados de ella por sentencia judicial.

a) Privación a los padres de la Patria Potestad.

Los padres pueden ser privados de la patria potestad cuando incumplen los deberes que se derivan de la misma y siempre por sentencia judicial tras la tramitación del correspondiente juicio ordinario.

Los padres también pueden ser privados o suspendidos del ejercicio de la patria potestad cuando su conducta ponga en peligro la formación de los menores o incapaces o cuando se les trate con una dureza excesiva, lo que implica no sólo fuertes castigos físicos sino toda clase de actos que supongan crueldad o abuso de autoridad.

También puede conducir a la privación de la patria potestad, la falta del ejercicio de los derechos y, principalmente, de los deberes que compartan la misma.

Por otro lado, los padres podrán ser restituidos en la patria potestad si acreditan que ya no concurren las circunstancias que motivaron su privación.

Siempre resulta conveniente el consejo de un abogado quien, a la vista de las singularidades que presenta cada caso, le informará sobre la conveniencia de iniciar las correspondientes acciones legales.

b) Privación directa de la Patria Potestad.

Se encuentra privado de la patria potestad:

- El progenitor que haya sido condenado por sentencia penal firme por un delito de violación o cualquier otro que diese lugar a la concepción del hijo sobre la que se ejerce.

- Si la filiación se determina judicialmente en contra de la oposición de alguno de los progenitores, éste será privado de la patria potestad sobre el hijo.

En estos casos, aunque el padre y la madre no puedan ejercer los derechos y deberes que comporta la patria potestad, tienen la obligación de prestar alimentos a los menores e incapaces.

c) La Patria Potestad prorrogada

Si los hijos están incapacitados mentalmente, la patria potestad de los padres no se extingue cuando aquellos alcanzan la mayoría de edad sino que se prorroga hasta que se produce alguna de las siguientes situaciones:

- El fallecimiento de los padres.

- La adopción del incapaz.

- Cesa la causa que motivó la declaración de incapacidad.

- El incapaz contrae matrimonio.

Aunque la patria potestad concluya, si persiste la causa que motivó la declaración de incapacidad se establecerá un régimen de tutela en favor del incapaz.

II.13 El derecho de visitas.

Tras la separación o del divorcio, el cónyuge o progenitor (pareja de hecho) al que no le ha sido otorgada la guardia y custodia de los hijos o incapacitados por la sentencia judicial que en su caso se dicte, tiene derecho a visitarlos físicamente y a comunicarse con ellos (a través del teléfono, correo, internet, etc.).

La duración de estas visitas así como el tiempo y el lugar en que pueden realizarse, se determinan en esta sentencia.

Por descontado, lo más aconsejable en interés del niño o del incapaz es que los padres alcancen un acuerdo sobre cómo van a desarrollarse esas visitas en un marco de flexibilidad y diálogo.

En todo caso y principalmente cuando éste no es posible, se establecerá un régimen que, en la mayor parte de las ocasiones, consistirá en atribuir al progenitor con quienes los menores o incapaces no conviven, el derecho a tenerlos en su compañía los fines de semana alternos y la mitad de los periodos de vacaciones.

El régimen se establecerá según las circunstancias del caso en concreto y así por ejemplo, en los casos de visitas a menores que aún se encuentran en periodo de lactancia pueden limitarse a dos o tres tardes sin que el padre pueda llevárselos los fines de semana, o en los

casos en los que el progenitor reside lejos se permite acumular el disfrute de varios fines de semana seguidos.

Aunque el régimen de visitas y comunicaciones se contiene en una sentencia judicial, puede ser modificado tras la tramitación del oportuno procedimiento y limitarse o incluso suspenderse en el caso de que se considere que es perjudicial para el menor o incapaz.

Siempre resulta conveniente obtener el consejo de un abogado asesorará sobre cuáles son sus derechos y deberes al respecto.

II.14 Pensión alimenticia.

Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento propiamente dicho “la comida”, el alojamiento, el vestido y la asistencia médica.

También se incluye dentro de los alimentos, la educación e instrucción cuando se establecen en favor de menores o de mayores de edad que no han terminado su formación.

La pensión de alimentos puede comprender también los gastos de embarazo y parto si no están cubiertos de otra forma.

Están obligados a prestarse alimentos los cónyuges entre sí, y a los hijos.

Las obligaciones de satisfacer alimentos viene impuesta por la sentencia de nulidad, separación o divorcio que se dicte tras la tramitación del procedimiento correspondiente, y en ella se fija la persona que está obligada a satisfacerlos, su cuantía así como las

bases para su actualización (generalmente será el índice de Precios al Consumo), el periodo y la forma de pago.

La cuantía de la pensión de alimentos depende de dos circunstancias:

- De los ingresos de la persona que está obligada a abonarlos.
- De las necesidades del beneficiario.

Al contrario que en otros países europeos, no existe en la legislación española ningún baremo obligatorio al que deba ajustarse el juez a la hora de fijar la pensión de alimentos. Puede, por tanto, fijar su cuantía concreta conforme a su criterio, dentro de los márgenes de la ley.

Posteriormente, esta cantidad también podrá incrementarse o disminuirse judicialmente en función de las necesidades del beneficiario y del incremento o disminución de los recursos económicos del obligado al pago.

La modificación de la cuantía de la pensión debe hacerse mediante el correspondiente procedimiento judicial de modificación de medidas y será efectiva hasta que recaiga sentencia.

Ello supone, por ejemplo, que el cónyuge que debe satisfacer alimentos a los hijos, no puede modificar por sí mismo la cuantía porque sus ingresos hayan experimentado una reducción: ha de solicitarlo judicialmente.

- Cesa la obligación alimenticia, cuando:

- El obligado a prestarlos fallece.
- Los recursos del que está obligado se reducen hasta el punto de si los satisface pone en peligro su propia subsistencia y la de su nueva familia.
- La persona que recibe alimentos, puede ejercer una profesión u oficio o su situación económica ha mejorado de forma que no necesita la pensión de alimentos para subsistir.
- Si el alimentista comete alguna de las faltas que dan lugar a la desheredación.
- Si la necesidad del hijo se debe a una mala conducta o a la falta de aplicación en el trabajo, perderá su derecho a percibir alimentos mientras dure este comportamiento.

En principio, los alimentos a los hijos deben satisfacerse hasta que los menores alcanzan la mayoría de edad, ahora bien, si después de cumplir esta edad continúan estudiando o carecen de medios de subsistencia propios, los hijos podrán exigir alimentos hasta que sean capaces de valerse por sí mismos.

En estos casos, la reclamación de alimentos deberá ser realizada directamente por el hijo sin que pueda hacerlo en su nombre el progenitor con el que conviva.

Por su parte el incumplimiento de la obligación de prestar alimentos conlleva el inicio del procedimiento de ejecución sobre los bienes del obligado a prestarlos e igualmente generará responsabilidades penales: el impago de meses consecutivos de la pensión de alimentos o el abandono, es causa de un delito, en este caso de abandono de familia sancionado con pena de arresto.

CAPÍTULO III. MAYORÍA Y MINORÍA DE EDAD.

La mayoría de edad es un estado civil por el que la persona adquiere plena independencia al extinguirse la patria potestad y, por tanto, la plena capacidad de obrar.

La mayoría de edad se obtiene a los 18 años, salvo en aquellos casos especiales en los que la persona es declarada incapaz.

Por otro lado, la minoría de edad es un estado civil que se caracteriza por la sumisión y dependencia del menor a las personas que ostentan sobre él la patria potestad, sus padres o sus tutores, al considerarse que el menor no tiene la suficiente capacidad de entendimiento. Estas personas ostentan la representación del menor.

La capacidad del menor de edad se encuentra por tanto limitada con el fin de evitar que la posible responsabilidad que pueda derivarse de sus actuaciones, le perjudique. Así, para la realización de determinados actos necesitará el consentimiento de sus representantes legales, padres o tutores.

III.1 La emancipación.

La emancipación permite que el mayor de 16 y menor de 18 años pueda disponer de su persona y de sus bienes como si fuera mayor de edad.

Como excepción se dispone que, hasta que el emancipado no alcance la mayoría de edad, no podrá pedir préstamos, gravar o transmitir bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales ni bienes de extraordinario valor (como joyas) sin el consentimiento de

sus padres, o en caso de que falten ambos, del tutor que le haya sido nombrado.

La mayor parte de las emancipaciones se produce para poder o por contraer matrimonio antes de los 18 años.

En el supuesto de los emancipados por matrimonio, para realizar las actuaciones enunciadas, si su cónyuge es mayor de edad, bastará con que ambos consientan. Si los dos son menores, necesitarán el consentimiento de los padres o tutores de ambos.

a) Causales de emancipación.

El menor de edad puede adquirir la condición de emancipado cuando:

- Se le concede este beneficio por las personas que ostentan sobre él la patria potestad.

En estos casos, es necesario que el menor haya cumplido los 16 años de edad y que esté conforme con que le sea concedida la emancipación. Se otorga mediante Escritura Pública ante Notario y debe ser inscrita en el Registro Civil.

Una vez concedida, la emancipación no puede ser revocada. Se considera que el hijo está emancipado cuando siendo mayor de 16 años y con consentimiento de sus padres, vive de forma independiente.

En los casos en los que el menor está sujeto a tutela alcanza la emancipación por la concesión judicial del “beneficio de la mayor edad”.

- Por matrimonio.
- Por concesión judicial: un juez puede conceder la emancipación cuando lo solicite el menor que ya cuente con más de 16 años de edad, en los siguientes casos:
 - Quien ejerce la patria potestad se ha casado otra vez o convive de hecho con otra persona.
 - Cuando los padres viven separados.
 - Cuando concorra alguna causal que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.

b) Efectos de la emancipación.

La emancipación permite al menor regir tanto su persona como sus bienes como si fuese mayor de edad, pero necesitará el consentimiento de sus padres o tutor para:

- Pedir préstamos, gravar o vender bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales.
- Disponer de bienes de extraordinario valor (como joyas). Ser defensor de los bienes de un desaparecido o representante del declarado ausente. Otorgar testamento "ológrafo" (de puño y letra).

- Aceptar por sí mismo una herencia sin beneficio de inventario (ya que no puede disponer libremente de sus bienes).
- Pedir la partición de una herencia, ni repartir con los demás coherederos.
- Tampoco podrá ser tutor o curador, ya que su capacidad de obrar no es completa.

En el caso de los emancipados por matrimonio, para realizar todas estas actuaciones, si su cónyuge es mayor de edad, bastará con que ambos consientan.

Si los dos son menores, necesitarán el consentimiento de los padres o quienes ostentan la representación de ambos.

Dada la relevancia y los efectos de la emancipación, siempre resulta conveniente consultar con un abogado antes de dar ningún paso legal relacionado con la misma y en función de cada caso concreto.

III.2 Concepto de menor.

Es menester determinar qué es un “menor” de edad desde el punto de vista jurídico mexicano, principalmente en función de los compromisos internacionales, que en forma de convenios, convenciones, tratados o acuerdos, México ha adquirido; un punto de vista jurídico que no puede descuidar la arista social en orden a alcanzar, es decir, un correcto entendimiento de la protección que amerita y de la que debe ser titular todo menor. Derivado de lo anterior

es preciso trazar una frontera entre el concepto de “menor” y el de “incapaz”.

En segundo lugar, resta determinar si el concepto adecuado para referirnos a este sector poblacional es el de “menor”, o por el contrario, debemos recurrir a otros términos de reciente acuñación y creciente aceptación, como el de “niños, niñas o adolescentes”. Queremos ver si esta polémica representa una discusión sin importancia, del simple *nomen iuris*, o si por el contrario, encierra otros problemas que van más allá del aspecto meramente semántico. Al respecto mencionamos, por obviedad, el mismo señalamiento en González Martín, Nuria, (*Familia internacional en México: adopción, alimentos, sustracción, tráfico y trata*, México, UNAM-Porrúa, 2009.)

El punto de partida lo marca la afirmación de que el término “menor” equivale a “menor de edad” (Rivero Hernández, F., *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 56.); hermanándonos de esta manera con el concepto que mantienen y ofrecen el derecho civil y familiar.

- Delimitación del término menor.

Empecemos por delimitar el término “menor” desde el punto de vista jurídico. Como bien señala la doctrina, el término menor expresa un “concepto jurídico” (Moya Escudero, M., *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998, p. 44.), el cual siempre es delimitado, en términos numéricos, por un derecho positivo, a fin de otorgar a las personas que lo cumplen, determinados derechos y obligaciones, tanto para él, como para su entorno social y familiar. Así las cosas, se sostiene que si bien, la protección al menor debe estudiarse desde el punto de vista jurídico, no cabe desconocer que esta esfera está estrechamente conectada con la humana.

