



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

**“PROPUESTA DE REFORMAS AL
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS
CIVILES EN MATERIA DE
GUARDA, CUSTODIA Y
DERECHO DE CONVIVENCIA DE
LOS MENORES SUJETOS A
PATRIA POTESTAD”**

T E S I S

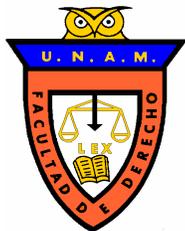
QUE PARA OPTAR AL TÍTULO DE:

**L I C E N C I A D O E N D E R E C H O
P R E S E N T A
G E R A R D O T É L L E Z
G A L I C I A**

Asesor: Lic. Alejandro Torres Estrada

CIUDAD UNIVERSITARIA, D.F.

2006



AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIAS



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

A Dios:

Por haber dirigido mi camino, alumbrándolo cuando este era oscuro, dándome la fuerza para seguir adelante y encontrando en él la fortaleza para lograr llegar a este momento, así como por haberme brindado una familia, salud, amistad y sobre todo esperanza.

A la Universidad, nuestra alma Máter:

" Por mi raza hablará el espíritu " José Vasconcelos

Por que al haberme acogido en tus aulas y espacios, comprendí que mi compromiso con la sociedad mexicana es más grande. Gracias por dejarme ser parte de tu historia.

A la Facultad

"...La JUSTICIA debe prevalecer siempre, pero cuando no se encuentra de manera natural, hay que luchar por encontrarla ..."
En tus aulas aprendí, que la justicia es el equilibrio de toda sociedad, gracias por el conocimiento que en ti encontré.

A mis Papás:

"...Crecer es difícil, el aprender lo es más, pero al pasar del tiempo, siempre hay dos seres que te alientan, te apoyan, te guían y te educan sobre las bases de la rectitud y la honestidad y eso jamás se olvida..."

Por haber sembrado en mí ese espíritu de lucha y perseverancias, que hoy me hace llegar a una meta, que en ocasiones se veía lejana, pero que hoy es una realidad gracias a Ustedes.

A Cristina:

"...Al fin he escuchado la fuente de mis sueños, y cuando ya las fuerzas de este caballero parecían desfallecer, encontré en vuestra frescura la fortaleza que sólo el amor nos puede brindar..."

Por recordarme día a día que la lucha debe ser constante, y que las vicisitudes de la vida, se pueden sortear con una buena compañía, recuerda que no hay nada imposible y siempre hay que correr riesgos por alcanzar aquello que se ve tan lejano.

*A Mis hermanas, Vely y Dany
Gracias, por que sus éxitos me
contagiaron y me alentaron para
lograr mí superación, son parte de
todo, y aunque hay cosas que
cambian, lo que nunca cambiara es
mi amor, mi respeto y admiración
hacia Ustedes.*

*A Jenny y Jessy
Por Ustedes vale la pena luchar, para
que su futuro sea mejor, y siempre
sean respetadas en su persona y en
sus derechos, porque el ser niña o
niño implica libertad, inocencia,
alegría y sobre todo paz para
aquéllos que tenemos la gracia de
compartir con Ustedes su niñez.*

A mis Maestros:

"...El conocimiento es sólo una de las representaciones de la existencia..."

José Vasconcelos

Gracias por sus enseñanzas y conocimientos.

*Al Licenciado Alejandro Torres
Estrada:*

*Por permitirme ser asesorado por un
gran profesionalista, y sobre todo un
magnífico profesor, ya que me
compartió sus conocimientos y
valores; virtudes que me fueron
indispensables para lograr llegar
hasta aquí. Gracias por su tiempo,
dedicación y paciencia que me
brindo incondicionalmente. .*

A mí familia:

*Por que al contar con su apoyo,
logre terminar la etapa que hoy
culmina, esperando que las que sigan
siempre cuente con el mismo apoyo
que hasta ahora me han brindado. .*

*Al Licenciado Guillermo Narváez
Bellacetín, al Licenciado Mario Alberto
Moreno Martínez y al Licenciado
Arturo Alfonso Cid Ochoa:*

*Por su apoyo incondicional, sus
buenos consejos tanto personales
como profesionales, por la confianza
depositada en mi, por compartir sus
conocimientos y experiencia, pero
sobre todo su Amistad.*

*A Luis Alberto Migliano
Husemann:*

*Gracias por compartirme todos tus
conocimientos y sobre todo
brindarme esa amistad, esperando
que al paso del tiempo, siempre
cuenta contigo en los buenos y
malos momentos, ya que tu valiosa
Amistad, ha sido importante para
mi crecimiento personal.*

|

*Al Licenciado Andrés Linares
Carranza:*

*Le agradezco mi formación
profesional y los conocimientos que
me compartió, ya que el
agradecimiento es una virtud que
jamás se olvida.*

A Carmelita Soriano

*El éxito de una persona debe ser un
logro personal, pero debe reconocerse
que el rodearse de personas como
Usted, hacen que ese éxito sea más fácil
y agradable.*

*A todas aquellas personas que no fueron nombradas, pero que de alguna
forma contribuyeron y estuvieron cerca de mí, apoyándome para lograr
culminar ésta etapa y esperando continúen ahí.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO PRIMERO “CONCEPTOS GENERALES”	6
1.1.- FAMILIA	6
1.1.1.- Concepto gramatical.	6
1.1.2.- Concepto jurídico.	9
1.1.3.- Regulación de la familia en el Código Civil.	13
1.2.- PARENTESCO	20
1.2.1.- Consanguinidad	20
1.2.2.- Afinidad	22
1.2.3.- Civil o Adopción	23
1.3.- DERECHO DE FAMILIA	24
1.3.1.- Matrimonio.....	24
1.3.2.- Concubinato.	29
1.3.3.- Filiación.	34
1.4.- INSTITUCIONES Y FIGURAS JURÍDICAS EN RELACIÓN CON LA FILIACIÓN	38
1.4.1.- Patria Potestad.	38
1.4.2.- Ejercicio atípico y pérdida de la patria potestad.	45
1.4.3.- Guarda y custodia.	48
1.4.4.- Tutela.	51
1.4.5.- Curatela	59
1.4.6.- Derecho de convivencia.	61
CAPÍTULO SEGUNDO “RÉGIMEN LEGAL DE CUSTODIA, GUARDA Y DERECHO DE CONVIVENCIA”	
2.1.- FORMAS DE REGULAR LA CUSTODIA, GUARDA Y DERECHO DE CONVIVENCIA.	65
2.1.1.- Custodia Compartida.	65
2.1.2.- Cambio de Custodia.	74
2.1.3.- Derecho de Convivencia.	77
2.1.4.- Suspensión en el ejercicio de la Patria Potestad, con relación al derecho de convivencia.	84
2.2.-DERECHO INTERNACIONAL.	86
2.2.1.- Convención Sobre los Derechos del Niño, adoptada en la Ciudad de Nueva York.	86
2.2.2.- Convención Sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptada en la Haya, Países Bajos	91
2.2.3.- Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores.	95
2.3.- OTROS ORDENAMIENTOS QUE REGULAN EL DERECHO DE CONVIVENCIA.	98
2.3.1.- Ley de los derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal.	98

2.3.2.- Código Penal para del Distrito Federal.	104
--	-----

CAPÍTULO TERCERO “LA GUARDA, CUSTODIA Y DERECHO DE CONVIVENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL, CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y CÓDIGO PENAL, TODOS DEL DISTRITO FEDERAL”

3.1.- ANÁLISIS DE LAS REFORMAS PUBLICADAS EL SEIS DE SEPTIEMBRE DEL DOS MIL CUATRO, EN MATERIA DE GUARDA, CUSTODIA Y DERECHO DE CONVIVENCIA EN DIVERSOS ORDENAMIENTO DEL DISTRITO FEDERAL.	107
3.1.1.- Artículos 282, 283, 417 y 447 del Código Civil.	107
3.1.2.- Artículos 73 Bis, 941 Bis, Ter, Quáter, Quintus, del Código de Procedimientos Civiles.	118
3.1.3.- Artículo 173 del Código Penal.	132
3.2.- Propuesta de Reformas al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles.	135
3.2.1.- Reforma de los artículos 282, 283, 417 y 447 del Código Civil. ...	139
3.2.2.- Derogación del Artículo 73 Bis y reforma del Artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles.	147
3.2.3.- Reforma del Artículo 941 Bis del Código de Procedimientos Civiles.	149
3.2.4.- Reforma del Artículo 941 Quáter del Código de Procedimientos Civiles.	151
3.2.5.- Reforma del artículo 941 Quintus del Código de Procedimientos Civiles.	154
CONCLUSIONES	161
BIBLIOGRAFÍA	169

INTRODUCCIÓN

La familia es la base de la sociedad, por tal motivo, requiere que los problemas que surgen en su entorno sean atendidos de manera pronta y con la mayor diligencia posible para lograr solucionarlos, entonces, se deben crear mecanismos que tiendan a conservar la integridad y unidad familiar, atendiendo la problemática que aqueja a cada uno de sus miembros y en especial atender los problemas que afectan a los menores, ya que al ser un grupo vulnerable, requieren de especial cuidado y atención, para que éstos no sufran alteraciones emocionales y físicas o vean vulnerados sus derechos, labor en la que deben participar los integrantes de la propia familia, el Estado y en general la sociedad.

Sentado lo anterior, debe precisarse que toca a los órganos legislativos y jurisdiccionales, hacer su máximo esfuerzo para lograr el bienestar familiar, lo que necesariamente deben hacer mediante la creación y aplicación de normas que satisfagan y resuelvan los conflictos nacientes tras la desintegración de una familia nuclear en primer término y por ende extendiéndose a los demás parientes. Cabe resaltar que esos problemas pueden ser de varias índoles, como lo son: el ejercicio de la patria potestad, la custodia o guarda de los menores, los alimentos y la convivencia de éstos con sus progenitores y demás parientes consanguíneos o colaterales hasta el cuarto grado.

De los problemas que se enlistan en el párrafo que antecede, resalta la problemática que se relaciona con el derecho de convivencia de los menores y aquellos ascendientes que los custodian y con sus demás parientes, siendo en este rubro donde se presentan disputas de no tan fácil solución, ello por la conjugación de diversos factores que repercuten y afectan ese derecho de convivencia, siendo los más afectados los menores; desafortunadamente, los mecanismos implementados por las autoridades y la legislación creada para solucionar esa problemática, es insuficiente y se ve rebasada por ésta misma. Para comprobar esa situación basta con acudir un día a los juzgados que conocen

de asuntos familiares, y con ello se constatará que aún no se encuentra una solución a dichas controversias.

El presente trabajo es desarrollado bajo la primicia de salvaguardar el derecho de los menores de convivir con sus ascendientes y demás parientes consanguíneos en línea recta o colateral, y tiene por objeto estudiar y proponer nuevas formas de soluciones a los conflictos nacientes de la hipótesis antes aludida, buscando con ello, que no sólo se contemple la posibilidad de sancionar a los que violenten ese derecho tras el incumplimiento de resoluciones dictadas en ese sentido, por los órganos jurisdiccionales competentes en el Distrito Federal.

En la presente investigación, se aplicaron diversos métodos, entre los que destacan el de síntesis, el comparativo y el deductivo, todos ellos ocupados para la obtención de un mejor desarrollo, planteamiento y delimitación de la problemática en estudio, así el método de síntesis fue requerido para lograr el planteamiento del problema y su delimitación. Colmado lo anterior, se procedió a hacer un estudio de la legislación existente sobre el problema materia del presente trabajo, analizando no sólo la legislación local, sino también la legislación creada por diversos Estados, plasmada en diversas convenciones internacionales que contienen principios de carácter general, que son obligatorios para todos los firmantes, entre ellos para México. Una vez que se planteó el problema y se compararon las leyes existentes y aplicables al caso en concreto, se aplicó el método deductivo partiendo de elementos generales como lo son: las instituciones que se crean alrededor de la familia, así como los derechos y obligaciones nacientes de aquellas, y analizando el conflicto creado en dicho entorno, lo que necesariamente condujo a analizar si la legislación existente es eficaz para la solución del conflicto o si es necesario introducir nuevos mecanismos de solución.

Para estar en condiciones de analizar el problema que se plantea, en el primer capítulo se desarrolló el concepto de familia y su evolución hasta la actualidad, luego se analizaron cuales son las fuentes del parentesco y los tipos y

grados del mismo, elementos que se consideran indispensables para ubicar la problemática y quienes se ven involucrados en controversias familiares. También en el referido capítulo se analizó qué es la filiación y las instituciones y figuras que se crean por dicho vínculo, conociendo en forma breve su naturaleza y su función en la actualidad.

Por lo que hace al contenido del capítulo segundo, se analizó la legislación internacional existente, como lo son las diversas convenciones internacionales firmadas por el Estado Mexicano, estudiando y comprendiendo cuáles son los principios rectores para la protección de los derechos de los menores y cuáles son las obligaciones del Estado, la sociedad y en particular las obligaciones de los progenitores y demás parientes de un menor. También se analizó la legislación local y la forma en que se regula la patria potestad, la custodia y como punto más importante, el derecho de convivencia entre los menores y sus demás parientes.

Por último, el tercer capítulo fue dedicado al estudio de la reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el seis de septiembre del dos mil cuatro, estudio que forzosamente condujo a determinar si la reforma antes aludida fue hecha correctamente, así como conocer sus alcances, aciertos y deficiencias, cuestionando incluso, su eficacia para solucionar conflictos nacientes de la convivencia entre el menor y sus parientes. En esa guisa, también se analizaron los diferentes conflictos procesales que se pueden crear por la aplicación de los numerales reformados y la dificultad que se les pueden presentar a los juzgadores en materia familiar en la aplicación de los preceptos de mérito.

En la parte final del capítulo tercero, se concluyó que era necesario reformar algunos artículos tanto del Código Civil, Código de Procedimientos Civiles, así como del Código Penal, materializándose en un serie de propuestas de reforma a diversos preceptos, incorporando nuevas formas de proteger el derecho de convivencia que le asiste a los menores, partiendo de la premisa que es el derecho de los menores de convivir con sus parientes, el que debe prevalecer

sobre el de terceros, de lo que adolece la reforma analizada, a saber la publicada el seis de septiembre del dos mil cuatro, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

Para la elaboración del presente trabajo de investigación, se utilizaron diversas fuentes, destacándose la consulta de libros especializados en materia familiar de diversos autores, así como la legislación existente y aplicable a las controversias de índole familiar, la consulta de páginas Web como la de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la de la Asamblea del Distrito Federal, también se realizó el estudio de casos prácticos, en donde se ventilaron controversias en materia de convivencias y en las cuales se aplicaron las reformas criticadas en este trabajo, conociendo el sentido de las resoluciones dictadas por diversos órganos encargados de impartir justicia en materia familiar.

Después de exponer la forma en que se realizó el presente trabajo de investigación, cabe precisar que al momento del planteamiento del problema, se tenía la idea que la reforma publicada el seis de septiembre del dos mil cuatro, carecía de aspectos importantes para poder brindar a los justiciables una solución pronta a sus controversias nacientes de la convivencia. Esa hipótesis se fue fortaleciendo con el avance y desarrollo del trabajo que ahora se expone, ya que se concluyó que fue mal planteada, es decir, se creó para salvaguardar los derechos de los progenitores que no pueden ejecutar las sentencias que les reconoce el derecho de convivir con sus descendientes, gran error; debió haberse ocupado en salvaguardar y hacer efectivo el derecho de los menores para convivir con sus parientes consanguíneos o colaterales, colocando el derecho de éstos por encima de cualquier otro interés, incluso el de las propias partes contendientes en un litigio de esa naturaleza.

En esa guisa, se cree que con la presentación del presente trabajo de investigación, se logre dar un paso para la solución de conflictos que versan sobre la convivencia de menores, solución que debe ser del interés de todos, ya que debe reconocerse que son los menores los que sufren las consecuencias de la

negligencia, el mal comportamiento y el capricho de sus progenitores, aunado a la indolencia de las autoridades para resolver de forma pronta y definitiva las controversias familiares relacionadas con la convivencia entre menores y parientes. Ante desafortunada realidad urge hacer una revisión de las normas existentes y aplicables a estos casos, ya que si no fuese de esa forma, se destina a las partes en un proceso, a sostener una eterna e inacabable lucha, dando pauta para entablar una seria de acciones que terminarían por fracturar, más de lo que ya están, las relaciones familiares.

CAPÍTULO PRIMERO “CONCEPTOS GENERALES”

1.1.- Familia

1.1.1.- Concepto gramatical.

La palabra *familia* tiene varias acepciones, ya que la misma no siempre es utilizada para relacionarla únicamente con un grupo de personas que tienen entre sí un lazo que los une, sino que también se puede utilizar con un sentido metafórico, para referirse a una agrupación de cosas, o la acepción que se le da en diversas ramas de la ciencia como lo es la Biología o la Zoología, en las cuales se utiliza para llamar a varios géneros naturales que tienen caracteres comunes; sin embargo, para el estudio que nos ocupa, no le daremos las acepciones de diversas ramas de la ciencia, sino que se desarrollará el concepto que tienen los diccionarios jurídicos y las enciclopedias.

La *familia* se define como: “*el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad por lejano que fuere*”¹, siendo ésta una definición muy amplia para poder comprender todos los efectos jurídicos que envuelve el concepto de familia, y sólo definiríamos lo que sería el concepto de *gens* (linaje), luego, tendríamos que buscar una connotación más restringida, la que se ha compuesto después de la evolución de la misma familia durante diversas etapas, hasta llegar a un concepto de “*familia doméstica*”, la cual se contrapone a la “*familia gentilicia*,” ya que la primera abarca no sólo a los cónyuges y sus descendientes, sino que también a los cónyuges de los hijos y sus descendientes (nietos); en este contexto, se tiene que hacer una breve reseña de la evolución de la familia, la cual empezó como una expresión de la promiscuidad existente entre los miembros que poblaron la tierra hace millones de años, donde era imposible pensar que existía la familia.

¹ Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 1675.

Sin embargo, fue evolucionando hasta llegar a las *tribus*, pasando por las *gens*, en las cuales se empezó a presentar una organización rudimentaria, misma que presenta su primera figura de parentesco conocida como *totems* (antepasados), que eran los miembros que dieron origen al grupo, prohibiéndose la unión entre miembros de la misma tribu por provenir del mismo animal totémico. Resaltando que todas las anteriores formas de familia primitiva compartían características religiosas, como lo es guardar culto al *tótem* (antepasado común legendario) y a los dioses *lares* o *patates* de la familia romana, incorporándose un elemento ético, el cual regulaba los deberes y facultades que el derecho impone a cada uno de los integrantes de la familia, lo que da pauta para la concepción de la familia moderna.

Así, la familia fue evolucionando íntimamente unida con la institución del matrimonio, institución que dio estabilidad a la unión del hombre y la mujer, empero no se puede negar, la existencia de la familia creada fuera del matrimonio, de manera irregular, fundada en la filiación que se define como las *“relaciones jurídicas entre padres e hijos sin que, desde el punto de vista del derecho, surjan relaciones familiares de los progenitores entre sí”*². Con lo anterior, se amplía el concepto de familia quedando *“constituida por el grupo de personas que proceden de un progenitor o tronco común (sentido amplio) y que las relaciones jurídicas que existen entre sus miembros, tienen como fuente el matrimonio y la filiación del matrimonio o extramatrimonial”*³, no puede pasar desapercibido que con dicho concepto, se reconoce la existencia de la familia sin matrimonio, lo que hoy se conoce como concubinato.

Con la evolución de la familia junto con la institución del matrimonio, encontramos que la primera perdió su cohesión y su importancia, en virtud de que los matrimonios se celebraban por conveniencia y por periodos cortos, claro ejemplo son los matrimonios *cum manu* y *sine manu*. En el primero, el padre

² Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 1677.

³ Idem, p. 1677.

entregaba a su hija y la dote al marido o al padre de éste para que pasara a formar parte de un nuevo clan; en el segundo caso no se requería ceremonia, sólo se necesitaba del consentimiento de los cónyuges, resaltando que el *pater familiae* conservaba el poder sobre la hija; siendo causas para darse este tipo de matrimonio el *usus* (*vivir más de un año juntos*) y por *coemptio* (*compra*), resaltando que en este tipo de matrimonio la dote se ponía a disposición del marido, empero éste debía de regresarla en caso de divorcio o muerte. En este contexto, nos podemos percatar de que la familia tiene un nuevo componente que es la riqueza, lo económico, más adelante conocida como el patrimonio.

Al propagarse el cristianismo, la familia tomó un nuevo rumbo, en el cual se terminó la influencia del *pater familiae*, que pasó de ser un controlador indiscutible a un guía material y espiritual, sentándose las bases para lo que se conoce en la actualidad como patria potestad, en la que se estatuyen los derechos y los deberes de los progenitores con sus hijos. Así en el derecho moderno la familia se considera como: “*un núcleo natural, económico o jurídico*”⁴, en esta tesitura se puede considerar a la familia como: “*una agrupación natural por excelencia, pero además constituye un grupo con bases psicológicas, económicas, religiosas, éticas y políticas*”⁵, entendiéndose por natural, los vínculos biológicos de la pareja que da principio a la organización; lo psicológico se entiende como la jerarquía y trascendencia que garantizan la permanencia, llegando a lo religioso, las costumbres y la moral, ya que no se puede dejar de apreciar que la familia “*es un organismo ético antes que jurídico y que de esta disciplina derivan los preceptos esenciales que sirven de punto de partida a la ley, la cual suele incorporárselos transformándolos en preceptos jurídicos*”⁶.

Otro concepto de familia es: “*aquella institución que asentada sobre el matrimonio, enlaza, en una unidad total, a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se*

⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, 2000, p. 992.

⁵ Ídem, p. 1001.

⁶ Ídem, p. 1001.

*dé satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida*⁷; de aquí válidamente se puede concluir que la familia es una institución sólida, la cual se construye bajo una autonomía, líneas y directrices que no pueden ser alteradas, ya que esto constituye la esencia de cada familia, sin embargo, este concepto maneja que sólo se puede asentar bajo el matrimonio, lo que en la actualidad no es posible afirmar, motivo por el cual queda fuera del contexto actual de nuestra definición.

1.1.2.- Concepto jurídico.

Como se puede advertir, la institución de la familia se ha venido transformando al paso del tiempo, y con ello el concepto se ha modificado y ampliado, muestra es que diversos tratadistas y estudiosos del derecho, han generado diversos conceptos de familia, empero, todos coinciden que es un grupo de personas que tienen lazos de consanguinidad, filiales y adoptivos; para abundar en esto es necesario el análisis de diversos autores como son:

El Profesor Eduardo A. Zannoni, define a la familia como: *“un régimen de relaciones jurídicas, interdependientes y recíprocas, emergentes de la unión intersexual y la procreación*⁸”. De la interpretación a dicha concepción, se puede establecer que a ésta le faltan elementos esenciales para interrelacionar a las personas del grupo, en virtud de que se refiere a dos hechos biológicos, que servirían de base a las instituciones del matrimonio y de la filiación, quedándose únicamente y reduciendo a la familia a los cónyuges y a los hijos, lo cual no debería ser así, sin embargo cuando habla de interdependientes y recíprocas, el propio autor señala que: *“se extienden por imperio de la ley entre aquellas personas que reconocen entre sí generaciones biológicas antecedentes o consecuente que les son comunes, esto es los consanguíneos, y entre un*

⁷ Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo IX., Editorial Francisco Seix, 1982, p. 628.

⁸ A. ZANNONI Eduardo, Derecho de Familia, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 71.

*cónyuge y los consanguíneos del otro, llamados afines*⁹, pese a tal aclaración el concepto es confuso y restringido, porque nos está hablando de familia constituida por consanguinidad y filiación, dejando fuera del concepto lo que diverso tratadista denomina parentesco civil, que más adelante se abordará.

Así, el catedrático Rafael de Pina Vara, en su libro “Elementos de Derecho Civil Mexicano”, define a la familia como: *“un agregado social constituido por personas ligadas por el vínculo del parentesco”*¹⁰, por lo que respecta a la definición que antecede, podemos establecer que la misma es muy amplia, teniendo que analizar qué es el parentesco, el propio autor nos dice que el parentesco es *“el vínculo que liga a varias personas entre sí”*¹¹, entonces hay parentesco por consanguinidad, afinidad y civil, entendiendo el primero cuando alguien proviene de un mismo progenitor o ambos progenitores; el de afinidad, el que se contrae por el matrimonio entre la mujer y la familia de su cónyuge y el del hombre con la familia de la mujer con quien contrae nupcias, y por lo que respecta al civil es el que nace de la adopción, siendo menester precisar que para el catedrático citado, existe una diferencia entre la adopción simple y la plena, ya que afirma que en cuestiones de adopción simple, el parentesco es civil y por lo que hace a la adopción plena, asegura que ésta *“se equipara al parentesco por consanguinidad, refiriéndose a aquel que existe entre adoptado y el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquel como si el adoptado fuera hijo consanguíneo”*¹².

El catedrático Rafael Rojina Villegas, en su obra “Compendio de Derecho Civil I”, (Introducción, personas y familia), considera que en el derecho moderno la familia *“está integrada exclusivamente por los parientes consanguíneos (excepcionalmente puede comprender al hijo adoptivo)”*,¹³ empero no deja de

⁹ A. ZANNONI Eduardo, Derecho de Familia, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 71.

¹⁰ DE PINA Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano: Introducción, Personas, Familia, Volumen I, Editorial Porrúa, 2000, p. 305.

¹¹ Ídem, p. 306.

¹² Ídem, p. 306.

¹³ ROJINA Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil: Introducción, Personas y Familia, Editorial Porrúa, 2005, p. 211.

reconocer que también existe un sentido amplio de familia, que comprende en general a todos los que descienden de un antepasado común. Sin embargo, maneja que la familia en sentido estricto comprende en realidad sólo a los padres e hijos, entretanto éstos no se casen y constituyan una nueva familia. En este mismo contexto establece que el hijo adoptado se incorpora a la familia, lo anterior, en virtud de que adquiere la situación jurídica de hijo, con todos los derechos y obligaciones; así, termina concluyendo que la concepción de la familia en el derecho moderno está determinada *“por virtud del matrimonio y del parentesco consanguíneo, comprendiéndose además, de manera excepcional, el parentesco por adopción”*¹⁴. Para el autor en cita, la familia sólo se integra por lo que conocemos como familia nuclear, la cual está formada por los cónyuges y sus hijos, reconociendo la existencia del concubinato, ya que al manejar *parentesco consanguíneo*, se refiere a hijos nacidos de padres no casados, de igual forma maneja lo que es el parentesco civil, sin embargo para efectos y alcances del presente trabajo tomaremos como base el concepto manejado por dicho autor, ya que se estudia la conflictiva dentro de la familia en sentido estricto.

Por último, se analiza la posición del Doctor en Derecho Ernesto Gutiérrez y González, que en su libro *“Derecho Civil para la Familia”*, conceptúa a la familia como: *“el conjunto de personas naturales, físicas o humanas, integradas a través de un contrato de matrimonio de dos de ellas, no integradas por la apariencia o posesión de estado de casados, o por lazos de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, que habitan en una misma casa, la cual constituye el domicilio familiar y tengan por ley o por acuerdo, unidad en la administración del hogar familiar”*¹⁵, así, el autor en comento realiza un análisis de cada uno de los elementos que maneja en el concepto que se transcribe con antelación.

De lo anterior, se hace un breve análisis de los elementos que se consideran más relevantes. Por lo que respecta a que sólo se puede formar una

¹⁴ Ídem, p. 212.

¹⁵ GUTIÉRREZ y González Ernesto, *Derecho Civil para la Familia*. 1ª Edición, Editorial Porrúa, 2004, p. 140.

familia entre personas naturales, el autor refiere que son las personas físicas o seres humanos los que pueden formar una familia, ya que las personas ficticias o morales no tienen familia al ser entes incorpóreos, que existen por que la ley lo determina. Así el autor, maneja que la familia se integra a través de un contrato de matrimonio o por la apariencia o posesión de estado de casado, entendiendo por matrimonio *“un contrato solemne que celebran una sola mujer y un solo hombre, que tienen el doble objeto de tratar de sobrellevar, las partes en común, los placeres y cargas de la vida, y tratar de perpetuar la especie humana”*¹⁶. Respecto al elemento de la apariencia o posesión de estado de casado, el autor lo maneja para conceptuar lo que hoy es conocido como CONCUBINATO, entendiendo por tal la unión de un hombre y una mujer que sin cumplir con las formalidades esenciales del contrato del matrimonio tienen vida en común, con la finalidad de formar una familia, sin embargo es de resaltarse que concubinato, no es lo mismo que la unión libre, ya que ésta se refiere a una relación pasajera que no busca crear una familia, coincidiendo con el autor en cita cuando refiere que el concubinato se puede asociar más con un contrato consensual, ya que sólo es la voluntad de los concubinos para seguir formando la familia, sin que obste un contrato de matrimonio entre éstos.

Otro elemento que aborda el autor en cita, es el de los lazos de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, entendiendo éste como parentesco *“el vínculo jurídico, permanente, por regla general, que reconoce o crea la ley, entre dos o más personas físicas, ya en razón de tener ellas sangre común, ya como consecuencia de un contrato de matrimonio, ya de un contrato de concubinato, ya finalmente, de un acto que limita el engendramiento y que acepta y sanciona la ley”*¹⁷, dejando entrever que existen varios tipos de parentesco, como lo es por consanguinidad, afinidad y civil, conceptos sobre los que se abundará en el desarrollo del presente trabajo de investigación.

¹⁶ Ídem, p. 142.

¹⁷ Ídem, p. 156.

1.1.3.- Regulación de la familia en el Código Civil.