En este sentido, podemos afirmar:

a) Que el menor es, ante todo, persona, en su acepción más esencial y trascendente, y no sólo en su dimensión jurídica (titular de derechos) sino también en su dimensión humana (ser que siente y piensa);

b) Además, es una realidad humana en devenir, porque para él es tanto o más importante este devenir (su futuro) que su mera realidad actual. Si todo, y toda persona, cambia con el transcurso del tiempo, ello es más notorio y, sobre todo, más importante en el menor, para el que cada día que vive y pasa le aproxima más a dejar de serlo, a su mayoría de edad y plenitud jurídica a que aspira. (Rivero Hernández, F., op. cit., p. 159.)

Si atendemos exclusivamente a la primera connotación aludida de “menor”, es decir, a la jurídica, es necesario tener como consigna la salvaguarda de sus derechos fundamentales. Lo anterior nos conduce a una afirmación aparentemente sencilla que encierra un elevado grado de complejidad por su amplio contenido, su difícil determinación y su facilidad de violentarlo. Esto es, consiste en reconocer que el menor es sujeto propietario de los derechos fundamentales reconocidos a todas las personas, los cuales están enfocados a proteger su ser o esencia de persona; en definitiva, a proteger los derechos de su propia personalidad, así como el derecho al respeto de su dignidad. Lo anterior comprende, y es aquí donde radica la dificultad que mencionamos, una masa extensa de derechos inviolables, personales e irrenunciables que deben ser proclamados indubitadamente de todo menor.

Delimitar, determinar, concretar, regular y aterrizar dichos derechos al materializar soluciones jurídicas, no es tarea sencilla. Lo anterior no debe ser signo de desesperanza sino de conciencia en trabajar duro para conseguir este fin último. Si vamos un poco más allá y mezclamos en su justa medida la esfera jurídica con la social, afirmamos que el menor tiene derecho a la felicidad, (Ibidem, pp. 163 y 164.) y al bienestar.

En definitiva, el derecho a una infancia feliz sin problemas ajenos a su etapa de crecimiento. Sólo si contemplamos al menor como el ser humano que es, desde la perspectiva jurídica y humana (o social), podemos darle una protección en todos los extremos que resultan necesarios.

En relación con esta primera idea debemos considerar que el “menor” no es un “incapaz”; por el contrario, es una persona cuya capacidad de obrar y/o actuar está limitada, lo cual justifica en este punto la función tuitiva que debe representar la patria potestad. En este orden de ideas, la doctrina ha señalado que: *“el poder sobre el menor ni es ilimitado ni puede ser igual en todo el curso de la minoría. Está relativizado por su finalidad primaria: el provecho y guarda de la persona y bienes del menor, en tanto éste sea incapaz de gobernarse por sí mismo. En ningún caso, la personalidad del menor puede quedar absorbida, sustituida y desplazada por la de su representante legal”*, (Durán Ayago, A., *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, España, Colex, 2004, p. 30.)

En este contexto de ideas encontramos un sector doctrinal con el que se coincide plenamente, el cual señala que la minoría de edad *“es un estado civil que lleva implícita la protección, pero que en ningún caso*

debemos identificar con el estado civil de incapacitado, ni con la situación de hecho de la incapacidad". (Ibidem, p. 32.)

Así, una cosa es afirmar que el menor tiene por sí mismo determinadas limitaciones y otra muy diferente, admitir que es un incapaz. En este contexto la citada Opinión Consultiva OC-17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos determina:

"...para los fines que persigue esta Opinión Consultiva es suficiente la diferencia que se ha hecho entre mayores y menores de 18 años. La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar."

Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta en gran medida los niños.

Anteriormente el menor de edad estaba completamente desprovisto de capacidad para decidir por sí mismo asuntos de incumbencia personal e incluso de aspecto patrimonial, quedando sometido a las decisiones que de forma atinada o errada, tomaran sus representantes legales. Si bien no dejaba de ser sujeto de derecho, el menor estaba a merced de las decisiones ajenas que llegaran a afectar a su propio interés.

Esos planteamientos, equívocos en su origen, han cambiado afortunadamente, y como consecuencia de duros trabajos en nuestra realidad actual. (Rivero Hernández, F., op. cit., p. 171.)

En esas condiciones, el menor se define en la actualidad con signo positivo desde que éste ya no es considerado un ser capitidismuido, sino un ser humano con sus derechos específicos que en razón de su edad ha de gozar de un tratamiento especial. (Durán Ayago, A., op. cit., pp. 91 y 92.)

El que estemos en una nueva etapa no significa que nos podamos confiar y dormir el sueño de los justos, por el contrario, es necesario seguir trabajando y avanzando en la construcción de lo que debe ser un verdadero siglo del “puerocentrismo”. Así, sostenemos que si en un determinado momento se llegó a confundir e incluso a identificar plenamente el término “menor” y el de “incapaz” estamos ante una etapa ya superada donde la frontera entre ambos conceptos está claramente marcada. Lo anterior contrasta apriorísticamente, por ejemplo, con la previsión normativa del artículo 156, fracciones IX y X, del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, donde siempre aparece el “menor” seguido del concepto de “incapaz” como si se tratara de un mismo concepto, o como si representaran dos caras de una misma moneda. A pesar de la anterior conjunción, entendemos que se trata de categorías diferentes y ampliamente diferenciables que están unidas por el común denominador que puede llegar a representar la vulnerabilidad de ambos grupos poblacionales. Así, concluimos que por el hecho de aparecer reguladas de manera conjunta, no significa necesariamente que se estén uniendo ambas figuras a fin de equipararlas. La anterior unión contrasta con la clara separación de ambos conceptos consagrada en los Convenios internacionales existentes en la actualidad, ratificados o no por México.

Se ha encontrado una valiosa y clara bifurcación en el plano internacional, por un lado encontramos los Convenios internacionales que se refieren exclusivamente al menor, y así destinan su contenido a

este sector, por ejemplo, el Convenio del 12 de junio de 1902 sobre tutela de menores, el Convenio del 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores y el Convenio del 19 de octubre de 1996 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños. Por otro lado, encontramos los convenios internacionales que se refieren al incapaz y destinan su contenido a la protección y regulación de este sector; por ejemplo, el Convenio del 17 de julio de 1905 sobre interdicción civil.

De lo anterior podemos resumir que tanto en el plano nacional, aunque con algún equívoco justificado, como en el internacional, de manera indubitada, los conceptos de “menor” e “incapaz”, son y deben ser diferenciados.

Aun cuando reconocemos que son sujetos diferentes y necesariamente diferenciables, debemos recurrir a la Opinión Consultiva mencionada, en la cual se reconocen puntos mínimos en común entre ambos y, en este sentido, señala que *“todos son sujetos de derecho, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana”*. (www.iin.oea.org. Revisado el 20 de junio de 2014.)

Una vez delimitado el concepto de “menor” del de “incapaz”, estimamos que es hora de abordar qué es “menor” en términos numéricos. Si bien el concepto de “interés superior del menor” no se ha podido, o no se ha querido, definir, el concepto “menor” encuentra una clara delimitación en los instrumentos que en su contenido lo estudian, bien de manera directa o bien por influencia o remisión a otros instrumentos convencionales.

En este sentido son dos las modalidades que se encuentran en estos instrumentos y que a continuación abordamos: por un lado, en el número que se ha considerado como punto de referencia para determinar la minoridad (la cual puede oscilar entre los 16 y los 18 años) y, por otro lado, la técnica normativa, directa o indirecta (de calificación autónoma o no), utilizada para abordar dicha minoría.

Por lo que al aspecto numérico atañe, debemos iniciar señalando que no existe unanimidad convencional. Respecto a esta falta de unanimidad convencional, a la hora de establecer una edad para el término de “menor” se pronuncia Berraz quien afirma: *“estas diferencias de calificación, y, si se quiere, la carencia de un criterio uniforme respecto del tema, plantean una situación contradictoria y marcan una suerte de desprolijidad en la labor de las CIDIP. [...] Más allá de tener presente lo arduo que resulta desarrollar una labor como la desempeñada, entendemos que el proceso de codificación encarado por las CIDIP deberían guardar uniformidad en cuanto a las calificaciones adoptadas. Ello, a pesar de entender que se trata de cuestiones distintas y de que, a nuestro criterio, la edad de dieciocho años resultaría la más apropiada”*. (Berraz, C., *La protección internacional del menor en el derecho internacional privado*, Argentina, UNL, 2000, p. 56.)

De acuerdo a lo anterior, podemos afirmar que no todos los instrumentos convencionales coinciden en insertar la misma norma material sobre calificación de menor. (García Moreno, V. C., “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, *Derechos de la niñez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, p. 259.)

Lo anterior da una idea de que los ámbitos de aplicación personal de los convenios cuyo contenido se destinan global (Convenio sobre los Derechos del Niño) o sectorialmente (Convenio

Interamericano sobre Restitución Internacional) al cuidado de un menor no son iguales al presentar relevantes particularidades; por lo anterior se debe prestar especial cuidado al caso concreto para determinar los ámbitos de protección personal, en definitiva, para delimitar la minoría de edad. Ante esta realidad convencional la duda está servida y así se nos presenta el siguiente cuestionamiento: ¿es justificable la diferencia de trato entre niños dependiendo de la norma convencional que resulte aplicable o de la ley conforme a la cual deba ser examinada la minoridad?”. (García Cano, S., *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, España, Colex, 2003, pp. 62 y 63.) La respuesta a esta interrogante es sencilla y contundente, ello, de acuerdo con la doctrina, que establece:

“...en realidad, no parece justificable, sino criticable, pues con relación a este concreto concepto, los Convenios que inciden en la protección del menor no deben ser examinados ni aplicados aisladamente sino insertos en el esquema internacional de la protección del menor, que a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ha sido construido por los sucesivos Convenios que afectan a su protección”. (Idem.)

Como consecuencia directa de lo anterior sólo nos resta criticar la variedad numérica que existe en los Convenios internacionales que de una u otra manera inciden en la protección de los menores y que a continuación ponemos de manifiesto.

Para contextualizar estas ideas partimos del Convenio marco de protección al menor, es decir, el Convenio de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, el cual entiende por niño, en su artículo primero, todo ser humano menor de 18 años salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. De

lo anterior se desprende que la edad de 18 años no es absoluta para determinar la minoría de edad, aunque sí lo es como límite máximo a la protección de una persona de conformidad con este instrumento. La justificación de esta redacción se remonta a la elaboración de este Convenio en la cual se da cuenta de la gran diversidad existente de opiniones en ese momento sobre lo que debía entenderse por “niño” y que llevó en última instancia a permitir la regulación autónoma por cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados parte. La doctrina ha querido ver en este margen estatal de actuación *“la búsqueda del trato más favorable a la persona en cuestión, y esto no sólo en aplicación de un principio general de derecho, sino por expreso imperativo convencional”*. (Moya Escudero, M., *op. cit.*, pp. 38 y 39).

Si seguimos los parámetros del Convenio sobre los Derechos del Niño encontramos de nuevo la opinión consultiva mencionada en la cual se determina, por seis votos contra uno, que *“para los efectos de esta opinión consultiva, «niño» o «menor de edad» es toda persona que no haya cumplido 18 años, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad, por mandato de ley, en los términos del párrafo 42”*. (www.iin.oea.org. Revisado el 20 de junio de 2014.)

Tanto de la regulación del Convenio sobre los Derechos del Niño como de la Opinión Consultiva son dos las ideas que podemos extraer, a saber, la primera es que la edad para fijar la minoridad es de dieciocho años, y, la segunda es que se utiliza la mezcla de dos técnicas, una directa (al marcar los dieciocho años como regla general) y la indirecta, al hacer una excepción en función de la “ley que le sea aplicable”, conforme a la cual se puede reducir la señalada cifra.

Si este es el marco al que hay que prestar atención, nos damos cuenta enseguida de que no todos los convenios tienen como referente

este instrumento internacional a la hora de establecer y fijar su cobertura personal. Los motivos de esta variación pueden ser múltiples pudiendo oscilar entre la temática que abordan y la conjugación de las distintas ideas que convergen en la negociación de un convenio; de esta manera encontramos tres categorías de tratados:

a) La primera sitúa la minoría de edad en los dieciséis años, representando así el límite más bajo de todos los instrumentos convencionales. En este rubro encontramos en primer lugar dos instrumentos aunados por un par de rasgos comunes: el primero, *ratione materiae* desde que están regulando el Legal *Kidnapping*.