Cabe hacer mención que dentro de la Legislación sustantiva Civil del Distrito Federal, no se ha establecido por los legisladores un concepto de familia, por medio del cual podamos entender dicha Institución; sin embargo, en la reforma publicada en la gaceta oficial del Distrito Federal de fecha veintidós de julio del dos mil cinco, en particular la reforma hecha al Título Octavo de los delitos contra la integridad familiar del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en el cuarto párrafo del artículo 200 se plasma lo que debe considerarse como miembro de familia ya que dispone “*Se entiende por miembro de familia: a la persona que se encuentra unida por una relación de matrimonio, concubinato, o por un lazo de parentesco consanguíneo, en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, o parentesco colateral o afín hasta el cuarto grado, así como por parentesco civil*”,¹⁸ de lo anterior, se puede colegir válidamente que si bien es cierto lo anteriormente transcrito, no es un concepto de familia, éste nos puede ubicar lo que para los legisladores significa miembro de familia, que si lo comparamos con alguna definición básica de familia se asemeja bastante a la que manejan algunos autores; sin embargo como se expuso con antelación el Código Civil del Distrito Federal carece de un concepto de familia, empero esto no sucede en todos los códigos sustantivos de diversas entidades, en tal virtud se analizarán algunos conceptos manejados en algunos códigos como lo son:

a) Código Civil para el Estado de Guerrero

El artículo 374 del Código Civil para el Estado de Guerrero establece que: “*El Estado reconoce en la familia el grupo primario fundamental, sustento de la sociedad, en el que la persona humana encuentra los satisfactores efectivos y materiales para cubrir sus necesidades básicas. Es el grupo social permanente y*

¹⁸ Nuevo Código Penal para el Distrito Federal (reforma del 22 de julio del 2005).

*estable formado por un conjunto de personas unidas entre sí, ya sea por el matrimonio, el concubinato o el parentesco, en cualquiera de sus formas...*¹⁹; de lo anterior se puede observar que los legisladores del Estado de Guerrero formularon un concepto de familia amplio, determinando más adelante en el artículo 376 de dicho ordenamiento, que las disposiciones relativas al Título inherente a la familia, abarca a todos los que se encuentren en dicha hipótesis y por lo tanto tratándose de la base de la sociedad, considera que las normas aplicadas a la familia son de orden público e interés social.

Es así, que el concepto de Familia acogido por este ordenamiento tiene una acepción sociológica, encontrándola como el elemento primordial de la sociedad, de la cual surge la colectividad humana, es decir, una de las formas jurídicas y de hecho en que los seres humanos nacen como colectividad.

b) Código Civil para el Estado libre y soberano de Morelos

El Código Civil para la entidad federativa de Morelos establece en su artículo 84 Bis que: *“La familia Morelense es una agrupación natural que tiene su fundamento en una relación, establece entre hombre y mujer (sic) y su plena realización en la filiación libre, consiente, responsable e informada, aceptada y dirigida por la pareja. Los integrantes de la familia tienen derecho a que los demás miembros respeten su integridad física y psíquica, con objeto de contribuir a su sano desarrollo para su plena incorporación y participación en su núcleo social. Al efecto contarán con la asistencia y la protección de las instituciones públicas de acuerdo con las leyes”*.²⁰

Concepto en el que los legisladores sostienen que la familia es la base de la sociedad, prevaleciendo una acepción sociológica. De lo anterior podemos deducir que en el Código Civil del Estado de Morelos, el concepto de familia conceptúa a

¹⁹ Código Civil para el Estado de Guerrero.

²⁰ Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Morelos.

la familia en un sentido estricto de la misma, en virtud de que establece que sus miembros son aquellas personas que viven en un mismo techo; sin embargo, dicho ordenamiento legal más adelante aduce a la familia en sentido amplio, ya que prevé el parentesco por *consanguinidad*, según el contenido del artículo 87 que dispone: “*el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor*”; de igual forma contempla el parentesco por *afinidad* de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 88 del Código en cita que dice: “*aquel que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes consanguíneos de la mujer, y entre la mujer y los parientes consanguíneos del varón*”, no dejando de lado el parentesco civil de acuerdo con lo establecido en el artículo 89, el cual amplía lo siguiente: “*el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado, salvo el caso de adopción plena*”²¹, siendo menester precisar que para este último aspecto se entiende una relación filial total; es decir, surgen todos los derechos y obligaciones entre el adoptante y el adoptado y éste con la familia consanguínea del adoptante.

c) Código Civil para el Estado de Querétaro

Por lo que hace al Título Sexto, Capítulo Primero del Código Civil para el Estado de Querétaro, en su artículo 135, establece que: “*La familia es la base de la sociedad*”²², prosigue diciendo en su artículo 136 “*son fines de la familia: procurar la unidad del grupo, la convivencia armónica, la ayuda mutua y la preservación de los valores de la comunidad*”²³; de lo anterior se puede establecer que en dicho ordenamiento legal no existe un concepto gramatical de familia. Como puede observarse, para la legislación del Estado de Querétaro la familia por formar la base de la sociedad, resulta ser la figura jurídica más importante, ya que de ésta se crean las diversas relaciones filiales reguladas por dicha legislación.

²¹ Ídem.

²² Código Civil para el Estado de Querétaro.

²³ Ídem.

Así tenemos que el Estado de Querétaro regula tres tipos de parentesco: el de *consanguinidad* (es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor), el de *afinidad* (es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón) y el *civil* (es el que nace de la adopción simple entre el adoptante y el adoptado, así como el parentesco civil que nace de la adopción plena, el cual debido a su naturaleza se equipara al parentesco por consanguinidad)²⁴.

d) Código Civil para el Estado de San Luis Potosí.

El Código Civil para el Estado de San Luis Potosí establece en su artículo 284 Bis que: *“La familia es un grupo social permanente, compuesto por un conjunto de personas unidas por el vínculo del matrimonio o concubinato, por los parentescos de consanguinidad, de afinidad, o civil, que proporciona a sus miembros satisfacción de necesidades, estabilidad y formación”*²⁵, en su artículo 284.1 establece que: *“el Estado promoverá el vínculo del matrimonio como medio para la organización y desarrollo social para la familia”*, por su parte el artículo 284.2 señala que: *“los miembros de la familia tienen derecho a desarrollarse y ser educados dentro de su propio ámbito familiar, bajo la custodia y cuidados de sus padres y a falta de ellos por sus ascendientes o demás parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado y en su defecto por sus padres adoptivos”*²⁶.

De dicho código sustantivo, se desprenden conceptos jurídicos que recogen el concepto de familia en sentido amplio, manejado por el Diccionario Jurídico Mexicano, referido en el presente capítulo, ya que establece que la familia se encuentra integrada por los parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado; motivo por el cual la familia se extiende además de los parientes que viven bajo el mismo techo, a aquellos parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Código Civil para el Estado de San Luis Potosí.

²⁶ *Ídem*.

e) Código Familiar para el Estado de Hidalgo

Así, el Código Familiar para el Estado de Hidalgo en su artículo 1º establece que: *“la familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico, del concubinato; por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad”*²⁷; de lo anterior se puede colegir que la familia en dicha entidad federativa es considerada como el fundamento primordial de la sociedad y del Estado; motivo por el cual el Estado tiene la obligación de garantizar la protección de la familia, ya que se considera la base necesaria del orden social; resultando importante destacar que para el Código Familiar del Estado de Hidalgo la familia *“tendrá como función, la convivencia de sus miembros por medio de la permanencia y estabilidad de sus relaciones, permitiendo satisfacer las necesidades de subsistencia y defensa”*²⁸.

En este mismo contexto el artículo 336 del ordenamiento legal en estudio establece que: *“El Estado reconoce a la familia, la personalidad jurídica necesaria para ser persona moral y en consecuencia, titular de derechos y obligaciones”*²⁹; asimismo, el artículo 337 establece que: *“La familia queda investida de personalidad jurídica para ejercitar en su nombre y representación cualquier derecho de sus miembros y cumplir las obligaciones individual y colectivamente consideradas”*; de igual forma dispone el artículo 338 que *“la representación de la familia corresponde por igual al padre y a la madre y en su caso a los abuelos paternos o a los maternos”*.

En el Código Familiar del Estado de Hidalgo se maneja el concepto de familia en sentido amplio, ya que dispone que: *“la familia está conformada por aquellas personas que crean entre sí un lazo de parentesco por lejano que fuere,”*

²⁷ Código Familiar reformado para el Estado de Hidalgo.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

en este mismo sentido dicho ordenamiento refiere que: *“la representación de la familia corresponde por igual al padre o a la madre y en su caso, a los abuelos paternos o maternos”*; coincidiendo lo anterior con el concepto que maneja el Diccionario Jurídico Mexicano.

Cabe resaltar que para este código familiar, la institución de la familia, además de ser considerada como base de la sociedad, jurídicamente es considerada como persona jurídica susceptible de ser sujeto de derechos y obligaciones, siempre y cuando tenga como objeto del mismo a los miembros de la familia, concepto no manejado en otras legislaciones, y que viene a revolucionar el concepto de familia, al considerar a la misma como persona moral, algo que debe ser analizado con mayor profundidad.

f) Código Civil para el Distrito Federal

Después de haber analizado algunas de las legislaciones de los Estados que conforman la República Mexicana, es menester señalar cómo ha quedado indicado en líneas precedentes en el Código Civil para el Distrito Federal, a diferencia de algunos de los Códigos estudiados, **no existe un concepto de familia**; sin embargo el artículo 138 QUÁTER, establece que: *“las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia”*, por su parte el artículo 138 QUINTUS señala que: *“las relaciones jurídico familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato”* ubicando así a la familia dentro del concepto en sentido amplio que maneja el Diccionario Jurídico Mexicano, ya que tal como quedó señalado en líneas anteriores, la familia la conforman además del conjunto de deberes, derechos y obligaciones, los integrantes de la misma, quienes son los titulares de esos deberes, derechos y obligaciones, los cuales son reconocidos por nuestra legislación como los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes, adoptantes y adoptados y a los colaterales hasta el cuarto grado, en términos de

lo previsto por el artículo 292 del Código Civil, precepto en el cual se regulan los tipos de parentesco vigentes como lo son:

a) El parentesco por consanguinidad, que es el vínculo de personas que descienden de un tronco común; asimismo, se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de la reproducción asistida y de quienes la consientan; es decir, de quienes tengan pleno conocimiento de la reproducción asistida y además que reconocen las consecuencias jurídicas que traerá la misma; y que serán los padres de dicho producto.

También se considera parentesco por consanguinidad en el caso de la adopción plena, ya que el adoptado al equipararse al hijo consanguíneo del adoptante, adquiere los mismos derechos y obligaciones con los parientes del adoptante, situación que no acontece en la adopción simple, ya que ésta relación sólo surte efectos entre el adoptante y el adoptado. (Artículo 293)

b) El parentesco por afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos.

c) El parentesco civil, es aquel que nace con la adopción. Después del veinticinco de mayo del año dos mil, en nuestra legislación del Distrito Federal, sólo se contempla la adopción plena, figura jurídica en la cual el adoptado se equipara al hijo consanguíneo, para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos para contraer matrimonio; así el adoptado tiene en la familia de los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo; extinguiendo la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores, a excepción de que el adoptante estuviere casado con el progenitor del adoptado, lo cual para este caso existe dicha relación filial (artículos 410 A y 410 D).

Convirtiéndose así en parentesco por consanguinidad tal como se ha señalado en párrafos precedentes; figuras jurídicas que se encuentran contempladas en lo que se debe entender por familia en el Código Civil para el Distrito Federal, ya que si bien es cierto no existe como tal el concepto de familia en el ordenamiento legal en cita, también lo es que de la interpretación exegética, se puede colegir válidamente que la familia es regulada dentro del concepto amplio que señala el Diccionario Jurídico Mexicano.

1.2.- Parentesco

Para desarrollar el presente punto debemos precisar que las relaciones jurídicas familiares se derivan de dos fenómenos biológicos como lo son las uniones de los sexos y la procreación, de lo anterior nacen lo que conocemos como las instituciones del matrimonio, concubinato, filiación y en algunos casos la adopción; en virtud de tales relaciones familiares se crea lo que conocemos como parentesco, mismo que se define como: *“un estado jurídico, ya que implica una relación jurídica general, permanente y abstracta, generadora de derechos y obligaciones, tanto entre los miembros de la relación, como entre ellos y otras personas, esto es, terceros (parientes consanguíneos y políticos)... El parentesco se define como un estado jurídico [...] es una relación jurídica permanente, general y abstracta que nace del matrimonio, del concubinato y de la filiación, así como de la adopción. Por lo tanto, constituye la relación jurídica que vincula a los miembros de una familia en forma recíproca, por consanguinidad, afinidad y civilmente.”*³⁰

1.2.1.- Consanguinidad

De los conceptos aludidos en el punto anterior, podemos establecer que el parentesco se puede adquirir por tres causas, tal como lo contempla el artículo 292 del Código Civil para el Distrito Federal, en cual dispone lo siguiente: *“Artículo*

³⁰ BAQUEIRO Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, Derecho de Familia, Edición revisada, Editorial Oxford. 2005, p. 19.

292. *La ley sólo reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil*", en tales condiciones podemos darnos cuenta que dentro de nuestra legislación sólo se reconocen tres formas de parentesco como lo es el adquirido por consanguinidad, afinidad y civil. Así el ordenamiento legal en comento refiere en su numeral 293 que el parentesco por consanguinidad *"es el vínculo entre personas que descienden de un tronco en común [...] También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consienten"*; de la interpretación exegética del citado numeral, válidamente se puede concluir, que existe parentesco por consanguinidad cuando existe una descendencia de un tronco en común, entendiendo tal, como un progenitor común, ejemplo de lo anterior, son los hermanos, ya que el progenitor común es el padre, y de ahí se desprendería en línea recta y en línea colateral.

Cabe mencionar que en el caso de la adopción, el artículo 293 del citado ordenamiento también reconoce la existencia del parentesco por consanguinidad, entre el adoptado y el adoptante, los parientes del adoptante y los descendientes de aquel, siendo menester precisar que tal parentesco se reconoce en la adopción plena, no así en la adopción simple. Sin embargo, en nuestra legislación se derogó lo concerniente a la adopción simple desde el veinticinco de mayo del dos mil. Hasta aquí hemos analizado lo que el Código Civil regula respecto del parentesco por consanguinidad, no obstante, analizaremos qué dicen los doctrinarios al respecto.

El maestro Ernesto Gutiérrez y González, define al parentesco por consanguinidad como *"el vínculo jurídico permanente, vitalicio, que se crea entre dos o más personas físicas, en atención a que entre ellas hay un lazo sanguíneo, por tener alguna persona física, como ascendiente común"*³¹, dicho parentesco es fácil de entender, ya que la palabra consanguinidad se puede relacionar con sangre; sin embargo, como ya explicamos, no sólo se da cuando existe un tronco

³¹ GUTIÉRREZ y González Ernesto, Derecho Civil para la Familia, 1ª Edición, Editorial Porrúa, 2004, p. 157.

común, sino que también se equipara tal parentesco con la adopción plena, tal como lo reconoce el artículo 693 del Código en comento.

1.2.2.- Afinidad

Por lo que respecta al parentesco por afinidad, Gutiérrez y González lo conceptúa en dos vertientes, una del nacido del matrimonio y la segunda del concubinato, definiéndolo como: *“es el vínculo jurídico que se crea en virtud del contrato de matrimonio, entre la esposa y los parientes consanguíneos del esposo, y entre éste y los parientes consanguíneos de la esposa, o es el vínculo jurídico que se crea en virtud del contrato de concubinato, entre la concubina y los parientes consanguíneos del concubino, y entre el concubino y los parientes consanguíneos de la concubina”*³², cabe resaltar que algunos autores europeos consideraban que el parentesco por afinidad, sólo podía nacer con el matrimonio.

Siguiendo el último punto de referencia, el Código Civil de 1928, establecía que el parentesco por afinidad sólo nacía del matrimonio, no así del concubinato, sin embargo, el Código Civil del año 2000 reformo tal criterio, y en su artículo 294 estable lo siguiente: *“El parentesco de afinidad es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer, y sus respectivos parientes consanguíneos”*. Así, nos podemos dar cuenta que los legisladores adecuaron una realidad social al artículo en comento, empero, el Código Civil Federal, no fue reformado en ese sentido, dejando de reconocer que el concubinato también es fuente del parentesco, lo que a todas luces es contrario a nuestra realidad social, la cual debe ser tomada en consideración para poder adecuar las normas a ésta y puedan ser positivas y aplicables para resolver controversias que se susciten en tal sentido.

³² Ob. cit. p. 158.

1.2.3.- Civil o Adopción

Prosiguiendo con el estudio de las formas en que se crea un lazo de parentesco, analizaremos lo que conocemos como parentesco civil o por adopción. El primer cuestionamiento sería, ¿existe parentesco civil o por adopción?, y de inmediato cualquier lector del presente trabajo de investigación se cuestionaría lo siguiente ¿Qué el parentesco por adopción, no es aquel reconocido por el Código Civil en su artículo 293, como parentesco por consanguinidad?. Esta pregunta es muy válida, sin embargo, es menester precisar que no es una contradicción de las múltiples que tiene el Código Civil, ya que se debe aclarar que hasta antes del año 2000, existía la figura de adopción simple, la cual debe entenderse cuando una persona o una pareja deciden incorporar a su familia a un miembro ajeno a ésta, es decir, que no tiene un parentesco consanguíneo con relación a los adoptantes, claro lo anterior con el consentimiento del Estado, así, se crea una relación jurídica entre el adoptado y el adoptante, la cual no trasciende a los demás parientes por consanguinidad del adoptante, y dicho vínculo se podía revocar; sin embargo, existía ya en varias legislaciones nacionales e internacionales, la figura de adopción plena, la cual era conocida como la relación jurídica existente entre adoptado y adoptante y que trascendía entre los parientes consanguíneos del adoptante y no era revocable.

Con fecha veinticinco de mayo del año dos mil, se realizó una reforma al Código Civil para el Distrito Federal, en la que se deroga la figura de la adopción simple y se opta por reconocer la adopción plena, asimilándola al parentesco por consanguinidad, lo que se materializó en el artículo 293 del Código Civil. En este contexto, el maestro Ernesto Gutiérrez y González, define al parentesco civil o por adopción de la siguiente forma: *“el vínculo jurídico que se establece, por disposición de ley, ya sea sólo entre adoptante y adoptado, ya entre adoptado, adoptante y toda la familia consanguínea del adoptante”*³³, naciendo de lo anterior, consecuencias jurídicas del parentesco.

³³ GUTIÉRREZ y González Ernesto, Derecho Civil para la Familia. 1ª Edición, Editorial Porrúa, 2004, p. 161.

1.3.- Derecho de Familia

1.3.1.- Matrimonio.

El Tema del matrimonio puede ser abordado desde varios puntos de vista, así como de diversos criterios y formas que ha tomado a lo largo de la historia, ya que autores que han escrito al respecto lo consideran como una institución, como acto jurídico, como contrato, como estado jurídico, como expresión social, etc....; sin embargo, podemos reconocer que todos y cada uno de los autores que se citen en este punto tendrán razón, ya que estudiaremos una verdadera institución, concibiendo lo anterior como: *“un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad”*,³⁴ como lo expone el catedrático Rafael Rojina Villegas.

En primer término debe precisarse que, en el presente trabajo no se analizará la evolución de la institución del matrimonio, ya que sería demasiado extenso el desarrollar este punto, sin embargo, debe resaltarse que durante muchos años fue considerado como la única fuente del parentesco, ya que algunos tratadistas hablaban que sólo por tal acto jurídico se podría crear un vínculo jurídico, sin embargo a lo largo de la gran existencia se ha modificado tal criterio, lo que se puede constatar de diversos conceptos dados sobre dicha institución, así, podemos iniciar el desarrollo del presente punto, analizando el concepto que da el maestro Ernesto Gutiérrez y González de lo que éste llama *contrato de matrimonio*, conceptualizándolo como: *“Matrimonio es un contrato solemne, de tracto sucesivo, que se celebra entre una sola mujer y un solo hombre, que tiene el doble objeto de tratar de sobrellevar las partes, en común, los*

³⁴ ROJINA Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil: Introducción, Personas y Familia, Editorial Porrúa, 2005. p. 291.

*placeres y cargas de la vida, y tratar de perpetuar la especie humana*³⁵, tal concepto debe analizarse adecuadamente, ya que la simple lectura puede ser engañosa, más aún, tiene términos que no deben tomarse a la ligera; en tales condiciones, analizaremos en forma breve cada uno de los términos que maneja dicho autor.

Contrato solemne, el concepto anteriormente escrito, se refiere a uno de los elementos de existencia de los contratos, recordando que son el consentimiento, el objeto que pueda ser materia del contrato y cuando así lo requiere la ley, la solemnidad, (empero, que debemos entender por solemnidad) es la expresión de la libre voluntad, la cual debe ser exteriorizada por los contratantes, siendo menester precisar que el autor en comento hace un paréntesis al respecto y hace una diferencia entre los elementos de existencia y falta de los requisitos de validez, argumentando lo siguiente: *“la ausencia de cualquier elemento de existencia, genera la inexistencia del acto; en cambio la falta o malformación de uno o más requisitos de validez, no genera la inexistencia, sino sólo la nulidad del acto”*³⁶; en relatadas condiciones, el contrato de matrimonio debe ser solemne para que surta sus efectos ante la ley y ante terceros, ya que sin dicha solemnidad el contrato de marras sería inexistente.

Así, el citado autor refiere que los requisitos de validez del contrato de matrimonio son cuatro, siendo el primero la forma solemne, el segundo el objeto, motivo o fin lícito, el tercero la voluntad libre de vicios y el cuarto la capacidad de las partes, si faltare cualquiera de estos requisitos el contrato sería nulo, pero tendremos que determinar ¿cuál es el objeto del contrato de referencia?, y concluiremos que de acuerdo al concepto de dicho autor serían dos, el primero: *“tratar de sobrellevar las partes en común, los placeres y cargas de la vida”* y el segundo sería: *“tratar de perpetuar la especie humana”*, ambos objetos son lícitos.

³⁵ GUTIÉRREZ y González Ernesto, Derecho Civil para la Familia, Editorial Porrúa, 2004, p. 222.

³⁶ Ob. cit. p. 234.

El autor en comento, argumenta que la “*intención de perpetuar la especie humana*”, no es un objeto del matrimonio, ya que tal situación no es un acto, sino un *hecho de la naturaleza*, tal hipótesis la sustenta al considerar que no es una conducta voluntaria el hecho de “concepción”, sino que es un hecho natural, asimismo menciona lo siguiente “*Ni aun en la inseminación artificial, o en la in Vitro, o en la clónica puede decirse que la “concepción” se hace por medio mecánico*”³⁷, con tales argumentos podemos concluir que para el autor en cita la concepción no depende de la voluntad de las partes, sino de un hecho de la naturaleza. Así al referirse al otro objeto del matrimonio refiere que tratar de sobrellevar en común los placeres y cargas de la vida, significa simplemente estar en las buenas y en las malas con su cónyuge, terminando que cuando no se cumplen con dichos objetos puede rescindirse o revocarse el contrato de matrimonio, lo anterior entendiéndolo como divorcio.

Prosiguiendo con el desarrollo del presente punto, analizaremos lo que el profesor Eduardo A. Zannoni, define como matrimonio: “*es la unión de hombre y mujer que trasciende en la constitución de un estado de familia entre ambos, generador de relaciones reciprocas determinadas por la cohabitación, la fidelidad y la asistencia*”³⁸, si realizamos una comparación del concepto manejado por el autor que se citó en párrafos que anteceden, la definición dada por el profesor Zannoni, no difiere de la estudiada con antelación, sin embargo resalta algunos aspectos que analizaremos; primero habla de la existencia de una unión intersexual, después dice: *que trasciende en la constitución de un estado de familia entre ambos*; aquí cabe hacer un paréntesis al respecto, ya que el estado de familia que refiere es un concepto confuso, por tal motivo es permisible aclarar qué debemos entender por “*estado*”.

En esa guisa, aclararemos que, el *estado* es sólo atribuible a las personas físicas, no así a las personas morales, en este tenor debemos entender por *estado*

³⁷ *Ibíd*em, p. 291

³⁸ A. ZANNONI Eduardo, *Derecho de Familia, Tomo I*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 118.

la situación que una persona tiene ante la ley o posee respecto de la familia de la que forma parte, como sería el ser pariente, o estar casada. En relatadas condiciones se puede entender que el autor en comentario al referir, “*que trasciende en la constitución de un estado de familia entre ambos*”, se refiere al estado de casados, y con relación a la familia, al parentesco que nace de dicha unión, el cual puede ser por consanguinidad, afinidad o civil.

Por lo que respecta a que se generan relaciones recíprocas determinadas por la cohabitación, la fidelidad y la asistencia, el autor en comentario habla sobre los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, como lo es el cohabitar, mantener una relación de respeto y proporcionarse lo necesario para la subsistencia de ambas partes. En cierta forma y como más adelante lo expresa el profesor, este concepto de matrimonio es más una descripción de lo que debe ser el matrimonio, sin embargo, en la citada obra el autor realiza una diferenciación entre matrimonio-acto y matrimonio-estado y dice: “*Cuando se hace referencia al matrimonio, conviene distinguir entre el acto jurídico que lo constituye, y la relación jurídica que entre los cónyuges se establece como consecuencia del acto constitutivo*”³⁹.

Así, podemos entender el *acto* como la expresión de la libre voluntad de los contrayentes, que deciden unir sus vidas por medio del matrimonio, recordemos que acto jurídico es aquél que tiene el ánimo, por tal situación debe expresarse y exteriorizarse, y más aún cuando se trata del matrimonio que la ley prevé, el cual tiene que cumplir con la solemnidad. Pero qué significa el *matrimonio-estado* para el autor en cita, pues es lo que él llama la relación que nace de la celebración del matrimonio, traducándose en derechos y obligaciones que emanan del *estado de familia* y que deben darse para que sigan cumpliéndose con los fines del matrimonio.

³⁹ Ob. cit. p. 119.

De la última parte del párrafo que antecede, surge un nuevo concepto: *finis del matrimonio*, que para otro autor sería el objeto del matrimonio, empero para el autor en cita significa el cúmulo de derechos y deberes que contrae cada parte en el matrimonio, los cuales serían, según el concepto dado por el autor en estudio: *“la fidelidad, asistencia cohabitación, y de los que, respecto de los hijos, fijan las normas generales”*⁴⁰, significando lo anterior, que los cónyuges deben en primer plano procurar la propagación de la especie, y luego de cumplir con lo anterior, deberán de educar, ayudarse mutuamente y el remedio a la concupiscencia (la satisfacción sexual de los esposos), esta idea es tomada del derecho Canónico.

Por último y para resaltar sobre qué debemos entender por *estado de matrimonio* analizaremos cómo lo interpretan otros autores, los cuales dan el siguiente concepto: *“Situación Jurídica permanente y abstracta que confiere a los cónyuges el estado civil de casado; generadora de derechos, deberes y obligaciones en forma constante y que afectan tanto a los casados como a sus hijos y demás parientes,”*⁴¹. De lo anterior podemos colegir que el estado serían los efectos del matrimonio, los cuales se dividen en tres rubros 1) *efectos respecto de las personas de los cónyuges*, 2) *efectos respecto de los bienes de los esposos*, y 3) *efectos respecto de las personas y bienes de los hijos*⁴².

Por lo que respecta al inciso marcado con el numeral 2) los autores se refieren a la situación patrimonial que se forma al contraer nupcias; por lo que respecta al inciso 3) los autores se refieren a lo que conocemos como filiación, y otras figuras que más adelante se desarrollarán, dando a cada una un espacio, ya que son importantes para el desarrollo del presente tema de tesis, pero regresando a los efectos del estado de matrimonio con relación a las personas de los cónyuges, dichos autores hacen alusión a que son contribuciones a los fines del matrimonio, como lo es “el socorro mutuo, cohabitación, ayuda mutua, debito

⁴⁰ Ibidem. p. 121.

⁴¹ BAQUEIRO Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, Derecho de Familia, Editorial Oxford, 2005, p. 90.

⁴² Ob. cit. p. 91.

carnal, reproducción o reproducción asistida y fidelidad; en esta guisa, podemos darnos cuenta que otra vez estamos ante lo que el maestro Ernesto Gutiérrez y González llama objeto del matrimonio, y para Eduardo A. Zannoni, son los fines del matrimonio, entonces podemos concluir que el vínculo matrimonial visto como contrato o como acto jurídico, como *estado*, es válido porque lo conceptualizaremos en formas similares, algunos más técnicos y otros más descriptibles de lo que debe ser y lograrse en el matrimonio.

1.3.2.- Concubinato.

Como ya se expuso, las relaciones familiares y la forma de agruparse han variado de acuerdo a la época en que se desarrollan. Al principio eran consideradas como relaciones que existían por el instinto de los hombres antiguos, sin embargo, conforme se fue evolucionando, se fueron agrupando en diversas formas, pasando por la familia gentilicia, la doméstica, las *tribus*, *el matrimonio cum manu o sin manu*; éste último se asemeja al concubinato, tal afirmación se basa en el hecho que en dicha relación se atendía a lo que se conoció como el *usus*, que significa vivir más de un año juntos, sin embargo se llegó a la figura del matrimonio, la cual durante mucho tiempo fue considerada la única fuente del parentesco, y pese a que varios doctrinarios se han opuesto a que el concubinato sea equiparado al matrimonio, es un cambio social que tuvo que aceptarse y regularse para dar seguridad a las familias que encontraban en esta figura una forma de vida y constitución de su familia.