El segundo, por la técnica directa utilizada en el señalamiento de la edad; esto es, se refiere concretamente, a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (artículo 2o.) y el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (artículo 4o.).

En este sentido señala la doctrina argentina que: “la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (no vigente), adopta la solución de La Haya, fijando el límite de los dieciséis años; por entender que la uniformidad asegura la efectividad de los instrumentos internacionales, sin que esto importe inmiscuirse en los asuntos de jurisdicción doméstica”, (Blumkin, S.B., “*La sustracción internacional de menores*”, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. 55, núm. 1, 1995, p. 32.)

Si bien, la doctrina intenta justificar este límite reconociendo el derecho a la autonomía del menor a partir de dicha edad y el peso específico que debe tener su opinión en función de una presumida madurez, (García Cano, S., op. cit., pp. 64 y 65.) una voluntad propia que

podrá difícilmente ser ignorada, sea por uno u otro de sus padres, sea por una autoridad judicial o administrativa, (Moya Escudero, M., op. cit., pp. 41 y 42.) termina reconociendo que dicha edad no resulta acertada a la luz del artículo 11 de la Convención de los Derechos del Niño, debiendo defenderse la ampliación de la protección convencional al niño hasta alcanzar los dieciocho años. (García Cano, S., op. cit., pp. 64 y 65.)

En segundo lugar, encontramos el Convenio Europeo Relativo al Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores y Restablecimiento de la Custodia, hecho en Luxemburgo, el 20 de mayo de 1980, que considera el término “menor” a una persona de menos de dieciséis años y sin derecho a fijar residencia propia. (Rivero Hernández, F., op. cit., p. 42.)

Por último, el Convenio Bilateral entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, sobre Asistencia Judicial, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia de Derecho de Custodia y de Derecho de Visita y Devolución de Menores, de 30 de mayo de 1997, fija la minoría de edad en el artículo 2o. de la siguiente manera: *“El Convenio se aplicará a todo menor de dieciséis años, no emancipado, que tenga la nacionalidad de uno de los dos Estados”*. Respecto a este instrumento convencional en concreto la doctrina ha realizado una dura pero cierta crítica al señalar que olvida *“que su marco material no sólo afecta a la devolución de menores, sino también al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita sin que se haya producido ningún tipo de traslado ilícito”*. (Moya Escudero, M. op. cit., p. 42.)

De este último instrumento debemos señalar la utilización de una técnica directa de reglamentación de la edad, a la cual se le suman dos condicionamientos: el primero es que no esté emancipado; y el segundo

que debe ser nacional, bien español o bien marroquí para que le dé cobertura este instrumento.

b. En segundo lugar encontramos un grupo de instrumentos que elevan la minoría de edad y así sitúan explícitamente el límite en los dieciocho años. En este sentido podemos mencionar la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (artículo 2o.). Estamos así ante una norma material que: *“consagra un principio de uniformidad a los efectos exclusivos de la aplicación de la Convención, con la finalidad de asegurar, con ventajas, la efectividad del instrumento internacional”* (Uriondo de Martinoli, A., *“Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores-CIDIP V, México, 1994”*, Revista de la Facultad, Argentina, vol. 3, núm. 1, 1995, p. 179); mismas afirmaciones que podemos encontrar en Dreyzin de Klor, A. (coord.), *(La protección internacional de menores. Restitución, adopción, tráfico. Obligaciones alimentarias*, Argentina, Advocatus, 1996, p. 124.)

El protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada (artículo 3o.). Se precisa señalar que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, firmada por México el 13 de diciembre de 2000 y sin ratificación posterior, presenta dos protocolos:

a) Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia; y,

b) Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la

Convención de las Naciones Unidas en contra de la delincuencia organizada. Estos protocolos habiendo sido firmados, no han sido ratificados. De estos tres instrumentos se aborda únicamente al último por ser parte del tema central del presente.

En esas condiciones, cabe señalar que el Convenio de La Haya del 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, el cual en su artículo 2o. dispone que *“el Convenio se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años”*; (Moya Escudero, M., op. cit., pp. 40 y 41.) la Convención Interamericana sobre obligaciones alimenticias en su artículo 2o.; el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965, sobre la competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción y el Convenio de La Haya del 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

c. En tercer lugar encontramos otro reducto de convenios donde la edad para fijar la minoría es de veintiún años. En este rubro se presenta el Convenio sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias Respecto a Menores, elaborado en La Haya el 24 de octubre de 1956, en cuyo artículo 1o. se menciona que *“a los fines del presente Convenio, la palabra menor significa todo hijo legítimo, ilegítimo o adoptivo que no esté casado y tenga menos de veintiún años cumplidos”*; (González Campos, J. et al., *Derecho internacional privado, parte especial*, 6a. ed., España, Eurolex, 1995, p. 381.) el Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones relativas a las Obligaciones Alimentarias, del 2 de octubre de 1973; el Convenio sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias creado en la Haya el 2 de octubre de 1973 y en el Convenio de La Haya del 23 de noviembre de

2007 Sobre el Cobro Internacional de Alimentos con Respecto a los Niños y otras formas de manutención de la familia. Otro Convenio que establece la edad de veintiún años es el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños (artículo 5o.).

Si estos instrumentos fijan la edad del “menor” de forma directa, esto es, a través de una técnica de reglamentación directa, encontramos otros que se llevan a cabo por deducción, es decir, a través de una técnica de reglamentación indirecta. En este sentido se ha afirmado por la doctrina que hay un punto de inflexión en las técnicas usadas para fijar la edad en los Convenios a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en este sentido se afirma que *“la tendencia convencional hacia las definiciones materiales en detrimento de las fórmulas de remisión, evitando sujetar la cuestión a los Ordenamientos estatales y las posibles interpretaciones divergentes”*. (García Cano, S., op. cit., p. 63.)

La Convención de los Derechos del Niño de 1989, define, en su artículo 1o., que *“para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*. Del señalamiento que hace la Convención sobre los Derechos del Niño se ha llegado a comentar que *“Es importante aclarar que si algún régimen jurídico establece una edad distinta a la que señala la convención, se estará a lo que disponga la ley local de que se trate, pues lo que expresa la Convención es una regla general”*, (<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/69/tc.pdf> consultada el 11 de septiembre de 2008. Jiménez García, J. F., Derechos de los niños, 2000, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 12.)

De análogo pronunciamiento encontramos a Ortiz Ahlf, L., (*Los derechos humanos del niño*, Derechos de la niñez, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, p. 244). Por su parte, García Cano señala al respecto: *“Es precisamente esta posición óptima de la Convención, conforme a la cual su objetivo es “aplicarse a un grupo de edad lo más amplio posible”, la que debe guiar la interpretación y aplicación de la normativa internacional in casu”*, (García Cano, S., op. cit., pp. 64 y 65.)

Derivado de lo anterior, se estima lógico entender por “menor”, quien no haya cumplido dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. La Convención de los Derechos del Niño viene acompañada de dos protocolos:

a) Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, y,

b) Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados. Estos tres instrumentos están en vigor en México (el 21 de octubre de 1990 el convenio y el 15 de abril de 2002 los dos protocolos) refiriéndonos al primer protocolo mencionado por su enfoque al tema que abordamos)

El Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores, en cuyo artículo 12 determina que será “menor” aquel que lo sea acumulativamente tanto en su ley nacional como en la ley de su residencia habitual. En este contexto, la doctrina ha señalado que *“se ha creado una norma de conflicto con conexiones acumulativas, estableciéndose la necesidad de ser menor de edad con el concurso de*

dos leyes” (Moya Escudero, M., *op. cit.*, p. 40 y Calvo Caravaca *et al.*, *op. cit.*, p. 340.)

III. 3 Criterios de la Corte.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en diversas ejecutorias ha emitido su criterio con relación a las figuras jurídicas de la guarda y custodia, mismas que se considera importante abordarlas en la presente tesis.

Localización: Tesis Aislada; 9a. Época; Tribunales Colegiados de Circuito; Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XX, Noviembre de 2004; Pág. 1962

GUARDA Y CUSTODIA. NECESARIO RESULTA DECIDIR SOBRE UN RÉGIMEN DE CONVIVENCIA ENTRE LOS HERMANOS MENORES DE EDAD, CUANDO ESTÉN SEPARADOS

Si en un juicio natural se decreta el divorcio de los padres y cada uno tiene bajo su guarda y custodia a un menor (el progenitor al hijo y la madre a la hija), es incuestionable que de acuerdo con la litis, las particularidades del caso, las características de los progenitores y las situaciones de hecho prevaecientes, la Sala Familiar debe decidir conforme a sus facultades jurisdiccionales y su prudente arbitrio sobre la conveniencia de establecer un régimen de convivencia de los menores hermanos entre sí, y dirimir si ha lugar a ello, o sea, determinar dicha convivencia y, en su caso, fijar el lugar y la forma en que deberá desarrollarse, decretando las medidas pertinentes para asegurar que cada uno de los menores puedan continuar bajo la custodia de sus respectivos progenitores.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL
SEGUNDO CIRCUITO

Amparo directo 433/2004. 3 de agosto de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Aimeé Michelle Delgado Martínez.

Localización: Jurisprudencia; 9a. Época; 1a. Sala; Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XIX, Junio de 2004; Pág. 138

MEDIDAS PRECAUTORIAS TRATÁNDOSE DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DE EDAD. NO PROCEDE, PREVIO A SU IMPOSICIÓN, OTORGAR LA GARANTÍA DE AUDIENCIA EN SU FAVOR Y EN EL DEL CÓNYUGE EJECUTADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).

El artículo 249 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, que se refiere al capítulo de las providencias precautorias, establece expresamente que antes de iniciarse el juicio, o durante su desarrollo, a solicitud del interesado pueden decretarse todas las medidas necesarias para mantener la situación de hecho o de derecho existentes, así como para garantizar las resultas de una sentencia ejecutoria. Asimismo, establece que dichas providencias se decretarán sin audiencia de la contraparte. Por su parte, el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido en la tesis de jurisprudencia 21/98, que las citadas medidas cautelares constituyen medidas provisionales que se caracterizan generalmente, por ser accesorias y

sumarias y sus efectos provisionales quedan sujetos, indefectiblemente, a las resultas del procedimiento administrativo o jurisdiccional en el que se dicten, donde el sujeto afectado es parte y podrá aportar los elementos probatorios que considere convenientes, de tal forma que para la imposición de esas medidas no rige la garantía de previa audiencia. Luego, si con fundamento en el numeral citado un cónyuge promueve ante el Juez competente providencias precautorias a efecto de obtener la guarda y custodia de menores de edad, resulta incuestionable que para decretar la medida solicitada no existe obligación de otorgar la garantía de audiencia a favor del cónyuge afectado y de los menores involucrados. No obstante lo anterior, como uno de los requisitos para decretar la medida cautelar es que esté justificada la necesidad de la misma, el Juez atendiendo a las circunstancias del asunto y a los intereses superiores del menor, podrá determinar en qué caso la audiencia que se dé en su favor debe ser previa y cuándo deberá primero lograr el aseguramiento del infante para escucharlo con posterioridad.

PRIMERA SALA

CONTRADICCIÓN DE TESIS 141/2002-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Cuarto y Quinto, ambos en Materia Civil del Tercer Circuito. 21 de abril de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Rogelio Alberto Montoya Rodríguez.

Tesis de jurisprudencia 28/2004. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintiuno de abril de dos mil cuatro.