Resaltando lo antedicho, respecto que varios autores han criticado el concubinato. El profesor Flavio Galván Rivera, en su obra “El concubinato en el Vigente Derecho Mexicano” nos refiere lo siguiente: *“Así, en conferencia dictada en el Aula Magna ‘Jacinto Pallare’ de la Facultad de Derecho de México, el profesor Francois Chabas, al citar a su compatriota Jean Carbonnier, afirmó que el concubinato en un hecho tan despreciable que el derecho no se debe ocupar de él; es un hecho ajurídico, del que el Derecho Francés sólo se ha ocupado*

recientemente en materia de Seguridad Social, con la finalidad de proteger a la concubina y a los hijos habidos del concubinato”,⁴³ de lo anterior se puede percatar uno que la figura en estudio, ha sido cuestionada por los que se oponen a la misma, sin embargo, tal como se puede percibir de la cita que antecede, la sociedad no puede cerrar los ojos frente a esta forma de vivir de las parejas que así lo deciden.

Al igual que el matrimonio, el concubinato es conceptualizado de diversas formas, unos lo consideran un acto jurídico, otros una simple unión heterosexual, una forma de vida adoptada por un hombre y una mujer, o por la simple apariencia de casado, sin embargo el autor en cita en la obra ya referida, realiza una recopilación de diversos autores y la definición que dan cada uno de éstos respecto del concubinato, las cuales se transcriben para un mejor análisis.

“1.- En el diccionario de derecho privado se encuentra la siguiente definición: ...Del latín concubinatos, trato, vida marital del hombre con la mujer cohabitación o acto carnal realizado por un hombre y una mujer. Esta idea general ha de concretarse para dar a la palabra concubinato su significación propia y concreta, ya que el concubinato no sólo supone una unión carnal no legalizada, sino que es una unión duradera, continua y de larga duración realizada entre un hombre y una mujer sin estar santificada por el vínculo matrimonial.

2.- Guillermo Cabanellas:... es el estado en que se encuentran el hombre y la mujer cuando comparten casa y vida como si fueran esposos, pero sin haber contraído ninguna especie de matrimonio.....ni canónico ni civil

3.- Rafael de Piña:... es la unión de un hombre y una mujer, no ligados por el vínculo matrimonial a ninguna otra persona, realizada voluntariamente, sin formalización legal, para cumplir los fines atribuidos al matrimonio en la sociedad.

4.- La profesora Sara Montero Duhalt:...como la unión sexual de un solo hombre y una sola mujer que no tienen impedimento legal para casarse y que viven como si

⁴³ GALVÁN Rivera Flavio, El Concubinato en el Vigente Derecho Mexicano, Editorial Porrúa, 2003, p. 1.

fueran marido y mujer en forma constante y permanente por un periodo mínimo de cinco años. Este plazo puede ser menor si han procreado."⁴⁴

Ahora bien, de lo anterior se deduce que el concubinato se define como la unión de un solo hombre y una sola mujer, de manera permanente y cohabitando en un mismo domicilio. Tal requisito es indispensable para que se esté en el supuesto del concubinato. Asimismo, se puede encontrar otra serie de requisitos o fines de dicha unión, como es el hecho que se cumplan con las obligaciones que nacen del concubinato, las cuales serían el proporcionarse ayuda mutua y en algunos casos, el procrear descendencia; en este último caso, es menester precisar que al momento de procrear de inmediato se estaría reconociendo la existencia del concubinato, y si no fuese de esa forma las parejas que optan por dicha unión, serán reconocidas hasta que pase un término de cinco años haciendo vida en común.

Pero lejos de los conceptos que manejan todas y cada una de las definiciones respecto del concubinato, se pueden estudiar los efectos del mismo como lo es la presunción del estado de matrimonio o lo que el maestro Ernesto Gutiérrez y González denomina apariencia del estado de casado; lo anterior se debe entender de la siguiente forma, que ante la sociedad las parejas que cohabitan permanentemente ante todos, son considerados como esposos, sin embargo, sólo es apariencia ya que no se contrajo matrimonio, en virtud de que sólo se aparenta estar casados, al respecto debe hacerse hincapié que no se debe confundir entre haber contraído nupcias y el estado de casado, ya que en el primero se cumplió con la solemnidad y en el segundo falta esa solemnidad para la existencia del contrato.

Corolario de lo anterior, sería el hecho de comparar los elementos de existencia y de validez de ambos contratos, mientras que en el matrimonio se

⁴⁴ Ob. cit. pp. 120 y 121.

cumplió con todos los requisitos de validez (objeto, consentimiento y solemnidad), en el concubinato se cumple con los dos primeros, empero falta la solemnidad, motivo por el cual cobra especial relevancia el consentimiento, ya que ante la falta de solemnidad se estaría frente a la inexistencia del matrimonio pero no del concubinato. Así se puede deducir validamente que si hablamos del concubinato, como contrato cumple con todos y cada uno de los elementos de existencia, ya que el consentimiento esta presente, el objeto es hacer una vida en común y contraer los derechos y obligación tanto con la pareja como con los hijos nacidos dentro del concubinato, está contemplado dentro de la ley y hay capacidad de las partes para contraer el contrato de concubinato.

Prosiguiendo con el estudio de esta figura se dice que es un acto jurídico. Al respecto el profesor Flavio Galván Rivera expone: *“Si por acto jurídico se entiende la manifestación de la voluntad, con la intención de generar consecuencias de Derecho, sancionada por una norma jurídica, resulta claro que el concubinato es un acto jurídico unilateral plurisubjetivo, toda vez que para su existencia se requiere, como elemento sine qua non, la manifestación de dos voluntades distintas pero coincidentes en un fin común, que en este caso sería la convivencia para constituir una nueva familia, que recibe la sanción o aprobación del sistema normativo vigente”*⁴⁵.

Sin duda alguna, se debe explicar por qué dicho autor refiere que el concubinato es un acto jurídico unilateral y plurisubjetivo; entonces, explicaremos qué es un acto unilateral por que tiene un mismo fin, el de cohabitar y hacer vida en común y crear una nueva familia. Aunque son varios los fines se engloba en un solo propósito para ambos, si no fuese de esa forma sería un acto plurilateral donde cada uno de los sujetos tendría un propósito diverso al realizar un acto jurídico como el concubinato, ejemplo de lo anterior sería el hecho que uno buscara cohabitar y formar una familia y el otro pretendiera obtener una

⁴⁵ Ídem, p. 122.

remuneración económica con cohabitar y formar una nueva familia, bueno, aunque en muchas ocasiones así se plantea ante los tribunales competentes.

Por lo que hace a que el concubinato es un acto jurídico plurisujetivo, se puede explicar de forma muy concreta, exponiendo que es un acto donde se manifiesta y se exterioriza el consentimiento de ambos sujetos para asumir las consecuencias y cargas que nacen de la realización de dicho acto, la cual debe ser de forma voluntaria. Pero, ¿qué pasa cuando uno de los sujetos no cumple con su obligación de dar alimentos a sus acreedores alimentarios?, ¿se estaría ante una modificación del término plurisubjetivo?, pues no, porque al momento de celebrar el acto (entendiéndose la unión o decisión de cohabitar y formar una nueva familia) se obligó y tenía conocimiento de las consecuencias que atraería la consumación de dicho acto, unirse en concubinato, motivo por el cual fue exteriorizado su consentimiento con la aceptación de vivir bajo ese rubro.

En esta guisa, podemos afirmar que en este acto, contrato, o estado de matrimonio, cobra especial relevancia el consentimiento de las partes, tal afirmación se sustenta en el hecho que si no fuese esa la base del concubinato no existiría, alejándonos un poco de los doctrinarios, y trasladándonos un poco más a la realidad social, aunque algunos se molesten por tal situación, al tratarse este de un trabajo jurídico, pese a eso se puede ver en la vida real que cuando una pareja que decidió unir su vida bajo el rubro del concubinato, ya no está conforme o varía el fin de cada uno de los sujetos, el concubinato se puede dar por terminado con el simple consentimiento de las partes, lo que es muy sano ya que se reconoce como fuente del mismo el consentimiento, e incluso se puede uno percatar que cuando una pareja decide terminar su relación de concubinato es menos dolorosa para ambos, contrario a lo que sería el divorcio donde se pueden herir y destrozarse al momento de exponer ante un Órgano Jurisdiccional su caso particular, pese a la anterior afirmación, no se afirma que el concubinato es el estado perfecto, ya que cada una de las personas puede decidir si contrae nupcias o simplemente unen sus vidas por medio del concubinato.

1.3.3.- Filiación.

La filiación es considerada fuente del parentesco; sin embargo, con el desarrollo del presente punto, el trabajo en cuestión toma su verdadero cause, ya que se empiezan a analizar las relaciones paternofiliales, así como las obligaciones y derechos que nacen de la filiación para todos y cada uno de los sujetos que forman parte de dicha relación. En primer término, analizaremos si la paternidad es sinónimo de filiación, ya que autores como Rafael de Piña, argumentan que la paternidad significa: *“en sentido estrictamente gramatical, calidad de padre, como maternidad significa calidad de madre; pero en el sentido jurídico significa la relación existente entre los padres y los hijos”*⁴⁶. Continúa diciendo: *“En un sentido amplio, bajo la denominación general de paternidad, se comprende no sólo el vínculo especial que une al padre a los hijos, sino también el de la maternidad, con el cual están unidos la madre y sus hijos”*⁴⁷ y establece que la filiación en su aplicación al derecho civil, *“equivale a procedencia de los hijos respecto de sus padres.... pues, una relación de origen, que permite señalar una ascendencia precisa a la persona física”*⁴⁸, de lo anterior el catedrático en cita menciona que varios autores plantean que filiación y paternidad son sinónimos, o tienen cada uno un significado y tienen diverso contenido.

En este sentido, se puede asegurar que se trata de dos palabras que constituyen una relación lógica y necesaria, pues una conlleva a la otra, ya que no puede existir hijo sin padre y el padre supone al hijo, en este contexto son dos términos jurídicos de la misma relación, en virtud de la existencia de un vínculo paternofilial en el que los extremos son los padres y los hijos, lo que lleva al marco legal a igualdad de consecuencias jurídicas.

⁴⁶De Piña Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción, Personas y Familia, Editorial Porrúa, 2000, p. 349.

⁴⁷ Ídem, p. 349.

⁴⁸ Ídem, p. 350.

Al respecto de la filiación el catedrático Rafael Rojina Villegas, establece que la filiación se puede concebir en un sentido amplio y en un sentido restringido. La primera la considera como: *“el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado”*⁴⁹; entendiéndolo anterior, como la relación que existe entre ascendientes y descendientes como son padres, abuelos, bisabuelos, etc., así como los hijos, nietos, bisnietos, etc. La filiación en sentido restringido se entiende como el vínculo jurídico que existe entre los progenitores y los hijos, que nacen de la procreación y que tiene consecuencias jurídicas ya que crea un conjunto de derechos y obligaciones entre tales sujetos.

De igual forma, el citado autor establece que existe una filiación legítima y otra natural, la primera es, como ya se estableció, un vínculo jurídico naciente de los hijos concebidos durante el matrimonio, sin embargo hace referencia a lo siguiente: *“En nuestro derecho se requiere que el hijo sea concebido durante el matrimonio de los padres, y no simplemente que nazca durante el matrimonio, porque pudo haber sido concebido antes del mismo, nacido cuando sus padres ya habían celebrado matrimonio”*⁵⁰

La filiación natural, es aquella que le corresponde al hijo que fue concebido cuando la madre no estaba unida en matrimonio, tomando como nuestra legislación el momento en que fue concebido el hijo para determinar si es natural o legítima. En este mismo contexto el autor nos refiere que existen tres formas de filiación natural que puede ser simple, adulterina y la incestuosa, entendiéndolo como simple cuando el hijo es concebido fuera del matrimonio, la adulterina cuando la madre o el padre están casados con diversa persona y procrean un hijo con otra persona, y por lo que respecta a la filiación natural incestuosa se refiere cuando es concebido un hijo con un pariente en el grado que lo impide la ley, ejemplo de lo anterior el procreado por ascendiente y descendiente, hermanos o medios hermanos o entre parientes en tercer grado en línea colateral, tíos y

⁴⁹ ROJINA Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil: Introducción, Personas y Familia, Editorial Porrúa, 2005, p. 457.

⁵⁰ Ídem, p. 457.

sobrinos. Cabe resaltar que el incesto puede ser dispensado, si existe matrimonio, en caso contrario el hijo será determinado como incestuoso.

Respecto de la paternidad y la maternidad, Rojina Villegas comenta: *“La maternidad es un hecho susceptible de prueba directa y, por consiguiente, perfectamente conocido. En cambio, la paternidad es un hecho que no puede probarse en forma directa, sino sólo presumirse”*⁵¹; lo anterior es así, ya que la prueba de la maternidad puede ser el parto o alumbramiento y la identidad de la madre con el hijo que dio a luz, lo que se puede hacer con testigos. En cambio la paternidad queda legitimada si el hijo nace dentro de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, por lo tanto, ya no es presunción sino legitimación, salvo que el supuesto padre no ejercite la acción de contradicción de paternidad. Al respecto, el artículo 340 del Código Civil para el Distrito Federal, establece lo siguiente: *“La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento”*⁵², en tal virtud sólo en casos especiales en los que se dude de la paternidad o de la maternidad se utilizarán las pruebas antes referidas.

Por su parte, los catedráticos Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, definen a la filiación como: *“el vínculo que crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado y, por lo tanto, constituye la forma más cercana de parentesco”*⁵³. De lo anterior, podemos establecer válidamente que los autores en cita manejan un concepto restringido de la filiación, al argumentar que se da sólo entre los progenitores y sus hijos los cuales forman el núcleo social primario de la familia, en la cual se crea un vínculo jurídico que la propia ley le atribuye derechos y obligaciones.

Así, dichos autores establecen de manera clara, la diferencia entre la paternidad -entendiéndola también como maternidad- y la filiación, que es un

⁵¹ *Ibidem*, p. 459.

⁵² Código Civil para el Distrito Federal, p 43 (reformas del 25 de mayo del 2000)

⁵³ BAQUEIRO Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, Derecho de Familia Edición, Editorial Oxford. p. 227.

vínculo existente entre el padre o la madre y sus hijos, desde el punto de vista de los hijos y la paternidad como el vínculo entre los padres y los hijos desde el punto de vista de los progenitores. De lo anterior podemos deducir que la paternidad y la filiación es el vínculo existente entre los progenitores y sus descendientes desde el punto de vista de unos y otros, reconociendo como forma de prueba de la filiación en primer término el acta de nacimiento, la posesión de estado de hijo de la cual ya se comentó en líneas que preceden, y todos los medios probatorios que la ley reconoce, así como los avances científicos al respecto.

Siendo menester, precisar que de la filiación, nacen varias figuras relacionadas con los lazos que se crean entre los padres e hijos, muchas de ellas tienen sus orígenes en el antiguo derecho romano, las cuales han evolucionado a lo largo del tiempo, pero siempre conservando la esencia de las mismas, en tal virtud en los puntos que más adelante se desarrollarán, se realizará un breve recuento de dichas figuras e instituciones que nacen de la filiación, lo anterior, por considerar que es necesario conocer cómo nacieron y la evolución de éstas.