Localización: Jurisprudencia, 9a. Época; Tribunales Colegiados de Circuito.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIX, Mayo de 2004; Pág. 1548

MENORES. DEBE REPONERSE EL PROCEDIMIENTO A FIN DE QUE EL JUEZ NATURAL RECABE LOS MEDIOS PROBATORIOS NECESARIOS PARA DETERMINAR LO CONDUCENTE DE MODO INTEGRAL Y COMPLETO SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA DE AQUÉLLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

En asuntos donde se resuelve respecto de la guarda y custodia, es obligación de la autoridad responsable ordenar al Juez natural la reposición del procedimiento a fin de que éste, de manera oficiosa, recabe los medios probatorios encaminados a obtener mayores elementos para conocer y decidir jurídica y objetivamente lo más benéfico para el menor o menores hijos de las partes contendientes en relación con la guarda y custodia pues, evidentemente, ello repercutirá en su salud mental y física. Por consiguiente, si bien diversos tribunales federales han sostenido como criterio preponderante que cuando se trata de menores de corta edad, lo más benéfico para su desarrollo físico-emocional y su estabilidad psicológica es que queden bajo el cuidado de la madre, no obstante tal predisposición debe aplicarse en forma moderada y no indiscriminadamente en todos los casos, porque resulta patente el deber del juzgador de tomar en cuenta, ante todo, el interés del menor o menores sobre cualquier otro aspecto. Así, al tener importancia prioritaria lo que más beneficie a los infantes, sólo de manera secundaria prevalecería el interés de las personas con derecho a reclamar su custodia, a pesar de existir, como se anotó, la presunción de ser la madre la más apta y capacitada para tener bajo su cuidado a dichos menores, precisamente, porque si bien ello tiene sustento en la realidad social y en las costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional, en tanto, casi siempre, corresponde a la madre su atención y

cuidado, lo relevante consiste en que reviste mayor trascendencia el interés supremo del o los menores involucrados, en mérito de que las actividades de ambos padres son complementarias de la atención y cuidado de aquéllos. Entonces, en orden con lo precedente, deviene innegable la necesidad de recabar oficiosamente los medios probatorios encaminados a desentrañar lo que resulte más benéfico para el menor de edad, por lo que si éstos no se aportaron, debe ordenarse a la Sala Familiar que mande reponer el procedimiento a efecto de que, como se precisa, el Juez natural disponga lo necesario a fin de que se recabe la opinión de expertos en materia de psicología y de trabajo social, en relación con ambos padres y, por lo que hace al infante, en materia de psicología, así como cualquier otra probanza indispensable, como sería escuchar al menor y, a su vez, dar intervención representativa al Ministerio Público, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 267 del anterior Código Civil para el Estado de México (actualmente 4.96), para de esa forma contar con los elementos propicios a fin de estar en las condiciones básicas que permitan al juzgador primario y a la autoridad de alzada conocer de manera objetiva su entorno social, salud, sensibilidad motora y de pensar, costumbres y educación, incluso, en su caso, la conservación de su patrimonio, para resolver lo más benéfico sobre la guarda y custodia de todo menor, lo que el Estado debe realizar para que la sociedad no resulte afectada en casos como el indicado, máxime si lo anterior es de orden público.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO

Amparo directo 743/2002. 3 de diciembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Sonia Gómez Díaz González.

Amparo directo 801/2002. 18 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Noé Adonai Martínez Berman. Secretario: Saúl Manuel Mercado Solís.

Amparo directo 165/2003. 1o. de abril de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Aimeé Michelle Delgado Martínez.

Amparo directo 363/2003. 17 de junio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Noé Adonai Martínez Berman. Secretario: Everardo Mercado Salceda.

AMPARO DIRECTO 316/2003. 26 de agosto de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Javier Cardoso Chávez. Secretario: Vicente Salazar López.

Localización: Jurisprudencia; 9a. Época; Tribunales Colegiados de Circuito; Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XVIII, Agosto de 2003; Pág. 1582

MENORES DE EDAD. EL JUEZ ESTÁ OBLIGADO, AUN DE OFICIO, A ESCUCHARLOS EN CUALQUIER JUICIO DONDE TENGA QUE RESOLVERSE SOBRE LA PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, ASÍ COMO AL MINISTERIO PÚBLICO DE LA ADSCRIPCIÓN, TENIENDO EN CUENTA LA FACULTAD QUE TIENE DE VALERSE DE CUALQUIER MEDIO A FIN DE SALVAGUARDAR EL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).

De la interpretación conjunta y sistemática de los artículos 157 y 345 del código sustantivo civil para el Estado de Veracruz, 225 y 226

del ordenamiento procesal respectivo, debe entenderse que en todos aquellos juicios civiles donde tenga que resolverse sobre la patria potestad, guarda y custodia de menores de edad, sin importar la acción intentada, el juzgador, aun de oficio, debe escucharlos, a fin de evitar conductas de violencia familiar y normar correctamente su criterio sobre la situación que guardan con sus progenitores, así como al Ministerio Público de la adscripción ante el desacuerdo de los cónyuges sobre ese tenor, teniendo en consideración, además, la facultad de poder valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, cosa o documento conducente al conocimiento de la verdad, como podría ser, a guisa de ejemplo, la investigación de trabajadores sociales, análisis psicológicos en relación no sólo con el menor sino también con los padres, apoyándose para ello en instituciones como el Desarrollo Integral para la Familia (DIF) o los servicios de salud pública, sin importar que el artículo 157 del código sustantivo civil, sólo refiera a los asuntos de divorcio, pues en el caso opera el principio jurídico de que donde impera la misma razón debe aplicarse la misma disposición, todo con el fin de salvaguardar el interés superior de los menores.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEPTIMO CIRCUITO

AMPARO DIRECTO 1020/2002. 26 de septiembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretario: Omar Liévanos Ruiz.

Amparo directo 1088/2002. 24 de octubre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Isidro Pedro Alcántara Valdés. Secretaria: María Concepción Morán Herrera.

Amparo directo 992/2002. 31 de octubre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretario: Lucio Huesca Ballesteros.

Amparo directo 1502/2002. 27 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretario: Lucio Huesca Ballesteros.

Amparo directo 422/2003. 22 de mayo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretario: Omar Liévanos Ruiz.

Localización: Tesis Aislada; 9a. Época; Tribunales Colegiados de Circuito; Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XVII, Junio de 2003; Pág. 993

GUARDA Y CUSTODIA. ES CORRECTA Y LEGAL LA DETERMINADA EN FAVOR DE LA MADRE, SI PRIMORDIALMENTE ELLO BENEFICIA AL MENOR.

Tratándose de un juicio donde se discuta el ejercicio de la guarda y custodia de un menor, la cual queda a cargo de la madre, y en el hogar o domicilio respectivo vive el infante junto con sus hermanas, sin demostrarse que tal situación pudiere causar algún daño o tener una influencia negativa en el desarrollo físico, emocional e intelectual de dicho menor, debe estimarse adecuado y acorde a la ley lo decidido por la responsable al confirmar dichas guarda y custodia a favor de la progenitora, sobre todo si la controversia no se sustentó en la falta de las condiciones ideales sobre dicha convivencia familiar en ese núcleo, aunado ello a que el pequeño interesado ha externado su deseo de

estar al lado de su madre, por prevalecer un mejor clima de convivencia en dicho ambiente familiar primario conformado además por las hermanas, lo cual incuestionablemente le favorecerá y no es contrario a los principios de legalidad y de seguridad jurídica; salvo que de las actuaciones relativas se advirtiera la necesidad imperiosa de recabar pruebas oficiosamente en dicha temática.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO

Amparo directo 80/2003. 3 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretario: Faustino García Astudillo.

Localización: Jurisprudencia; 9a. Época; Tribunales Colegiados de Circuito; Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XVI, Octubre de 2002; Pág. 1206

GUARDA Y CUSTODIA. DEBE DETERMINARSE CONSIDERANDO EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CONFORME A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

El derecho a la guarda y custodia de una niña, niño y adolescente, implica considerar no sólo las pruebas ofrecidas por las partes con las que pretendan demostrar una adecuada capacidad para el cuidado del menor, sino que atendiendo al beneficio directo de la infancia, el juzgador también debe considerar el interés superior de la niña, niño y adolescente como presupuesto esencial para determinar quién tiene derecho a la guarda y custodia. Ello, porque conforme a lo dispuesto por el artículo 4o. constitucional que establece el desarrollo

integral, el respeto a la dignidad y derechos de la niñez, así como los artículos 3o., 7o., 9o., 12, 18, 19, 20 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México el veintiuno de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, que establece que los Estados garantizarán que los tribunales judiciales velen por el interés superior del niño, los juicios en los que se vean involucrados derechos inherentes de las niñas, niños y adolescentes, como el caso en que se demande la guarda y custodia, debe tenerse como presupuesto esencial el interés superior del niño y darle intervención al Ministerio Público, para que en su carácter de representante de la sociedad, vele por los derechos de los infantes y adolescentes.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO

Amparo directo 170/2000. Adrián Escorcía Martínez y otra. 1o. de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe Alfredo Fuentes Barrera. Secretaria: Cristina García Acuautla.

Amparo directo 935/2000. Rosa María Reyes Galicia y otro. 17 de octubre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: Yolanda González Medrano.

Amparo directo 980/2000. Geni Vega Espriella. 26 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: Yolanda González Medrano.

Amparo directo 701/2001. Ignacio Alfaro Hernández. 29 de enero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: E. Laura Rojas Vargas.

AMPARO DIRECTO 367/2002. Carlos Octavio Juárez González. 9 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Fernando García Quiroz, secretario de tribunal autorizado por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretario: Jorge Luis Mejía Perea.

Localización: Tesis Aislada; 9a. Época; Tribunales Colegiados de Circuito; Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XVI, Octubre de 2002; Pág. 1405

MENORES DE EDAD. SU OPINIÓN, AUNQUE NECESARIA, NO ES PREPONDERANTE PARA DECIDIR SOBRE SU GUARDA Y CUSTODIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).

La interpretación sistemática de los artículos 133 y 157 del Código Civil del Estado permite establecer que en la sentencia de divorcio se fijará en definitiva la situación respecto a la patria potestad y la custodia de los hijos; asimismo, que el Juez durante el procedimiento, de oficio o a petición de parte, se allegará los medios necesarios para ello, debiendo escuchar a ambos progenitores y a los menores, a fin de justificar la necesidad de la medida y, en todo caso, con el propósito de proteger el derecho a la convivencia con los padres procurando, hasta donde lo estime oportuno, respetar la elección de los propios hijos expresada libremente, salvo que exista peligro para el menor. Sin embargo, aun cuando la voluntad del hijo debe ser tomada en cuenta, esa sola exteriorización no puede ser determinante para que el juzgador decida su situación, pues debe analizar cuidadosamente las circunstancias particulares del caso concreto a través de todos los medios probatorios que obren en autos, para sustentar el delicado asunto de decidir sobre su guarda y custodia, que implica

esencialmente su vigilancia, protección y cuidado, como medios para educarlos física y espiritualmente a efecto de procurarles un óptimo desarrollo integral, cuestión que debe responder a un interés superior al individual y a la voluntad de las partes con la finalidad de alcanzar el objetivo para el cual fue creada esa figura y no hacerlo sólo conforme a los deseos de una de las partes. Así, sólo tendría especial preponderancia la voluntad del menor cuando (no obstante la propuesta de circunstancias privilegiadas) se niega a irse con quien le hace el ofrecimiento, porque es ante esta eventualidad cuando sí resulta fundamental e indispensable respetar esa manifestación y conocer los motivos que justifiquen su negativa; de lo contrario, so pretexto de mejores condiciones, se estaría obligando al menor -contra su voluntad- a una situación no deseada; fuera de ello, no basta que el menor decida irse con uno de los padres y que éste goce de una situación económica más holgada para estimar, por ese solo hecho, que sea adecuado otorgarle la guarda y custodia, sino que es indispensable analizar el entorno en el cual se encuentra y en el que, en su caso, se desenvolvería junto con el progenitor que elija, para tomar la decisión que le sea más favorable.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEPTIMO CIRCUITO

Amparo directo 348/2002. Rosario Yamel Galindo Cota, por sí y en representación de su menor hijo Carlos Rodrigo Gutiérrez Galindo. 4 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Mario Alberto Flores García. Secretaria: María de Jesús Ruiz Marinero.

Localización: Jurisprudencia; 9a. Época; Tribunales Colegiados de Circuito; Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XVI, Agosto de 2002; Pág. 1165

MENORES DE EDAD. EN JUICIO SOBRE SU GUARDA Y CUSTODIA ES NECESARIO ESTABLECER UN RÉGIMEN DE CONVIVENCIA CON SUS PADRES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

Conforme a la legislación del Estado de México, el régimen de convivencia de los menores no emancipados encuentra sustento en el artículo 267 del Código Civil, que prevé su instauración y fijación como consecuencia de haberse decretado el divorcio de los padres. No obstante, tratándose de los juicios sobre guarda y custodia de dichos menores, sin duda debe hacerse extensiva la adecuación y aplicación de ese régimen, por actualizarse idénticas situaciones jurídicas y materiales derivadas de la separación de los ascendientes, que si bien como objetivo principal obliga a establecer la guarda del menor a favor de uno de ellos, en forma complementaria conlleva a la necesidad de precisar las circunstancias en torno a las cuales el diverso ascendiente habrá de convivir con los hijos y de cumplimentar sus obligaciones derivadas de la patria potestad que sobre los mismos mantiene.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO

Amparo directo 152/99. Sergio Trejo Cervantes y otra. 3 de noviembre de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Venancio Pineda. Secretario: Baltazar Cortez Arias.