En otro contexto una pregunta obligada sería el hecho de que por qué no se desarrolló el tema de divorcio, pues la respuesta es muy sencilla, lo anterior en virtud de que, si bien es cierto que la problemática que aborda este trabajo tiene sus orígenes generalmente en la disolución del vínculo matrimonial, en donde se procrearon hijos, también debe reconocerse que dicha problemática no sólo se presenta cuando los cónyuges deciden dar por terminado el contrato o disolver su vínculo matrimonial, sino como ya se ha venido exponiendo al desarrollarse el presente tema, también los concubinos tienen esa problemática respecto de los hijos nacidos de dicha unión.

En relatadas condiciones, se puede hacer referencia brevemente de qué debemos entender por disolución del vínculo matrimonial o bien conocido como divorcio, para lo anterior, veremos cómo lo conceptualizan los profesores Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni que dicen lo siguiente: *“El matrimonio puede*

*disolverse por diversas causas sobrevinientes a su celebración. Cualquiera que fuere la causa, la disolución importa la extinción de la relación jurídica matrimonial y por ende de su contenido. Esto quiere decir que la disolución no opera en referencia a la estructura del acto jurídico matrimonial como tal. La disolución del vínculo supone que, el acto constitutivo del matrimonio operó de acuerdo con los presupuestos de existencia y validez exigidos por el ordenamiento jurídico. Y es por eso que la invalidez del acto que implica la nulidad del matrimonio, no constituye supuesto de disolución*⁵⁴.

De lo anterior, se puede colegir que la disolución del vínculo matrimonial no significa la nulidad del matrimonio, toda vez que cumplió con todos y cada uno de los requisitos de existencia y validez, sino que es la expresión de la voluntad (divorcio voluntario o cualquier otra de las causales que contempla el artículo 267 del Código Civil) para disolver el vínculo matrimonial (resolución Judicial necesariamente) y otros factores como lo es la muerte o por la declaración de ausencia de uno de los cónyuges. Así es como podemos conceptualizar el divorcio. Ya una vez aclarado este punto es imprescindible desarrollar los puntos que preceden, para acercarnos al punto clave del presente tema.

1.4.- Instituciones y Figuras Jurídicas en relación con la Filiación

1.4.1.- Patria Potestad.

En el Derecho Romano, el poder que ejercía el *pater familias* sobre las personas y las cosas de la casa (*domus*), era conocida como poder sobre la familia (*manus*), lo que ocurrió al principio, luego solo lo ejercía sobre la mujer con la que había contraído matrimonio, empero dicho poder sobre todos los que formaban parte de su casa adquirió otras denominaciones como lo son: “*sobre los hijos y nietos patria potestad, sobre su esposa y nueras manus, sobre algunas*

⁵⁴ A. BOSSERT Gustavo, Azannoni Eduardo, Manual de Derecho Familiar, Editorial Astrea, 1991, p. 327.

*personas libres mancipium, sobre sus esclavos dominica potestas, sobre sus libertos iura patronatus*⁵⁵. Así se puede resaltar que el poder que ejercía sobre las personas que se encontraban bajo su potestad era absoluto y comprendía el derecho sobre la vida y muerte, el derecho de vender o ceder a un tercero, a su ascendiente o un hijo sujeto a su patria potestad *filii familias*, para liberarse de las consecuencias que la comisión de un delito que un sujeto de patria potestad hubiere cometido.

Sin embargo, al paso del tiempo y con la llegada del Derecho Justiniano, se limitó el poder del *pater familias* al derecho de corregir a los hijos, siendo menester precisar que las mujeres de esa época “*no podían ejercer la patria potestad, ni atraer a su descendencia a la potestad de sus propios padres*”⁵⁶. De igual forma las fuentes por las cuales se podía ejercer patria potestad eran las *iustae nuptiae*, que era el matrimonio o ceremonia del matrimonio, específicamente se refiere a los hijos nacidos después de ciento ochenta y dos días contados a partir de la celebración del matrimonio, sin embargo el hijo nacido fuera del matrimonio sigue la condición jurídica de la madre y nace *sui iuris* entendiéndose lo anterior, no depender legalmente de alguien u obrar por su propio derecho.

También era considerada como fuente de la patria potestad la legitimación, que se refería a los hijos nacidos fuera del matrimonio, la cual se realizaba si se subsanaba tal omisión contrayendo nupcias después del nacimiento, o por una respuesta del príncipe al reconocimiento del hijo, lo anterior en caso de que no existieran hijos legítimos y por ablación a la curia, “*cuando el padre ofrece que su hijo desempeñara las funciones de decurión. El derecho clásico no conoció ningún acto para legitimar, fue la influencia cristiana quien introdujo estas formas de legitimación*”⁵⁷. Otra fuente sería la *Adopción*; se puede entender que un adoptado salía de la potestad de su *pater familias* y se incorporaba con otro *pater familias*

⁵⁵ BIALOSTOSKY Sara, Panorama del Derecho Romano, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 52.

⁵⁶ Ob. cit. p. 53.

⁵⁷ Ídem, p. 53.

quien era el adoptante, siendo menester precisar que al principio la adopción era una venta ficticia que se realizaba por tres veces y seguidas por sus correspondientes reivindicaciones, y con la última de éstas se lograba que el magistrado adjudicara la patria potestad al adoptante, sin embargo, a la llegada del derecho justiniano, se realizaba con la manifestación del padre natural hecha ante magistrado en presencia del adoptante y el adoptado.

Otra fuente de la patria potestad era lo que se conocía como *adrogatio*, esta forma se adquiría cuando un *pater familias* se sometía a la potestad de otro *pater familias*, desapareciendo la primera familia e incorporando sus miembros y su patrimonio con el adrogante, siendo menester precisar que no sólo desaparecía la familia sino que también el culto de la misma, por lo tanto era considerada de orden público y debía solicitarse por medio de un *rogatio* (petición a la autoridad). La catedrática Sara Bialostosky abunda respecto de esta figura lo siguiente: “*Cuando cayeron en desuso las comitias, la adrogación se realizó en presencia de treinta lictores. A partir de Dioclesiano se admite que la adrogatio pueda hacerse también por rescripto del príncipe (per rescriptum principis)* prosigue diciendo: “*No podían ser adrogadas las mujeres ni los impúberes, Antonio Pío permitió la adrogación de impúberes y el Derecho Justiniano la adrogación de las mujeres. La adrogatio a partir de esta época perdió su función original y se realizó para crear un vínculo ficticio de parentela y permitir tener derechos sucesorios*”⁵⁸.

Otro aspecto de la patria potestad sería lo correspondiente al patrimonio, en el cual según la costumbre romana era que el hijo de familia no podía ser titular de derechos, entendiéndose lo anterior como las cosas corporales, los derechos reales, los créditos, y los sucesorios del hijo se entendía que eran adquiridos por el *pater familias*, empero las deudas contraídas por los descendientes, (*filius familias*) no tenían efectos jurídicos en contra del *pater familias*, situación que provocaba muchas injusticias para los terceros que contrataban con los sujetos a potestad, por lo que más adelante se creó como medio de protección la acción *adiectitiae*

⁵⁸ Ídem pp. 54 y 55.

qualitatis. Antes de culminar con la forma en que los romanos concebían a la patria potestad, debe precisarse la forma en que se extinguía la misma, al respecto la autora en cita refiere: “*La patria potestad no se extingue ni por la mayoría de edad del hijo, ni se extingue por su matrimonio, ni por su ingreso a la milicia, ni siquiera cuando se le nombra para desempeñar las más altas magistraturas civiles. Por ser una institución de tal importancia, tampoco se extingue por el simple acuerdo entre las partes*”⁵⁹, en relatadas condiciones, las formas de extinguirse la patria potestad son: por la muerte del *pater familias* o del hijo o por caer cualquiera de los dos en *capitis deminution máxima o media*, lo que significa perder alguna capacidad legal que compone la personalidad jurídica romana (*libertatis, civitatis, familiae*).

También se podía extinguir por el nombramiento del hijo a algunas magistraturas religiosas muy relevantes, por matrimonio *cum manu* de la hija, por la emancipación, por adopción, siendo menester precisar que en este caso pasaría a formar parte de otra patria potestad, por disposición judicial y por último en el tiempo de Justiniano por exposición o prostitución del hijo. Ahora bien, se analizaron los aspectos más importantes de la institución de la patria potestad en el antiguo derecho romano, sin embargo, es imprescindible analizar lo que en la actualidad es el ejercicio de la patria potestad, lo cual nos conlleva a citar algunos autores e ir relacionándolos con lo dispuesto en el Código Civil vigente.

El Maestro Ernesto Gutiérrez y González, refiere que la patria potestad deriva del contrato de matrimonio, así como del contrato de concubinato respecto de los frutos, comprende las siguientes partes:

“ a) *¿Qué es la patria potestad? y efectos de ella respecto de la persona del incapaz,*

b) *Efectos de la patria potestad respecto de los bienes del sujeto a potestad,*

⁵⁹ Ídem, p. 55

- c) *Suspensión de la patria potestad,*
- d) *Limitación de la patria potestad,*
- e) *Pérdida de la patria potestad,*
- f) *Excusas para ejercer la patria potestad.*⁶⁰

Por lo que respecta a los incisos a), b) y f) se analizarán en el presente punto, no así lo referente a los incisos c), d) y e), ya que lo referente a estos será materia de estudio en puntos que más adelante se desarrollarán. En tales condiciones el autor en comento, elaboró el siguiente concepto de patria potestad: *“Es el conjunto de deberes que la ley impone, en primer lugar, al padre y a la madre, respecto de sus descendientes en primer grado incapaces por cualquier causa, para educación y custodia, así como para la guarda de sus bienes patrimoniales pecuniarios. La patria potestad, si fallecen la madre y el padre, pasa a las personas que determina la ley y es irrenunciable, y sólo se puede suspender cuando la ley lo determina y por decisión del juez civil de lo familiar.”*⁶¹

Entonces, se debe precisar quienes tienen el deber de ejercer la patria potestad, pues en primer término el padre y la madre conjuntamente y en igualdad de condiciones, sólo si faltare algunos de ellos por muerte, la ejercerá el que sobreviva, empero si fallecieran los dos o si ambos se vuelven incapaces, la patria potestad sería ejercida por los ascendientes en segundo grado, (abuelos paternos o maternos) claro, en el orden que determine el órgano jurisdiccional correspondiente, y respecto de los adoptados el adoptante o adoptantes. También se da el caso en que los cónyuges o concubinos dejen de vivir en un mismo domicilio, sin embargo, ese tema se desarrollará más adelante.

En la actualidad mucho se habla respecto de los correctivos que utilizan los padres para educar a sus hijos, cuestionándose si al hacerlo no se está ante la llamada violencia familiar contemplada en el artículo 323 ter del Código Civil, sin

⁶⁰ GUTIÉRREZ y González Ernesto, Derecho Civil para la Familia, Editorial Porrúa, México, 2004, p. 432.

⁶¹ Ob. cit. p. 432.

embargo, hay que estudiar lo que dice el citado ordenamiento legal al respecto, en sus artículos:

Artículo 422. A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia incumbe la obligación de educarlos convenientemente.

Cuando llegue a conocimiento de los consejos Locales de Tutela o de cualquier autoridad administrativa que dichas personas no cumplen con la obligación referida, lo avisarán al Ministerio Público para que promuevan lo que corresponda”

“Artículo 423. Para los efectos del artículo anterior, quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos de lo dispuesto en el artículo 323 ter de este Código.

De lo anterior, se puede advertir que es una obligación de los padres educar a sus hijos y en caso de no cumplir con tal salvedad, la autoridad administrativa estará en condiciones de hacerlo del conocimiento del Ministerio Público, de igual forma obliga a los que ejerzan la patria potestad a mantener conductas que sirvan de ejemplo a los menores para un buen ejemplo, sin embargo, es de hacerse notar que al referirse a la facultad de los que tienen las personas quienes ejercen la potestad sobre los menores, se dejan de precisar las limitantes, en tal virtud, se puede estar ante el levísima situación de que los obligados a educar ejerzan violencia psíquica, lo anterior en virtud de que la violencia física no tiene dificultad para saber cuando se ejerció en forma excesiva; de lo anterior, podemos establecer que una de las obligaciones que tienen los que ejercen la patria potestad es el educar a los que estén bajo ésta, pero siempre con mesura al corregirlos.

Otra obligación que por ley tienen los que ejercen patria potestad, es el de representar a los menores o incapaces, así el artículo 435 del Código Civil, establece lo siguiente: *“los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen conforme a las prescripciones de este código”*; de lo anterior, es menester hacer una comparación de la forma en que se manejaba este aspecto en el Derecho Romano. En Roma los que ejercían la patria potestad eran propietarios de todos los bienes de los sujetos a esta institución y en la actualidad únicamente lo pueden administrar, siendo lo anterior algo que busca que la riqueza de los menores e incapaces pueda salvaguardarse del manejo inadecuado, ya que existen normas que protegen dicho patrimonio, lo anterior en virtud de que los menores e incapaces carecen de capacidad, ejercicio para celebrar actos respecto de dichos bienes.

Y por lo que concierne a la obligación de representar a los menores e incapaces, que contempla el artículo antes aludido, el maestro Ernesto Gutiérrez y González, refiere lo siguiente: *“ los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los incapacitados, y la verdad eso hace pensar que debe de haber otra “ilegítima representación” y sin embargo no hay tal”*, así prosigue diciendo *“Y no bastó lo anterior, sino que unas cuantas palabras después dicen que tienen la Administración Legal, y cabe de nuevo preguntarles a semejantes sujetos ¿Cuáles son los administradores ilegales?”*⁶². Argumentando que el legislador al resaltar “legítimos representantes” y “administración legal” realiza un pleonismo, lo cual a su parecer no era necesario.

Abundando un poco en la obligación de administrar los bienes del sujeto a potestad, debe resaltarse que hay dos tipos de bienes los cuales son los adquiridos con el trabajo del incapacitado y los bienes que adquieren por cualquier otro título, pero qué diferencia hay entre unos y otros, pues los que adquieren con el producto de su trabajo pueden ser administrados por los incapacitados y los que

⁶² GUTIÉRREZ y González Ernesto, Derecho Civil para la Familia, Editorial Porrúa, México, 2004, p. 435.

adquieren por otro título necesariamente los administra el que ejerce la patria potestad, pero como ya se precisó, tal administración es controlada, ya que existe la obligación de rendir cuentas y no pueden realizar actos de dominio sobre bienes muebles sin autorización del juez competente, acreditando el beneficio del sujeto a potestad, de igual forma no pueden arrendar por más de cinco años, ni vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, ganado por menos del valor que se coticen, ni hacer donación, remisión, ni celebrar contratos de fianza en representación de los incapaces. Lo anterior, es así ya que los menores e incapaces carecen de capacidad de ejercicio pero no de goce, por lo cual no pueden ejercer sus derechos y necesariamente lo deben realizar por conducto de representante.