Amparo directo 367/2000. Ernesto Velasco Hernández. 3 de octubre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Javier Cardoso Chávez. Secretario: Javier García Molina.

Amparo directo 226/2002. Abraham Rivas Miguel. 23 de abril de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretario: Carlos Esquivel Estrada.

Amparo directo 234/2002. Blas Bernal Flores. 14 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Javier Cardoso Chávez. Secretario: Everardo Orbe de la O.

AMPARO DIRECTO 270/2002. Antonio García Díaz. 28 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Javier Cardoso Chávez. Secretario: Everardo Orbe de la O.

Observaciones

Nota: La presente tesis procede de la interpretación o aplicación de un Código Civil estatal, no obstante, se relaciona con este artículo en virtud de que el criterio en ella sostenido puede servir de orientación en la materia. Con esto no se pretende plantear una concordancia estricta entre las disposiciones de ambos ordenamientos.

Localización: Tesis Aislada; 9a. Época; Tribunales Colegiados de Circuito; Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XV, Abril de 2002; Pág. 1290

MENORES DE SIETE AÑOS. EL JUEZ DEBE DECIDIR SOBRE SU CUSTODIA DE OFICIO, SIN ESPERAR A LA EJECUCIÓN DE SENTENCIA, CUÁL DE LOS CÓNYUGES DEBE EJERCERLA, PREVALECIENDO EL INTERÉS DE AQUÉLLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).

Los artículos 293 y 635, fracciones I y II, incisos a) y c), del Código Civil para el Estado de Puebla disponen: "Artículo 293. Los negocios familiares se resolverán atendiendo preferentemente al interés de los menores o mayores incapaces o discapacitados, si los hubiere en la familia de que se trate; en caso contrario se atenderá al interés de la familia misma y por último al de los mayores de edad capaces que formen parte de ella." y "Artículo 635. ... I. El padre y la madre convendrán quién de ellos se hará cargo de la guarda del menor y con éste habitará el hijo; II. Si los padres no llegaren a ningún acuerdo: a) Los menores de siete años quedarán al cuidado de la madre. ... c) Los mayores de doce años elegirán cuál de ambos padres deberá hacerse cargo de ellos y si éstos no eligen; el Juez decidirá quién deba hacerse cargo de ellos...". Ahora bien, si la autoridad responsable sostiene que el Juez de primera instancia incumplió con el artículo 463 del Código Civil en comento, porque no oyó a los cónyuges, al menor de siete años y al Ministerio Público y que, por ello, la custodia de dicho menor debe ser decidida en ejecución de sentencia, este criterio es incorrecto, ya que dicho artículo debe interpretarse armónicamente con el contenido de los artículos 293 y 635, fracción II, incisos a) y c), del citado código, que sólo permiten a los hijos mayores de doce años decidir cuál de sus padres debe hacerse cargo de ellos, y es para estos casos en que,

tratándose de divorcio, debe oírse a los cónyuges, menores y Ministerio Público, pues de otro modo se estimaría que los menores de siete años pueden decidir en ese aspecto, resultando innecesaria la disposición contenida en el inciso a) de la mencionada fracción II del artículo 635, que imperativamente señala que los menores de siete años quedarán al cuidado de la madre. En consecuencia, ambos padres no pueden tener la custodia del menor, ni tampoco esperar a la ejecución de sentencia para decidir cuál de ellos debe ejercerla, ya que el Juez debe analizar las circunstancias del caso y resolver a cuál de sus padres corresponde su custodia, atendiendo al interés de los menores.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO

Amparo directo 298/2001. Nohemí Márquez Ávila. 10 de agosto de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretaria: Martha Gabriela Sánchez Alonso.

Observaciones

Nota: Aunque el artículo 635 a que se refiere esta tesis ha sido reformado, el criterio sigue vigente.

Localización: Tesis Aislada; 9a. Época; Tribunales Colegiados de Circuito; Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XV, Febrero de 2002; Pág. 823

GUARDA Y CUSTODIA. EN TRATÁNDOSE DE HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO, DONDE LOS PADRES VIVEN SEPARADOS, EL JUEZ O TRIBUNAL DE ALZADA, AUN CUANDO NO SEA MATERIA DE LITIGIO, DEBEN PROVEER SOBRE AQUÉLLAS.

El artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal prescribe que la sentencia de divorcio fijará en forma definitiva, entre otras cosas, la guarda y custodia de los hijos menores de edad, pero dicho precepto regula los efectos de esa figura jurídica en los matrimonios malogrados, circunstancias que no ocurren cuando se trata de un menor nacido fuera de matrimonio, cuyos progenitores no viven juntos y lo reconocieron en el acto de su registro, situación prevista en el libro primero, título séptimo, capítulo IV, del citado ordenamiento, que en su artículo 380 señala que en tales supuestos los padres convendrán cuál de los dos ejercerá su guarda y custodia, y de no hacerlo, corresponderá al Juez de lo Familiar resolver lo conducente; por lo que si en un contradictorio se declara infundada la acción de pérdida de la patria potestad del menor, en términos del artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, las autoridades del fuero común tienen la obligación de proveer sobre su guarda y custodia, pues el hecho de que no sea materia de la litis tal cuestión, no obsta para que deba determinarse, ya que lo contrario acarrearía inseguridad jurídica al menor, dada la indeterminación de su paradero y en cuál de los padres debe recaer dicha obligación de cuidado, si ambos siguen ejerciendo la patria potestad y pueden exigir fundadamente su guarda y custodia.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

Amparo directo 6626/2000. Socorro Rebeca Celis Hernández y otra. 2 de febrero de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: Abraham Mejía Arroyo.

Localización: Tesis Aislada; 9a. Época; Tribunales Colegiados de Circuito; Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XIII, Junio de 2001; Pág. 663

ALIMENTOS, GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES. EL CONVENIO EN QUE SE PACTAN DEBE CELEBRARSE ANTE LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA Y NO ANTE EL PROCURADOR DE LA DEFENSA DEL MENOR, DE LA FAMILIA Y EL INDÍGENA, COMO ÓRGANO DEL DIF (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).

De la interpretación sistemática de los artículos 116, fracción XI, 117, párrafo primero, ambos del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz y 31, fracción I, de la abrogada Ley Orgánica del Poder Judicial para la propia entidad, de tres de abril de mil novecientos ochenta y cuatro, que en lo sustancial es similar a lo que dispone la fracción I del artículo 68 de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado, publicada en la Gaceta Oficial el día veintiséis de julio del año dos mil, se obtiene que fue voluntad del legislador conferir jurisdicción a los Jueces de primera instancia, entre otras facultades, para conocer de las cuestiones inherentes a la familia. Luego, si los alimentos son de primer orden dentro del núcleo familiar, no hay duda en afirmar que el convenio en que se pacten éstos, así como la guarda y custodia de menores, debe celebrarse ante los Jueces de primera instancia, debido a que por ser autoridades legalmente competentes para conocer de esas cuestiones, se puede exigir el cumplimiento del convenio en el que se pacten, aun en forma coercitiva. Por otra parte, si bien es cierto que el procurador de la Defensa del Menor, de la Familia y el Indígena, como parte integrante del organismo público descentralizado denominado "Desarrollo Integral de la Familia" del Estado de Veracruz, tiene la facultad de proponer a las partes interesadas soluciones

amistosas para el arreglo de sus conflictos y hacer constar los resultados en actas autorizadas, también lo es que la Ley de Asistencia Social que lo crea, no establece un procedimiento coactivo para el supuesto de que alguna de las partes incumpla con las obligaciones pactadas en la solución asentada en el acta respectiva y, por ello, las medidas que se adoptaran para el cumplimiento de tales obligaciones resultarían ineficaces.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEPTIMO CIRCUITO

Amparo directo 59/2000. Artemio Flores Jácome. 26 de octubre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Adrián Avendaño Constantino. Secretario: Israel Palestina Mendoza.

Localización: Tesis Aislada; 9a. Época; Tribunales Colegiados de Circuito; Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo II, Agosto de 1995; Pág. 559

MENORES DE EDAD. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS.

Si bien es cierto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que cuando se trata de menores de edad lo más benéfico para su desarrollo y estabilidad es que se encuentren bajo el cuidado de su madre, también lo es que esto no significa que tal criterio deba aplicarse indiscriminadamente a todos los casos, pues es obligación del juzgador tomar en cuenta, el interés del menor sobre cualquier otro.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 344/95. Elisa Rivera Uribe. 19 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: Laura Rojas Vargas.

Ahora bien se tiene que analizar el acuerdo del Consejo de la Judicatura por medio del cual se aprobó el Reglamento de los Centros de Convivencia del Poder Judicial del Estado de México, ello en virtud de que lo expuesto en el considerando del mismo, es de especial interés en la presente investigación, el cual en el considerando Único dice:

ACUERDO DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA QUE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LOS CENTROS DE CONVIVENCIA FAMILIAR DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO.

C O N S I D E R A N D O

En las controversias relacionadas con el derecho de familia que son del conocimiento de los tribunales judiciales, los sujetos más vulnerables son los menores de edad.

En este sentido, dentro de las medidas provisionales que se determinan al inicio de un juicio familiar relacionado con la disolución del matrimonio, la patria potestad, la custodia de menores o la convivencia paterno filial, los hijos menores de edad quedan bajo la custodia de uno de los ascendientes o de uno de los cónyuges durante el trámite del juicio correspondiente, lo que en definitiva se determina cuando existe una sentencia ejecutoria, en estos casos, por disposición de la ley, al cónyuge que no le asiste la custodia o tenencia material del menor, se le debe autorizar un régimen de convivencias que se debe cumplir en el lugar y durante los días y en el horario establecido

judicialmente, considerando las particularidades del caso, con sujeción siempre al interés superior del menor.

En la legislación sustantiva civil, se consagran derechos y obligaciones para quienes ejercen la patria potestad y se establecen reglas mínimas para que en los casos de separación de quienes la ejerzan, cuando no exista acuerdo sobre la custodia, el juez resolverá considerando siempre para ello el interés superior de los menores, con el imperativo de que quien no tenga la custodia de los hijos le asiste el derecho de convivencia, incluyendo a quienes tengan alguna legitimación para convivir con los menores.

Bajo esta base legal, que se materializa con una resolución judicial donde se involucran intereses de menores sujetos a la patria potestad, la convivencia, generalmente se desarrolla en el domicilio de quien tiene la guarda y custodia de los menores, o bien con la sustracción de éstos del domicilio para que la convivencia se pueda efectuar en otro contexto o espacio diferente que permita fortalecer los vínculos emocionales, psicológicos y de relación de los menores con sus progenitores.

La legislación en la materia, si bien incide en resolver el problema jurídico que surge en el seno familiar, dada la existencia de diversos tratados internacionales que vinculan al Estado Mexicano y a sus autoridades a garantizar el interés superior de los menores, debe buscar los mecanismos que permitan garantizar una sana y eficaz convivencia del menor con sus progenitores, y que a la vez propicien al juzgador dar seguimiento al cumplimiento de las determinaciones que sobre el particular emita.

En este sentido, se debe proporcionar a la sociedad un espacio propicio que permita a los progenitores, o a quienes les asista el derecho de convivencia, llevar a cabo estos encuentros, que es donde encontramos el punto delicado de las relaciones familiares quebrantadas por los conflictos entre los padres, que ha llegado a generar lo que hoy conocemos como el Síndrome de Alienación Parental (SAP), identificado como una afectación que surge, entre otros, en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños, cuando éstos sufren la manipulación de uno de los padres para ser usada en contra del otro y así satisfacer los intereses del primero.

Se hace imprescindible tomar en cuenta los siguientes aspectos que llevaron en el Distrito Federal a crear la Ley de Justicia Familiar, razón por la que la misma se transcribe en su totalidad, dada la importancia que ésta reviste.

SEMINARIO CHILDWATCH INTERNATIONAL- MÉXICO; LA JUSTICIA FAMILIAR Y LA PRESERVACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS EN EL DISTRITO FEDERAL

Mtra. Rebeca Pujol

Sabemos que la justicia en términos generales, es dar a cada quien lo que le corresponde; impartir justicia se refiere a la resolución de controversias a través de procedimientos previamente establecidos en la ley. (Cfr. Germán Fernández Aguirre. *El sistema de justicia en México. Conferencia Magistral expuesta en el Foro “La justicia mexicana hacia el siglo XXI”*, organizado por la UNAM y Senado de la República. México, 1997. págs. 31-39)

Ahora bien, la impartición de la justicia familiar se encuentra a cargo de los Tribunales en materia de familia. El sistema de justicia en el Distrito Federal en la rama familiar se compone de 40 juzgados familiares y son aquellos que conocen de los juicios y controversias en materia familiar, en primera instancia; los jueces familiares son los encargados de dirimir los conflictos familiares que se les plantean, es el juez familiar quien resuelve y aplica las normas en cada caso concreto.