Antes de terminar con el desarrollo del presente punto, es menester precisar que otras obligaciones de las personas que ejercen la patria potestad de los menores e incapaces, es la obligación alimentaria, la cual debe cubrir lo establecido en el artículo 308 del Código Civil. Al respecto se han hecho modificaciones a diversos ordenamientos legales (lo que más adelante se desarrollará), ya que existe la posibilidad de suspensión de la patria potestad ante el incumplimiento a dicha obligación.

1.4.2.- Ejercicio atípico y pérdida de la patria potestad.

El punto a desarrollar es de suma importancia para el presente trabajo, ya que de éste se empiezan a desprender los problemas que se suscitan en la materia que nos ocupa. Ya se tiene claro qué es la patria potestad y quiénes pueden ejercerla, así como cuáles son las obligaciones y derechos de quienes la ejercen. Sin embargo, es de todos conocido que en la vida familiar se suscitan factores que modifican los esquemas familiares, tanto en el matrimonio como en el concubinato, mismos que influyen evidentemente en las relaciones paternofiliales comunes.

En esa tesitura, debemos hablar sobre la suspensión, limitación y pérdida de la patria potestad, aclarando que en este punto sólo se abordará la forma en que son concebidas ante la ley, ya que posteriormente se abundará sobre las mismas y se interrelacionarán con otras figuras. Al respecto, la ley claramente nos indica cuándo se suspende la patria potestad. La primera causa es cuando el que ejerce la patria potestad sea declarado incapaz por resolución judicial, es claro que la persona que pierde la capacidad de ejercicio, no puede representar a otro que tiene la misma carencia, por tal motivo, es necesario que ante tal situación la potestad sea suspendida, pudiendo seguirla ejerciendo el otro progenitor o los ascendientes en segundo grado a elección del juez.

De igual forma, la patria potestad se suspende cuando quien la ejerza sea declarado ausente en forma, o tenga malos hábitos como lo es el consumo del alcohol, hábito de juego, uso no terapéutico de sustancias ilícitas, o cualquier otra que pongan en peligro al menor. También la potestad se suspende por sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión, es menester señalar, que las dos últimas son reformas del veinticinco de mayo del dos mil, hechas al artículo 447 del Código Civil, de igual forma, recientemente se reformó de nueva cuenta el citado artículo, misma que fue publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el día seis de septiembre del dos mil cuatro, en la cual, los legisladores añadieron dos causas más de suspensión de patria potestad, las cuales son:

Artículo 417 [...]

I a IV. [...]

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

VI. Por no permitir que se lleven acabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente.

En otro contexto, se analizará lo concerniente a la *limitación de la patria potestad*. Al respecto el artículo 444 bis del Código Civil, dispone que en ocasiones la patria potestad podrá ser limitada, ya que el citado numeral dispone: “*Artículo 444 Bis. La patria potestad podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación, tomando en cuenta lo que dispone este código*”, de la interpretación del citado numeral, se puede advertir que el juez de lo familiar tiene la obligación de observar la forma en que se limite el ejercicio de la patria potestad, pero con la imperiosa necesidad de resolver respecto de las obligaciones, derechos y medidas inherentes a la patria potestad, lo anterior es así, ya que por ejemplo no se puede dejar de representar al menor, ante dicha situación el juez deberá de resolver sobre quien o limitar la representación del menor, claro está que de acuerdo a las particularidades del caso en concreto.

Por su parte, el maestro Ernesto Gutiérrez y González expone en su libro *Derecho Civil para la Familia*, un concepto sobre lo que se debe entender por *limitación*, el cual elaboró para su obra *El Patrimonio*, asegurando dicho autor que se puede aplicar a cualquier rama del derecho, ya que dice: “*La carga positiva, o bien la abstención que el legislador de una época que se considere, impone al titular de un derecho, a efecto de que no lo ejercite contra el interés de otros particulares o bien contra el interés general*”,⁶³ del anterior concepto, podemos establecer que la limitación es una restricción que la ley contempla cuando al ejercer un derecho puede ir en contra de un interés particular o colectivo, sin embargo, como ya se analizó el artículo 444 bis prevé cuándo se puede limitar, y contempla dos hipótesis una el divorcio y otra la separación.

Ahora bien, toca referirse a la *pérdida de la patria potestad*, pero antes debe hacerse un paréntesis y diferenciar entre *extinción y pérdida*, la *extinción* es consecuencia de sucesos naturales como lo es la muerte, la mayoría de edad, y otra que tiene carácter civil como la emancipación y la adopción, en relatadas

⁶³ GUTIÉRREZ y González Ernesto, Derecho Civil para la Familia, Editorial Porrúa, México, 2004, p. 441.

condiciones se puede colegir que la potestad se acaba cuando deviene algunas de las circunstancias que contempla el artículo 443 del Código Civil. Y por lo que respecta a la *pérdida* es la consecuencia de algún acto, como lo sería que se condene en ese sentido, en los casos de divorcio, en caso de existencia de conductas de violencia familiar en contra del menor, incumplimiento reiterado de las obligaciones alimentarias, por el abandono físico del sujeto a potestad, por el abandono de los progenitores por más de seis meses, cuando el que ejerce la potestad cometa delito doloso contra la persona y bienes del menor, siempre y cuando haya sido condenado por sentencia ejecutoriada y cuando el que ejerza sea condenado dos o más veces por delito grave.

1.4.3.- Guarda y custodia.

Para desarrollar este punto es importante conocer el significado de guarda y custodia, para lo cual se recurre al concepto que maneja el nuevo diccionario Jurídico Mexicano, que las conceptualiza de la siguiente forma: “*Las palabras guardar y custodiar proceden, respectivamente, del germanesco wardo, que significa cuidar, y el latín custos, derivado de curtos, forma agente del verbo curare, que también quiere decir cuidar*”⁶⁴; la obligación de custodiar surgió desde el derecho romano, en específico de las diversas relaciones jurídicas y contractuales en los que se tenía posesión de cosa ajena, lo que se conocía como *custodiam praestare*, donde el deudor respondía de las pérdidas o detrimentos de las cosas ocurridos por su dolo o culpa.

En derecho familiar el concepto de custodia tiene una importancia sustancial, ya que se atribuye a la atención de los menores, así como su guarda, la cual debe ser con especial cuidado, asimismo, comprende las facultades y deberes que competen a los que ejercen la patria potestad o tutela, y en casos muy particulares a un tercero que esté debidamente autorizado para suplir la

⁶⁴ Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Ob. cit. p. 1840.

vigilancia que comprenden el ejercicio normal de los deberes de las instituciones referidas, entonces se debe entender que la guarda material del incapacitado implica la posesión de éste, la vigilancia, protección y cuidado, constituyéndose en una prerrogativa de la potestad, la cual no puede realizarse sin la posesión material del incapacitado, ya que si no se está en posesión del menor, no se puede cumplir con el cometido de protegerlo, educarlo, y buscar su desarrollo físico y emocional, así como satisfacer sus necesidades.

Como se expuso en líneas que anteceden, la guarda y custodia de los incapacitados, puede ser confundida con el ejercicio de la patria potestad, aunque ambas figuras, se refieren al bienestar y cuidado de los menores, la custodia es concebida como el cuidado de la persona del menor, y la potestad no sólo implica el cuidado de la persona, si no que también el cuidado de los bienes. En relatadas condiciones, se puede entender que la potestad se puede seguir ejerciendo aun cuando no se está en posesión del menor, sin embargo para la guarda y custodia, es imprescindible estar en dicha posesión del incapacitado.

Abundando en lo anterior, los profesores Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez, conceptúan a la custodia como: *“una situación jurídica que implica el cuidado directo y vigilancia inmediata de un menor derivada de la filiación o parentesco, de una sentencia judicial o de la determinación contractual de los sujetos a quienes corresponde originalmente”*⁶⁵. Del anterior concepto podemos establecer, que la custodia puede tener origen como una obligación y un derecho de la filiación o parentesco; sin embargo, es importante resaltar que la custodia puede ser determinada por medio de una resolución judicial, o un convenio al respecto, y como ya se dijo, la custodia es sujeta jurídicamente al cuidado y vigilancia de una persona a un incapacitado.

⁶⁵ DE LA MATA Pizaña Felipe y Roberto Garzón Jiménez, Derecho Familiar y sus Reformas más Recientes a la Legislación del Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 257.

También los citados autores refieren que existe otra institución denominada *acogimiento*, ciertamente existe una semejanza entre ambas instituciones, ya que el objeto de las dos es el cuidado y vigilancia de un menor, empero, el acogimiento únicamente se puede dar cuando un menor se encuentra en estado de desamparo, esta figura que tiene orígenes hispanos en la península Ibérica, precede en ocasiones a la adopción y tiene dos variantes, una cuando el acogedor es pariente del menor y el que realiza una institución especializada y personas en general. En la legislación civil aplicable al Distrito Federal, si bien es cierto no se encuentra regulado el acogimiento como tal, el citado ordenamiento legal hace referencia a la primera hipótesis, misma que se encuentra regulada en el artículo 418 del Código Civil, el cual establece: *“las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los tutores, se aplicarán al pariente que por cualquier circunstancia tenga la custodia de un menor. Quien conserva la patria potestad tendrá la obligación de contribuir con el pariente que custodia al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y vigilancia.... La anterior custodia podrá terminar por decisión del pariente que la realiza, por quien o quienes ejercen la patria potestad o por resolución judicial”*

De lo anterior, se puede observar que la figura del acogimiento hecho por un pariente, está regulada por el Código Civil, sin embargo, el ordenamiento en comento, no establece limitante para poder ejercer el acogimiento hecho por parientes, entonces se puede concluir que puede ser hecho en forma ilimitada a todas formas, líneas y grados, salvo los que ejercen patria potestad; en este tenor, se puede observar que al acogedor se le atribuyen facultades propias de la tutela, pero a su vez, se le obliga a seguir cumpliendo con sus deberes al que ejerce patria potestad, contribuyendo con el pariente que se encuentra en custodia del incapacitado. También se puede observar que el citado artículo refiere que quien ejerce la potestad conserva el derecho de convivencia y de vigilancia.

En esta guisa, también se puede abundar respecto del acogimiento hecho por una institución pública, privada, y por persona ajena al incapacitado, primero

se debe insistir que dicha figura sólo se utiliza para incapacitados que se encuentran en desamparo, así el artículo 492 del Código Civil establece lo siguiente: *“Artículo 492. La ley coloca a los expósitos y abandonados bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones previstas para los demás tutores..... Se considera expósito al menor que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen. Cuando la situación de desamparo se refiera a un menor cuyo origen no se conoce, se considerará abandonado. El acogimiento tiene por objeto la protección inmediata del menor; si éste tiene bienes, el juez decidirá sobre la administración de los mismos.... En todo caso, quien haya acogido a un menor, deberá dar aviso al Ministerio Público dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.”*

De la anterior transcripción, podemos establecer que la figura del acogimiento sí es reconocida por el código sustantivo civil, pero sólo por lo que respecta a la figura relacionada con las instituciones públicas o privadas y personas que no guardan un parentesco respecto del acogido, y dicha institución se utiliza únicamente con menores expósitos y abandonados, precisando que los primeros, son aquellos menores que se encuentran en situación de desamparo por aquellos que ejercen la patria potestad pero que se desconoce su origen, y los considerados abandonados, son los que están en similar situación, pero de éstos sí se conoce su origen. Así, de la interpretación exegética del numeral en cita se puede colegir, que los que acogen a un menor tienen el cúmulo de obligaciones y restricciones que establece para los que tiene tutela a su cargo, y en caso de existir bienes, sólo el juez de lo familiar determinará sobre la administración.

1.4.4.- Tutela.

Para conocer respecto de la tutela, es indispensable conocer dicha institución desde sus orígenes, ya que en el derecho romano, se distinguía entre

las personas *sui iuris* (personas que obran por su propio derecho) y las persona *alieni iuris* (personas que dependen legalmente de alguien), éstas últimas son representadas por falta de capacidad ya sea por razones de edad, sexo, enfermedad mental; por tal motivo en el derecho romano se encontraban dos instituciones que cumplían con la función de vigilar, suplir y coadyuvar a las personas que carecían de capacidad, mismas que son la Tutela y la Curatela, siendo menester precisar que en el derecho romano las mencionadas instituciones se excluían una de otra, ya que la tutela únicamente se refiere al pupilo y la curatela existía para gestiones de un patrimonio.

La tutela también se aplicaba a los *sui iuris infans* hasta los siete años y a los impúberes de ambos sexos, hasta los doce años las mujeres y catorce años los hombres, también se aplicaba a las mujeres *sui iuris*, siendo menester precisar que los juristas de esa época reconocían varias clases de tutela:

“ a) *Testamentaria*. A través del testamento el pater familias designaba el tutor de los impúberes. (Tabla XII 5, 3). El tutor así designado no está sujeto a información y no debe prestar la cautio. (Garantía)

b) *Legítima*. A falta de tutor testamentario la ley decemviral (ley de doce tablas) señala que deben ser tutores los agnados (persona que estaba bajo la misma potestad de un pater familias) más próximos y a falta de éstos, los gentiles (gayo 1.1, 155). La tutela legítima es abolida durante el imperio de Claudio. Cuando concurren varios tutores testamentarios o también legítimos, puede encargarse uno de ellos de toda la gestión, dando a los otros una caución.

c) *Dativa*. A falta de tutores testamentarios o legítimos, una *lex atilia* (anterior al año 186 a.c.) dispuso que en Roma el pretor urbano designara un tutor (tutor italiano o dativo). Claudio otorga dicha función a los cónsules y Marco Aurelio crea el *praetor tutelaris*. Durante el Derecho justiniano, a estas formas de dar tutores se les denominaba *dativa*.⁶⁶

⁶⁶ BIALOSTOSKY Sara, Panorama del Derecho Romano, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 60.

Así, se enunciaron las tutelas que reconocía el derecho romano, y por lo que respecta a las funciones de los tutores, una vez aceptado el cargo entraban en funciones, las cuales consistían en administrar los bienes del pupilo, obrando con la *auctoritatis interpositio* (actuación del tutor que implica el consentimiento para los actos jurídicos que realizaba el pupilo) en este caso, las consecuencias caerían directamente en el patrimonio del pupilo, o también podía actuar a través de la *gestio negotiorum* (actuar a nombre de un tercero sin autorización) y en este último caso las consecuencias directas recaían en el patrimonio del tutor. En Roma ya se protegía a los pupilos de actos cometidos por el tutor que repercutieran en contra del pupilo, como lo eran:

“a) Prohibición de enajenar ciertos bienes (D.27,9,1,2).

b) El tutor debe hacer un inventario de los bienes del pupilo.

c) El tutor debe otorgar la cautio rem pupillo salvam fore (D27,8; C5,75).

d) Prohibición de hacer donaciones.

e) Prohibición de contraer matrimonio con la pupila.”⁶⁷

Para evitar que se transgredieran las disposiciones anteriores, los romanos reglamentaron diversas acciones represivas en contra de los tutores que actuaban en contra de los intereses de los pupilos, como lo es la acción pública infamante (*postulatio pública*), por la cual se acusaba al tutor de no estar ejerciendo correctamente su tutela, esta podía ser hecha por un tercero, una autoridad o un familiar, pero no por el pupilo, sin embargo en el derecho Justiniano la acusación era de oficio. Otra acción en contra de los tutores que desempeñaban irregularmente su cargo, era la *actio de rationibus distrahendis*, misma que consistía en reclamar el doble del daño causado por el mal manejo del tutor, y sólo se podía reclamar por el pupilo y una vez terminada la tutela, al principio sólo se podía ejercer en contra de los tutores legítimos, empero al paso del tiempo se amplió para todos los tutores.