En la segunda instancia, conocen de los juicios familiares, las Salas familiares, que son cuatro y las cuales se encuentran integradas, cada una de ellas por tres Magistrados o Magistradas, o de manera mixta, por eso se dice que las Salas Familiares son órganos colegiados. Las Salas Familiares conocen del recurso de apelación, cuya función es confirmar, modificar o revocar las sentencias que dictan los jueces de primera instancia, es decir, la función de las Salas Familiares es una función revisora, que consiste precisamente en revisar las sentencias que emiten los jueces de primera instancia. Así, tanto los juzgados como las Salas familiares en el Distrito Federal, son los encargados de impartir justicia en las controversias o juicios en materia familiar que son sometidos a su conocimiento y jurisdicción.

Por lo que hace al Estado de Morelos, se cuenta dentro del Primer Distrito Judicial, con cinco juzgados especializados en materia familiar, habiendo en Segunda Instancia Salas Mixtas, que conocen de diversas materias, incluida la familiar, lo cual no es obstáculo para que se dé la debida atención en tratándose de asuntos en los que estén de por medio los niños y las niñas.

Ahora bien, debemos decir que la Convención de los Derechos del Niño suscrita por nuestro país, ha permitido también una gran labor legislativa, es decir, tanto en la materia federal como en la materia local

se ha legislado ese punto tan delicado y olvidado, que eran los derechos de los niños y las niñas, así tenemos que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó la Ley de los derechos de los niños y las niñas en el Distrito Federal, mientras que en el Congreso se aprobó la Ley de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes, pero además esta nueva legislación permitió a su vez, regular los derechos de las niñas y los niños tomando como base la teoría de la protección integral que concibe a las niñas y niños desde tres importantes vertientes:

1. El interés superior de la niña o niño;
2. Los niños y niñas como sujetos de derecho y
3. El ejercicio de los derechos fundamentales de las niñas y niños, por encima de cualquier otro interés, incluyendo el de sus padres.

III.4 El interés superior de las niñas y niños.

Se habla mucho de este concepto en foros, en los medios de comunicación, por la doctrina, sin embargo, dicho concepto no ha sido definido en toda su dimensión, luego entonces, ¿qué podemos entender por interés superior del menor? En términos generales podemos decir que el interés superior del menor es precisamente, la atención que el Estado debe proporcionar a la infancia para efecto de garantizar su desarrollo integral, tanto físico como emocional, que les permita alcanzar la edad adulta y una vida sana. Esta obligación del Estado la

encontramos establecida en el artículo 4º. Constitucional, que en su parte relativa establece:

“El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos” (Artículo 4º. Constitucional. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Pág. 4.)

Como se desprende del párrafo anterior del artículo 4º. Constitucional, el Estado debe ser garante de los derechos de la infancia, por lo que los tres poderes, tanto el legislativo, el judicial y el ejecutivo, dentro de sus respectivas esferas de competencia deben garantizar ese interés superior de la niñez.

Por su parte, el poder ejecutivo, dentro de su esfera de competencia, también se encuentra obligado a proteger y garantizar los derechos de los niños, así tenemos diversas instituciones dedicadas a tal fin, sin embargo, por la temática que se aborda, tomamos en cuenta: El DIF (Desarrollo Integral de la Familia), La Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, dependiente del DIF, Los Consejos Locales de Tutela, La Procuraduría General de la República, en materia federal y en materia local, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, La Procuraduría General de Justicia del Estado de Morelos, Procuraduría de la defensa del menor, entre otras. En los Tribunales Superiores de Justicia del Distrito Federal y las entidades federativas, se encuentra adscrito a cada Juzgado Familiar, un agente del Ministerio Público, toda vez que en nuestro sistema jurídico, los Ministerios Públicos son los representantes de la sociedad y con tal carácter también representan a las niñas y niños en los juicios de orden familiar, son ellos los encargados de vigilar la legalidad de los procesos en los cuales se encuentren involucrados los derechos de la infancia, por ello

es una gran responsabilidad la función que desempeñan estos funcionarios en los juicios de índole familiar.

a) Las niñas y niños como sujetos de derechos.

Esta vertiente permite considerar a la infancia partiendo de los principios fundamentales de los derechos humanos:

1. El derecho de igualdad ante la ley, y;
2. La no discriminación, por su condición de niño o niña.

Estos dos puntos están referidos a que la infancia tiene los mismos derechos que los de cualquier persona adulta, pero a la vez, tiene el derecho de que le sean reconocidos los derechos que le corresponden por su condición de niña o niño.

De esta forma, la infancia pasa de ser un objeto de protección, para convertirse en sujetos de pleno derecho que deben recibir protección integral, la cual el Estado y la sociedad deben garantizarles.

- EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS NIÑAS Y NIÑOS (Por encima de cualquier otro interés, incluyendo el de sus padres.)

Este punto es sumamente importante, pues al ser la infancia concebida ya como sujeto de derecho, los niños y niñas pueden ejercerlos en todos los juicios en que se vean involucrados y las autoridades en este caso, las judiciales, están, no sólo obligadas a garantizar ese ejercicio, sino a velar porque el mismo se cumpla, en los juicios en donde se involucren derechos de la infancia, de tal manera

que dichas autoridades judiciales están obligadas a realizar todas las diligencias necesarias, allegarse de elementos y pruebas e incluso a suplir la deficiencia de la queja en los juicios correspondientes, procurando siempre, salvaguardar el interés superior del niño o niña y a garantizar el ejercicio de sus derechos. Cuando se anteponen los derechos de la infancia con los de sus padres, la autoridad judicial tiene obligación de ponderar por encima de cualquier otro, ese derecho infantil, podemos citar un ejemplo, cuando estamos ante la presencia de un juicio sucesorio, en donde tanto el niño o la niña son declarados herederos y en el mismo juicio sucesorio su madre también es declarada heredera, en este caso, debe nombrarse un tutor, pues pueden existir intereses contradictorios, entre madre e hijo o hija, así, la ley, en este caso los Códigos Civil y Familiar garantizan el ejercicio pleno de los derechos de la infancia.

Además de la importancia de los aspectos señalados en puntos que anteceden, debemos hacer resaltar un aspecto de suma importancia, como son los derechos de los niños y las niñas, ya que de éstos surgen algunas interrogantes como las siguientes:

- ¿Cuáles son los derechos de los niños y las niñas que la autoridad judicial, es decir, los jueces y magistrados familiares deben preservar?;

- ¿En los juzgados y salas familiares se genera esa protección y preservación de los derechos de los niños?

- ¿Cómo ejercen plenamente los niños sus derechos, tanto en los juzgados como Salas Familiares de Segunda Instancia?

- ¿Qué podemos hacer cuándo no se han respetado y preservado los derechos de los niños y niñas por alguna autoridad judicial en algún juicio familiar?

- Veamos entonces ¿cuáles son los derechos de los niños y niñas que los jueces y magistrados familiares deben preservar?

Todos, al mencionar todos los derechos de niñas y niños, nos referimos a toda la legislación, tanto local como federal, que regula esta rama del derecho consistente en los derechos de los niños y las niñas.

En cuanto a los sujetos de derecho, que son las niñas y niños de este país, nos referimos a todos los niños y niñas; en este punto, la ley no admite excepción alguna, todos los niños y niñas de este gran país que es México, tienen derecho a que se les preserven sus derechos: niñas y niños indígenas, discapacitados, en situación de calle, etc., respecto a la preservación de los derechos de las niñas y los niños en los Tribunales Superiores de Justicia tanto del Distrito Federal como en el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos, ha sido una constante preocupación.

Dentro de estos Tribunales Superiores se han instruido a los funcionarios judiciales, tanto jueces como magistrados familiares a impartir la justicia familiar tomando en cuenta, en primer lugar, el interés superior de los menores y, en segundo lugar, a preservar los derechos de las niñas y niños que comparezcan a juicio en cada juzgado o Sala Familiar, con un respeto total a sus garantías y al ejercicio pleno de sus derechos, tal y como se encuentran establecidos en las diversas leyes de la materia.

Así, se ha hecho en estos Tribunales e incluso otros más en el país, pero también debemos reconocer que existen factores que en ocasiones impiden que se satisfaga esa situación, pues a veces el gran cúmulo de trabajo existente en los tribunales, rebasa la actividad del juzgador familiar. Otro elemento importante que cuenta mucho para efecto de la preservación de los derechos de los niños, consiste en romper inercias, pues existen juzgadores familiares con una concepción ideológica tradicional que aún creen que los niños y las niñas no son sujetos de derecho, sino son objeto de protección, puesto que son incapaces, tanto natural como jurídicamente, pues por su natural edad, no pueden defenderse por sí mismos y mucho menos hacer valer sus derechos y exigir sus obligaciones. Estos juzgadores, que afortunadamente son los menos, proponen que los niños deben ser representados por sus padres en el juicio respectivo y ser estos últimos quienes decidan sobre sus derechos y su vida.

Un último factor al que nos queremos referir es la situación parental de la familia, es decir, la relación que los padres en conflicto establecen con sus hijos; muchas veces son los padres quienes de manera directa impiden el pleno ejercicio de los derechos de sus hijos, pues se encuentran tan ocupados en sus problemas personales, normalmente con el otro cónyuge o concubino, librando una lucha terrible, como en el supuesto del divorcio, midiendo el poder de uno sobre otro, que lo que menos les importan son sus hijas o hijos.

Los citados desencuentros nos llevan a encontrarnos ante la presencia de verdaderas pasiones humanas, que no se percatan que en lo áspero de la pelea, existen personitas que dependen de ellos física y emocionalmente, que sólo surgen en ese violento escenario para perjudicar al otro, es decir, utilizan a los hijos como escudos o armas para atacar o defenderse de sus mutuas acusaciones. Así,

cuando un juez familiar llama a juicio a un menor para que comparezca a expresar su opinión, para convivir con el padre o madre que no tenga la guarda y custodia de dicho infante, simplemente el padre que lo tiene bajo su guarda y custodia, no presenta a la niña o niño ante el juez, haciendo de esta forma nugatorio su derecho para expresar ante el juez su opinión respecto de su conflictiva familiar. En muchas ocasiones, el juzgador familiar debe incluso defender a los niños o niñas de sus propios padres.

El artículo 4º. Constitucional, en la parte referente a los derechos de los niños y las niñas establece como garantía para éstos, lo siguiente:

“Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral” (Artículo 4º. Constitucional. Idem.)

Tomando como base el anterior precepto constitucional, podemos ahora señalar los derechos de los niños y niñas que más frecuentemente se presentan en el Tribunal, fundamentalmente en juicios de divorcio, de alimentos, guarda y custodia, visitas y convivencias, reconocimiento o impugnación de la paternidad, pérdida de la patria potestad y controversias familiares en general.

Tales como:

- El derecho a expresar su opinión, en cualquier juicio de carácter familiar, en que el niño o niña se vea involucrado.

Este derecho reconoce que los niños y las niñas pueden comparecer ante el Juez o Magistrado Familiar que conozca de un

juicio, en el cual concierne a sus derechos y los niños y las niñas pueden manifestar ante dicho funcionario su sentir acerca del asunto, su deseo de vivir con alguno de sus progenitores, de opinar acerca de las convivencias con el progenitor que no le tenga bajo su guarda o custodia y en general, de cualquier situación que se ventile en el juicio de que se trate y que pueda llegar a afectar a la niña o niño. Dicha comparecencia del niño o niña debe ser necesariamente ante el Ministerio Público adscrito al Juzgado o Sala Familiar y es aconsejable, que el Juez o Magistrado se auxilie de un perito psicólogo, para efecto de que le ilustre al juzgador en cuanto a conductas y comportamientos asumidos por el propio niño o niña y por sus padres; aspectos que conllevan a poner mayor atención en la forma de intervención y trato que se le dé al niño o niña que precise de ser presentado para que también exprese su sentir frente a las autoridades.

b) Derecho de comparecer ante el juez de Primera Instancia.

Al abordar este derecho, nos lleva necesariamente a referirnos al derecho de la niña o niño de presentarse ante el juez de primera instancia, que es el juzgador que denominamos juez natural o juez de origen, por ser él, el funcionario judicial que conoció primero el juicio donde se involucran derechos de un niño o niña. Es importante resaltar, que la comparecencia del infante debe ser precisamente ante el Juez que está conociendo del juicio familiar y no debe comparecer ante los colaboradores o secretarios del Juez, toda vez que quien va a tomar las decisiones fundamentales que deben beneficiar al niño o niña es el Juez, debe ser él quien conozca al infante y su conflictiva familiar para que se encuentre en posibilidad de conocer de cerca y entender la misma y conforme a Derecho y atendiendo al interés superior de la niña o niño, resuelva lo que más convenga a éstos, con estricto apego a la ley.

c) Derecho a la legalidad del procedimiento.

Como consecuencia de lo mencionado en el punto anterior, el derecho a comparecer ante el Juez natural, se desprende a su vez del derecho que tiene todo infante y toda persona, de ser sujetos de la legalidad del procedimiento, que consiste en que cualquier procedimiento donde se encuentren involucrados derechos de la niñez, así como la concurrencia a dicho procedimiento del infante, o bien, las decisiones que pueda tomar el juez familiar, tanto provisionales durante el procedimiento, como definitivas y que puedan llegar a afectar a dicho infante, deben estar previamente establecidas en la ley, pero además deben observarse las formalidades establecidas en la misma, como sería por ejemplo, que en la comparecencia del menor en el Juzgado o Sala Familiar, debe estar presente necesariamente el Ministerio Público, pues en caso de que dicho funcionario no se encuentre presente por cualquier causa, será necesario señalar una nueva comparecencia donde el Ministerio Público haga acto de presencia. El Juez debe estar atento y cuidar que este derecho efectivamente, se cumpla.

d) Derecho a ser alimentados.

El precepto cuarto constitucional citado en líneas que anteceden, ordena que los niños y las niñas tienen derecho a que se les satisfagan sus necesidades; igualmente, el Código Civil del Distrito Federal y Familiar del Estado de Morelos, regulan esta situación, en el sentido de que el niño o niña de que se trate, tienen derecho a los alimentos, así lo regulan los artículos 303 del Código Civil del Distrito Federal y del Código Familiar para el Estado de Morelos, que establecen respectivamente: *“Los padres están obligados a dar alimentos a sus*

hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado” (Artículo 303. Código Civil del Distrito Federal. Pág. 57.) “ARTÍCULO 38.- OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DE LOS ASCENDIENTES. Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado.” (Artículo 38 Código Familiar para el Estado de Morelos. Pág. 15.)

Podemos percatarnos que la legislación familiar garantiza al niño o niña su derecho a ser alimentado por sus padres, es decir, a que se le proporcione una pensión alimenticia que comprenda la comida, el vestido, la habitación, la atención médica y hospitalaria, así como los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales. En caso de que los padres falten o bien, por imposibilidad de éstos, esta obligación recae en los demás parientes del infante.

e) Derecho a conocer su origen genético.

Todo niño o niña tienen derecho a formar parte de una familia, ser miembro de la misma y conocer a sus padres y a su familia extensa, paterna y materna, es decir, abuelos, primos, tíos, etc., es decir, a conocer a la familia de la cual proviene el infante. Sin embargo, muchas veces esta situación por desgracia no es así de sencilla, pues existe una gran cantidad de niños y niñas que no son reconocidos o reconocidas por sus padres, y muchas veces, por problemas entre éstos, el niño carece de padre o de madre, en ocasiones de ambos; en algunos casos hay certeza de quién es el padre, pero éste se niega a reconocerlo por problemas ajenos al menor y se debe entonces intentar

el juicio de reconocimiento de paternidad; otras veces, el niño o la niña han sido reconocidos por su padre, pero de nueva cuenta, por problemas ajenos a los niños y niñas, el padre promueve un juicio de desconocimiento de la paternidad, es entonces cuando intervienen los peritos en materia de medicina, para efecto de practicar la prueba del ADN, que es aquella que permite establecer la filiación entre padre e hijo, por medio de un estudio precisamente del ADN, para que el Juez familiar tenga absoluta certeza de la paternidad del presunto padre. Aspectos y prueba permitida por la ley familiar.

f) Derecho a tener relación y convivencia con sus padres y sus parientes.

Finalmente nos referiremos a este derecho de tener relaciones y convivencia con sus padres y demás parientes, para un sano e integral desarrollo de las niñas y niños. Lo encontramos regulado en el artículo 417 del Código Civil y el artículo 205 del Código Familiar, que a la letra dicen, respectivamente:

“Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos.”

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

ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.” (Artículo 417 Código Civil., pág. 68.)

“ARTICULO 205.- DERECHOS Y DEBERES DE LOS PADRES PARA CON LOS HIJOS. Las facultades que la Ley atribuye a los padres respecto de la persona y bienes de los hijos se les confieren a través de su ejercicio para que cumplan plenamente con los deberes que les imponen la paternidad y la maternidad, entre los cuales se encuentran los de proporcionar a los hijos:

I.- Un ambiente familiar y social propicio para lograr en condiciones normales el desarrollo espiritual y físico de éstos;

II.- Una educación en los términos del artículo 102 de este ordenamiento.

III.- Una conducta positiva y respetable que sirva de ejemplo a éstos y coadyuve a realizar las finalidades de la paternidad y de la maternidad;

IV.- Los alimentos, conforme a lo dispuesto en el Capítulo III, Título segundo, Libro segundo de este Código; y

V.- Una familia estable y solidaria de manera que constituya un medio adecuado para el desarrollo del amor y atenciones que requiere el desenvolvimiento de la personalidad de los hijos.” (Art. 205 del Código Familiar del Estado de Morelos, pág. 36)

Todos los niños y niñas en el país tienen derecho a establecer y tener relaciones con sus padres y demás parientes, aunque sus padres se encuentren separados. El derecho de convivencia que este precepto establece no puede ser restringido, salvo que exista peligro para la niña o niño, lo cual debe ser debidamente probado ante el juez de lo familiar, de lo contrario, no se pueden impedir las relaciones entre toda la parentela con él o la infante. Este derecho en especial, permite al niño o niña ir identificando a su grupo familiar, a tener un sentido de

pertenencia a éste, lo que le permite ir adquiriendo una identidad propia y autónoma, lo que repercute para su desarrollo tanto físico como emocional. Corresponde en este momento establecer cómo se genera esa protección y preservación de los derechos de las niñas y niños en los juzgados y salas familiares de los tribunales superiores de justicia del Distrito Federal y entidades federativas.

El Código Procesal Familiar para el Estado de Morelos y el de Procedimientos Civiles del Distrito Federal como en las entidades que contemplan mismas disposiciones, establecen que el juez de lo familiar se encuentra facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias para proteger a la familia, inclusive, el Juez de lo Familiar se encuentra facultado a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho. De igual forma, no se requieren formalidades para acudir ante el juez de lo familiar en asuntos donde se encuentren involucrados derechos de menores.

Ahora bien,

a) Las legislaciones mencionadas permiten intervenir al Juez Familiar y a las Salas Familiares de los Tribunales Superiores de Justicia respectivos, en todo procedimiento que involucre derechos de la niñez y que puedan ser afectados, sin necesidad de formalidad alguna, es decir, que pueden acudir asesorados o no, por un abogado, sin embargo, es recomendable que se presenten acompañados de un profesional del derecho que les oriente. En virtud de esta situación de ausencia de formalidades en estos procedimientos,

b) Los jueces cuentan con la facultad de ordenar cualquier diligencia que estimen necesaria para esclarecer los hechos y alcanzar la verdad jurídica, incluyendo alguna prueba que les permita tener la convicción y certeza de los hechos y los asuntos que le son planteados, de tal manera que esa facultad les permite:

- Ordenar se desahoguen pruebas para mejor proveer, como podría ser la del ADN; así mismo,

- Pueden ordenar la intervención de auxiliares en la administración de justicia para que en caso de que las partes carezcan de los recursos económicos, sean instituciones públicas quienes a través de los profesionales respectivos, elaboren los peritajes necesarios para que el infante no quede en riesgo o pueda alterarse de alguna forma su situación familiar;

- De la misma manera, el juez familiar puede ordenar estudios socio-económicos del lugar donde vive la niña o niño con su familia, o de las casas de sus respectivos padres, para estar en posibilidad de conocer el entorno económico-social en el que el niño o niña se desenvuelve o se desenvolverá y cuál es la mejor opción para el infante:

- En caso de que el Juez Familiar advierta la existencia de peligro del niño o niña con cualquiera de sus progenitores, lo que es muy común en caso de violencia familiar, puede ordenar que la convivencia con su progenitor sea supervisada. El tribunal del Distrito Federal estableció el llamado Centro de Convivencia Familiar Supervisada, "Consuelo Guzmán Medina", en aquellos casos en que el niño o niña corra algún riesgo al convivir con cualquiera de sus progenitores y mientras dicho daño es acreditado en el juicio respectivo, se garantiza

al niño o niña la permanencia de la convivencia con su padre o madre. Esta convivencia es proporcionada por el Tribunal, sin costo alguno para los progenitores denominada supervisada, en virtud de que una trabajadora social o un psicólogo supervisa la convivencia entre progenitor e hijo o hija, para que la misma se lleve a cabo sin alteración alguna para el niño o niña, levantándose al efecto un reporte que menciona cómo se desarrolló la convivencia. Posterior a la convivencia, la Directora del Centro envía al juez el reporte citado, para que el juez tenga conocimiento del desarrollo de la convivencia, y en el momento procesal oportuno pueda tomar las decisiones que mejor convengan al niño o niña. Esta situación garantiza al niño o niña no perder los lazos paterno o materno filiales.

g) Fijación de pensiones alimentarias provisionales y definitivas.

El juez familiar con los elementos que le son planteados en la demanda de alimentos o en la comparecencia respectiva, fija una pensión provisional a favor del niño o niña involucrados en el juicio, durante el procedimiento y finalmente al término del juicio, con las pruebas que le aportaron las partes durante éste, fija la denominada pensión alimenticia definitiva, garantizando así el derecho del niño o niña a ser alimentado.

Igualmente, para proteger y preservar los derechos de los niños y niñas en el Distrito Federal, el Tribunal Superior de Justicia creó la Subdirección de Evaluación Psicológica del Distrito Federal, cuya función consiste en atender todas las peticiones de los jueces y magistrados familiares en todos aquellos procedimientos, donde se requieren conocimientos especiales en psicología, para efecto de que elaboren los peritajes respectivos, así como para acudir a audiencias

donde comparezcan infantes y los padres de éstos. El servicio que realiza la subdirección mencionada, también es gratuito. Éstas se cumplimentan, protegen y preservan los derechos de las niñas y niños en el Tribunal Superior de Justicia, por parte de los Magistrados y Jueces Familiares.

CAPÍTULO IV. Conclusiones.

Es importante señalar que las presentes conclusiones tienen como base los anteriores capítulos, principalmente el que antecede, puesto que lo que se pretende con esta propuesta es regular la forma en que se llevarán a cabo las convivencias de los hijos con el padre o madre separada del hogar conyugal, o simplemente que no llegaron a formalizar su situación de pareja y viven separados teniendo hijo o hijos en común.

A nuestro juicio, es de suma importancia tomar en consideración que de los aspectos señalados en puntos que anteceden, debemos hacer resaltar como aspecto primordial los derechos de los niños y las niñas, ya que de éstos, como ya se dijo, surgieron las siguientes interrogantes:

- ¿Cuáles son los derechos de los niños y las niñas que la autoridad judicial los jueces y magistrados familiares deben preservar?;

- ¿En los juzgados y salas familiares se genera esa protección y preservación de los derechos de los niños?

- ¿Cómo ejercen plenamente los niños sus derechos, tanto en los juzgados como Salas Familiares de Segunda Instancia?

- ¿Qué podemos hacer cuándo no se han respetado y preservado los derechos de los niños y niñas por alguna autoridad judicial en algún juicio familiar?

Respecto a la primera interrogante, cabe señalar que al mencionar todos los derechos de niñas y niños, nos referimos, como ya

se precisó, a toda la legislación, tanto local como federal, que regulan este derecho. Consideramos por tanto, sujetos de derecho, a las niñas y niños de este país sin excepción alguna, de tal manera que tienen derecho a que se les preserven sus derechos, tanto dentro del seno familiar como en los Tribunales Superiores de Justicia, de manera específica en el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos,

Por lo que hace a los tribunales, se propone que se instruya a los funcionarios judiciales, tanto jueces como magistrados encargados de la materia familiar a impartir justicia tomando en cuenta, en primer lugar, el interés superior de los niños y niñas, y en segundo lugar, a preservar sus derechos cuando comparezcan a juicio, sea en un juzgado o Sala Familiar, con un respeto total a sus garantías y permitiendo el ejercicio pleno de sus derechos, y conforme a las normas de la materia.

No obsta a lo anterior, que si bien, existen factores que en ocasiones impiden que se satisfaga esa situación, debido al gran cúmulo de trabajo de los tribunales que rebasa la actividad del juzgador familiar, que sin embargo, a través de esta propuesta, no debe ser justificación para no hacerlo, considerando que debe prevalecer el interés superior de los niños y niñas, de tal manera que para ello, se propone la creación de un Centro de convivencias avalado y supervisado por el propio Poder Judicial del Estado de Morelos, debidamente adecuado para que los niños y niñas puedan convivir con su padre o madre, según sea el caso, en el que existan profesionistas como psicólogos, terapeutas, un funcionario judicial investido de fe pública, a fin de que levante actas circunstanciadas de la forma en que se llevaron a cabo las convivencias, y dar cuenta al juez encargado del asunto; se pretende que dicho centro cuente con todo lo necesario para que el niño o la niña no se sienta agredido en forma alguna, o sienta temor de estar dentro de este centro, sino que permita que se lleve a

cabo un sano esparcimiento, y sobre todo de seguridad para el niño o niña.

Otro elemento importante para el efecto de la preservación de los derechos de los niños, consiste en que debe dejarse de considerar que los niños y las niñas son sólo objetos de protección, por considerarlos incapaces, tanto natural como jurídicamente, pues por su natural edad, se afirma que no pueden defenderse por sí mismos y mucho menos hacer valer sus derechos y exigir sus obligaciones, para lo cual exigen algunos juzgadores, que los niños deben ser representados por sus padres en el juicio respectivo y ser quienes decidan sobre sus derechos y su vida; afirmación del todo equívoca, pues como se ha insistido, los niños y niñas son, sobre tal apreciación, sujetos de derecho, esto es, también tienen derechos y están plenamente facultados para ejercerlos, por tanto, deben ser escuchados en todo momento, siempre y cuando deseen externar su opinión, puesto que tampoco se les debe obligar a proporcionar su opinión; aspectos de los que se propone sean asentados en la ley familiar.

Otro factor importante que se debe tomar en cuenta, es la relación que los padres en conflicto establecen con sus hijos, ya que muchas veces son los padres quienes de manera directa impiden el pleno ejercicio de los derechos de sus hijos, pues se encuentran tan enfrascados en sus problemas que lo que menos les importan son ellos, y en otras ocasiones sólo utilizan a los hijos como escudos o armas para atacar o defenderse de sus mutuas acusaciones. Así, cuando un juez familiar llama a juicio a un niño o niña para que comparezca a expresar su opinión, para convivir con el padre o madre que no tenga la guarda y custodia de dicho infante, simplemente el padre o la madre que lo tiene bajo su guarda y custodia, no los presenta ante el juez, haciendo de esta forma nulo su derecho para expresar ante éste su

opinión respecto de su conflictiva familia. Partiendo de tal circunstancia, se propone la creación de un cuerpo de servidores facultados para investigar y realizar inspecciones al domicilio de los niños y niñas sujetos a juicio, e incluso para trasladar a los infantes al centro de convivencia o en su caso presentarlos ante el juez del conocimiento a fin de que externen su pensar u opinión en presencia de los funcionarios judiciales y el Ministerio Público, todo ello de manera pacífica y amable.

Otro punto muy importante relacionado con este derecho del niño o niña, lo constituye el hecho de que una vez que el Juez o Magistrado ha decidido que lo que más conviene al niño o niña es la visita supervisada, pero que no obstante dicho mandato, al acudir al Centro de Convivencia Familiar Supervisada, el niño o niña puede negarse a convivir con su padre o madre, este derecho debe ser respetado, al igual que su derecho a no manifestar nada sobre el conflicto familiar, el niño o niña puede decir que no quiere convivir con el padre o la madre el día que le corresponda la visita paterno-filial. Nadie puede obligar al infante a una convivencia forzosa, su derecho tiene que ser respetado, y así se debe plasmar en la ley familiar.

Con relación a los adolescentes y su derecho a fijar los días de convivencia con sus progenitores, la conflictiva familiar es muy compleja, en el caso de los adolescentes, pues quienes se encuentran en una edad denominada de la rebeldía, edad que va de los 12 a los 16 años y en las cuales los adolescentes ya tienen sus propios intereses, amigos, incluso compromisos, es muy importante el tacto con que se conduzcan el juez o el magistrado, pues es preferible llegar a un entendimiento entre el padre y el hijo o hija, acordando de común acuerdo el día de las convivencias, pues de imponérselas al adolescente, las mismas se encuentran condenadas al fracaso y la

misma suerte correría el juicio, por lo que resulta muy importante escuchar al adolescente y su opinión sobre la convivencia.

Otras de las propuestas de la presente tesis consiste en que se plasme en la ley familiar, que nadie puede obligar al infante a una convivencia forzosa, su derecho debe ser respetado. Sin embargo, cabe señalar que si bien, debe respetarse el derecho del niño o niña de negarse a convivir con el progenitor que no tenga la custodia, también es cierto que el Juez Familiar debe ser sensible a la problemática de la niñez y tener además, la aptitud suficiente para advertir e identificar cuándo se está ante la presencia de un niño o niña que se encuentra manipulado o manipulada por uno de sus progenitores. En situaciones como ésta, el Juez debe poner especial atención y analizar en forma debida tal situación, para lo cual, en la fecha de la comparecencia del niño o niña, precisa que ordene la presencia de un profesionalista en Psicología que le auxilie y le oriente a fin de tomar una correcta y adecuada decisión encaminada a evitar alguna alteración mayor al infante. En esas condiciones, el juez o magistrado, con la orientación y apoyo psicológico, podrá determinar si el niño o niña se encuentra manipulada, lo cual le permitirá al juzgador, de ser necesaria, mandar se realicen terapias tendentes a liberar al infante de las posibles manipulaciones; en esas condiciones se propone que en tanto se presente dicha circunstancia que la visita sea supervisada en el Centro de Convivencia. Lo anterior es con el objeto de que se garantice un desarrollo integral del menor.

Uno más de los derechos de los niños subsistentes hasta la fecha es la fijación de pensiones alimentarias provisionales y definitivas.

Se estima importante se tome en consideración en la ley, que se ordenen estudios socio-económicos del lugar donde vive la niña o niño

con su familia, o de las casas de sus respectivos padres, para estar en posibilidad de conocer el entorno económico-social en el que el niño o niña se desenvuelve a fin de establecer las acusas que motivan determinadas conductas del infante, que servirán al juzgador a tomar las decisiones más adecuadas para proteger el interés superior del niño o niña

En obvio de circunstancias, dentro de las presentes propuestas, se propone se plasme en la ley el derecho de los niños y niñas a tener relación y convivencia con sus padres y sus parientes, así como el derecho a conocer su origen genético, esto es, que se le oculte el saber quiénes son sus padres biológicos; y para el caso de la existencia de alguna controversia, debe tener el derecho a la legalidad del procedimiento

Así mismo, como ya se indicó en líneas que anteceden, el niño y la niña deben tener el derecho a expresar su opinión, en cualquier juicio de carácter familiar, en que el niño o niña se vea involucrado.

Las anteriores propuestas no impiden que las convivencias de los padres separados se realicen de común acuerdo, respetando los horarios escolares y de descanso (hora de dormir) de los niños y niñas.

Propuestas que se pretende sean plasmadas en la ley familiar y se ajusten a la ley procesal en caso de controversia.

BIBLIOGRAFIA

Berraz, C., *La protección internacional del menor en el derecho internacional privado*, Argentina, UNL, 2000, p. 56.

Blumkin, S.B., “La sustracción internacional de menores”, *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, t. 55, núm. 1, 1995, p. 32.

Cfr. Germán Fernández Aguirre. *El sistema de justicia en México. Conferencia Magistral expuesta en el Foro “La justicia mexicana hacia el siglo XXI”*, organizado por la UNAM y Senado de la República. México, 1997. págs.31-39

Díaz de Guijarro, *Tratado de Derecho de Familia*

Durán Ayago, A., *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, España, Colex, 2004, p. 30.

Ibidem, p. 32.

Durán Ayago, A., op. cit., pp. 91 y 92.

García Cano, S., *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, España, Colex, 2003, pp. 62 y 63.

García Cano, S., op. cit., pp. 64 y 65.

García Cano, S., op. cit., p. 63.

García Moreno, V. C., “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, *Derechos de la niñez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, p. 259.

González Campos, J. et al., *Derecho internacional privado, parte especial*, 6a. ed., España, Eurolex, 1995, p. 381.

González Martín, Nuria, *Familia internacional en México: adopción, alimentos, sustracción, tráfico y trata*, México, UNAM-Porrúa, 2009.

La Justicia Mexicana Hacia el siglo XXI, Seminario Internacional sobre Justicia y Sociedad en México. Ed. UNAM y Senado de la República. México, 1997. 553 pp.

Moya Escudero, M., *op. cit.*, pp. 38 y 39.

Moya Escudero, M., *op. cit.*, p. 40 y Calvo Caravaca *et al.*, *op. cit.*, p. 340.

Moya Escudero, M., *op. cit.*, pp. 40 y 41.

Moya Escudero, M., *op. cit.*, pp. 41 y 42.

Moya Escudero, M. *op. cit.*, p. 42.

PALLARES, Eduardo. *El Derecho deshumanizado*. Ed. Ediciones Botas. México, 1944. 135 pp.

Rivero Hernández, F., *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2007, *op. cit.*, p. 42., p. 56.

Rivero Hernández, F., op. cit., p. 159.

Ibidem, pp. 163 y 164.

Rivero Hernández, F., op. cit., p. 171.

Uriondo de Martinoli, A., “Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores-CIDIP V, México, 1994”, Revista de la Facultad, Argentina, vol. 3, núm. 1, 1995, p. 179; mismas afirmaciones que podemos encontrar en Dreyzin de Klor, A. (coord.), La protección internacional de menores. Restitución, adopción, tráfico. Obligaciones alimentarias, Argentina, Advocatus, 1996, p. 124.

LEGISLACION

1. Código Civil del Distrito Federal
2. Código Civil del Estado de México
3. Código Familiar para el Estado de Morelos
4. Código Procesal para el Estado de Morelos
5. Código de Procedimientos Civiles del D.F.
6. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

WEB

<http://www.iin.oea.org>

Revisado el 20 de junio de 2014.

http://www.uam.mx/cdi/pdf/seminario_chw/01_4.pdf

Revisado el 05 de junio de 2014

http://www.historialago.com/leg_01031_lafamilia_01.htm

Revisado el 05 de junio de 2014

<http://iusromano.blogspot.mx/2012/07/la-familia-en-el-derecho-romano-resumen.html>

revisado el 05 de junio de 2014

<http://www.monografias.com/trabajos88/derecho-romano-tutela-curatela/derecho-romano-tutela-curatela.shtml>

Revisado el 05 de junio de 2014

<http://IUS.SCJN.GOB.MX>

Revisado el 05 de junio de 2014

<http://ius.scjn.gob.mx/paginas/ResultadosV2.aspx?Epoca=3c78fff3f7f&Apendice=1141414141410&Expresion=convivencias%20menores%20hijos&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,Localizacion&TATJ=2&Orden=1&Clase=TesisBL&bc=Jurisprudencia.Resultados&TesisPrincipal=TesisPrincipal&Hits=20>

Revisado el 05 de junio de 2014

<http://sif.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>

Revisado el 05 de junio de 2014

<http://www.edomex.gob.mx/legistelfon/doc/pdf/rgl/vig/rglvig352.pdf>

f

Revisado el 05 de junio de 2014

<http://www.historialago.com> –

José I. Lago, revisada en julio de 2014. Editorial Almena.

<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/69/tc.pdf>

consultada el 27 de junio de 2014. Jiménez García, J. F., Derechos de los niños, 2000, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 12. de parecido pronunciamiento encontramos a Ortiz Ahlf, L., “Los derechos humanos del niño”, Derechos de la niñez, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, p. 244. Por su parte García Cano ha señalado que “Es precisamente esta posición óptima de la Convención, conforme a la cual su objetivo es “aplicarse a un grupo de edad lo más amplio posible”, la que debe guiar la interpretación y aplicación de la normativa internacional in casu”, García Cano, S., op. cit., pp. 64 y 65.