⁶⁷ BIALOSTOSKY Sara, Ob. cit, p. 61.

Asimismo, existía la *actio tutelae*, que era una acción que ejercía el pupilo un vez terminada la tutela, en la cual pedía cuentas al tutor y la devolución de las cosas. Al principio sólo se ejercía en contra del tutor dativo; posteriormente contra el testamentario, resaltando que a su vez el tutor podía ejercer en contra del pupilo la *actio tutelae contraria*, acción que consistía en que el tutor podía solicitar al pupilo los gastos hechos durante su gestión. Otra acción que podía ejercer el pupilo en contra del tutor legítimo, es la *actio ex stipulatu*, la cual consistía en solicitar la devolución de las cosas y los resultados de la gestión; en esta guisa también se encontraba la *actio utilis* consistente en acudir ante el pretor y solicitar que resolviera al respecto, y por último se encuentra la *privilegium exigendi*, que ponía como acreedor preferente al pupilo si el tutor se iba a la quiebra.

Por otro lado, se debe de hacer referencia respecto de las formas en que los romanos consideraban se extinguía la tutela, las causas eran las siguientes:

- “a) Por llegar a la pubertad el pupilo (si es varón).*
- b) Por la capitis deminutio máxima o media del pupilo o del tutor.*
- c) Por la adrogación del pupilo o del tutor.*
- d) Por caer in manu (si es mujer la pupila).*
- f) Por haber prosperado la postulatío que acusaba al tutor del crimen suspecti tutoris.*
- g) Por haber aceptado una excusa de parte del tutor.”⁶⁸*

Sentado lo anterior, se puede colegir que la institución en estudio no ha sufrido cambios severos, y para resaltar tal afirmación, es menester que se analice cómo se conceptúa y se ejerce la tutela en la actualidad. Para Federico Puig Peña se trata de una relación *cuasi* familiar, toda vez que al respecto dice: *“Es ésta, como la misma palabra lo dice, no hay familia (o puede no haberla); pero, en cambio, se da plena satisfacción a las necesidades que sólo en la familia tienen verdadera solución, sobre todo las concernientes a la asistencia y cuidado,*

⁶⁸ BIALOSTOSKY Sara, Ob. cit, p. 62.

*protección y representación de aquellas personas que por situación de indefensión jurídica no pueden bastarse a sí mismas*⁶⁹.

La tutela es una institución que se presenta cuando un menor no está sujeto a la patria potestad, se puede afirmar que es una institución que suple a la potestad, ya que se provee sobre la representación, la protección, el cuidado, la asistencia y administración de los bienes (si los hubiese) del incapacitado, lo anterior en virtud de que éstos carecen de capacidad jurídica para actuar, en pocas palabras para regir su actividad jurídica, precisando que esta figura se presenta cuando se tiene algún problema entre el menor o su derecho con relación a la que ejerce patria potestad, cuando el pupilo es mayor de edad con alguna incapacidad que provoca se le declare en estado de interdicción, y cuando así lo determine el juez de lo familiar.

Ahora bien, la palabra tutela procede del verbo latino *tueor*, que significa proteger, así, se puede conceptualizar como: *“un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. Es un cargo civil de interés público, y de ejercicio obligatorio”*⁷⁰, de lo anterior, se desprende que la tutela se debe ejercer por una persona que tenga capacidad de ejercicio, y tiene por objeto la guarda de la persona, el cuidado de los bienes del incapacitado, y la representación jurídica de éstos, resaltando que como ya se mencionó, ésta se ejerce específicamente a menores de edad y personas que tengan alguna incapacidad natural o legal, además del tutor, intervienen otras personas para vigilar que se cumpla con el objeto de la tutela, como lo es el curador, el juez de lo familiar y el Consejo Local de Tutelas.

Dentro del objeto de la tutela, se resalta que la obligación de quien la ejerce es la guarda y custodia de los menores, ya sea que éstos, tengan o no una

⁶⁹ CHÁVEZ Asencio Manuel F., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, Editorial Porrúa, México, 1992, p. 322.

⁷⁰ Ídem. p. 322.

discapacidad y cuando algún mayor de edad esté jurídicamente declarado en estado de interdicción, tal obligación se puede ver reflejada en la ley en el artículo 449 del Código Civil, el cual establece lo siguiente: “*Artículo 449. El objeto de la tutela es la guarda de la persona [...] En la tutela se cuidará perfectamente de la persona de los incapacitados [...]*”; entendiéndose la guarda como la obligación de proporcionar alimentos y educación para los menores sujetos a tutela. Otra finalidad de la tutela es el cuidar de los bienes de los incapacitados, lo que significa que el tutor debe cuidar el patrimonio a fin de garantizar la conservación de éste, cobra aquí especial relevancia la intervención del curador, ya que debe vigilar que se cumpla con este objeto, para lo cual deberá vigilar el buen desempeño del tutor en ese rubro.

Aunado a lo antedicho, también el tutor tiene la obligación de suplir o completar la capacidad de ejercicio del incapacitado, primero se analiza qué es la capacidad, para esto, el Maestro Ernesto Gutiérrez y González en su obra “Derecho de las Obligaciones” conceptúa a la capacidad como: “... *la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y de deberes, y hacerlos valer*”⁷¹, prosiguiendo, debe hacerse una diferenciación entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio. La primera significa tener aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, con la cual cuentan todos los sujetos a tutela, sin embargo, la capacidad de ejercicio es la aptitud de hacer valer por sí mismo esos derechos y obligaciones, y al carecer de dicha aptitud, debe considerarse a las personas como incapaces, ¿pero en qué radica dicha incapacidad?, en este caso la ley determina cuándo una persona es incapaz. Al respecto el artículo 450 del Código Civil, establece lo siguiente: “*Artículo. 450. Tienen incapacidad natural y legal:*

I Los menores de edad;

II Los mayores de edad que por causas de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial,

⁷¹ GUTIÉRREZ y González Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México, 2004, p. 392.

intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.”

La tutela tiene tres vertientes clasificativas, una con relación al pupilo, otra con relación al tutor y la última la forma de ejecutarla. Por lo que respecta a la relación que guarda respecto del pupilo, ésta se presenta cuando hay un menor de edad y cuando se ejerce sobre un mayor de edad. La primera hipótesis puede relacionarse con la minoría de edad y se extingue cuando el menor cumple dieciocho años, sin embargo, ésta puede prolongarse si el sujeto a tutela tiene alguna incapacidad natural, por la cual, sea considerado por la ley como incapaz; siendo necesario la declaración judicial en ese sentido.

En cuanto a la tutela en relación al tutor, se clasifica en testamentaria, legítima, o dativa, recibe la denominación dependiendo si fue hecha por el testador, que emane del parentesco, o por haber sido dada por el juez competente. La tutela, por su ejercicio o facultades, puede ser definitiva, interina y especial; la primera que también es conocida como plena, y puede ejercerla con toda libertad, apegada a las disposiciones de ley; por lo que respecta a la tutela interina, se presenta cuando el tutor definitivo por alguna causa no puede desempeñar el cargo conferido por alguna hipótesis que establece la ley, siendo esta temporal; y la tutela especial, es cuando se debe designar un tutor para un acto especial, caso concreto es el hecho de que el interés del tutor sea contrario al del pupilo y deberá ser nombrado por el juez.

Antes de dar por terminado el presente punto, es importante saber cuándo se extingue la tutela, al respecto, tenemos: *“La tutela puede terminar por desaparición de los supuesto de hecho, por causas relacionadas con el tutor y por suspensión del tutor. Propiamente la única causa de extinción de la tutela es la primera que produce efectos definitivos. En cambio, en las otras, el pupilo sigue*

dentro de la tutela y lo que cambia es la persona del tutor”,⁷² entonces, tenemos que la tutela se extingue por desaparición del supuesto de hecho como lo es:

- a) Mayoría de edad, se presenta cuando el menor sujeto a tutela cumple dieciocho años de edad, siempre y cuando no esté incapacitado por alguna causa natural que prevé la ley para seguir bajo tutela.
- b) Muerte del incapacitado, cuando el pupilo muere, por lo tanto, ya es imposible el desempeño de la tutela, claro está, que el tutor debe rendir cuentas y entregarlas al albacea de la sucesión a bienes del pupilo.
- c) Reintegración a la patria potestad, al respecto cabe resaltar que en ocasiones por causas previstas en la ley, los que ejercen patria potestad están impedidos para hacerse cargo del menor y por eso entra la figura de la tutela, sin embargo también puede ser que esa situación cambie y por resolución judicial se pueda ejercer tutela sobre el menor, aquí también se puede considerar cuando un menor es reconocido.
- d) Por adopción, el tutor da su consentimiento para que se pueda adoptar al menor, y su obligación es entregar cuentas y entregar los bienes al adoptante.
- e) Emancipación, por lo que respecta a esta forma de extinción cabe mencionar que es un caso especial, ya que el menor emancipado depende del tutor para poder ejercer algunos actos, tal como lo dispone el artículo 643 del Código Civil.
- f) Desaparición de la causa de incapacidad, esta concierne a los mayores de edad sujetos a esta institución por incapacidad legal o natural, y se perfecciona cuando el sujeto a tutela se cura o por sentencia que lo declare capaz.

También puede culminar la tutela cuando el tutor muere o es removido judicialmente por incapacidad o por manejo inadecuado de los bienes del pupilo, también cuando es suspendido el que ejerce tutela. Todo lo anterior, requiere que se entreguen los bienes y se rindan cuentas, respecto de su desempeño. Aquí

⁷² CHÁVEZ Asencio Manuel F., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, Editorial Porrúa, México, 1992, p. 378.

cobra especial relevancia la figura del curador, la cual se estudiará en el siguiente punto.

1.4.5.- Curatela

Por lo que hace a la curatela, esta institución tiene sus orígenes en el derecho romano, en el cual se consideraba que los locos estaban incapacitados para actuar y debían estar sujetos a un curador (*curator furiosi*); al principio, sólo podían desempeñar el cargo los agnados; posteriormente los pretores nombraban a los curadores para los *furiosi* y extendiéndose finalmente a los sordomudos. En el derecho Justiniano se nombraba curadores para los *mente capti* (personas con lesión mental), también se puede precisar que el *pater familias* no podía nombrar curador testamentario a las personas no sanas (*furiosi*), sin embargo, los magistrados siempre confirmaban a la persona que hubiese indicado el testador. Las funciones eran ejercidas como gestor de negocios sin consentimiento de los sujetos a curatela, (*negotiorum gestio*) conservando éste la acción de reclamarle los daños ocasionados a su patrimonio (*actio negotiorum utilis*).

En la ley de las XII tablas, existía la figura del pródigos, que eran los que disipaban los bienes que heredaban del padre o del abuelo, a los cuales se les declaraba en estado de interdicción, nombrándoles un curador, sin embargo, en el derecho pretorio era indispensable que se emitiera un decreto, por medio del cual se impedía que los pródigos se dedicaran al comercio y se prohibía administrar sus bienes, haciéndose notar que, una vez que eran declarados en estado de interdicción, se aceptó que el padre nombrara un curador testamentario. Una vez que los pupilos sujetos a tutela llegaban a la pubertad, cumpliendo catorce años, y por ende podían actuar por su propio derecho, (*sui iuris*) la ley les reconocía que podían ejercer sus derechos por sí solos; ahora bien, en la práctica los pubertos carecían de la experiencia necesaria para celebrar actos jurídicos y en muchas ocasiones eran víctimas de abusos. Ante tal situación, la *Lex Laetoria* introdujo un

juicio público para proteger a los menores de 25 años de quienes se habían aprovechado de la inexperiencia para negociar de estos sujetos.

Ante la incertidumbre jurídica que provocó la *restitutio in integrum* (volver las cosas al estado que guardaban), los terceros se abstendían de celebrar contrato alguno con los menores de 25 años, hasta que el pretor les nombrara un curador para un acto en específico al cual se le conocía como *curator ad certam causam*. Tiempo después se concedió al menor la facultad de tener un curador para administrar sus bienes, teniendo que aceptar el curador el desempeño de la curatela. En la época preclásica, la curatela se regía por las mismas reglas de la tutela. Por último se debe mencionar que la curatela se terminaba:

- a) *Por muerte del curador o pupilo*
- b) *Por capitis deminutio máxima o media del curador o pupilo*
- c) *Por la venia aetatis*
- d) *Por cumplir los 25 años*⁷³

En el Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, la curatela es conceptualizada en la siguiente forma: “*mediante la curatela se instituye un vigilante para la protección permanente del pupilo, sin perjuicio de que se llegue a sustituir a aquél en sus funciones defensivas, cuando se produzcan oposiciones de intereses entre el tutor y su pupilo*”,⁷⁴ de lo anterior, se puede afirmar que el curador se puede definir como la persona que cuida, y vigila el actuar del tutor, junto con las demás instituciones y personas que tienen dicha obligación como lo son el Consejo Local de Tutelas, el Ministerio Público, y el Juez de lo Familiar. Corolario de lo anterior, es lo establecido en el artículo 626 del Código Civil que dice: “*Artículo 626. El curador está obligado:*

⁷³ BIALOSTOSKY Sara, *Panorama del Derecho Romano*, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 65.

⁷⁴ *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Ob. cit. p. 964.

- I. A defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor.*
- II. A vigilar la conducta del tutor y poner en conocimiento del juez todo aquello que considere que puede ser dañoso al incapacitado.*
- III. A dar aviso al juez para que haga el nombramiento del tutor, cuando éste faltare o abandonare la tutela.*
- IV. A cumplir las demás obligaciones que la ley señale”.*

Aunado a lo anterior, el curador puede ser legítimo, testamentario o dativo, al igual que en la tutela; lo anterior, ya fue tocado al desarrollarse la figura de la tutela. También debe referirse que casi siempre que se nombra un tutor, también se nombra curador, salvo a los menores que no están sujetos a patria potestad o tutela y carezcan de bienes, tal como lo refiere el artículo 618 del código sustantivo civil, también se exceptúa cuando los incapacitados son expósitos o abandonados; sin embargo, una persona no puede ser nombrado curador y tutor al mismo tiempo.

1.4.6.- Derecho de convivencia.

El punto a desarrollarse, cobra especial relevancia en el presente trabajo, al ser este el punto de partida para la conflictiva en estudio, sin embargo, son pocos los autores que hablan al respecto, y los diccionarios jurídicos simplemente omiten el tema, la inexistencia en la doctrina, no implica que sea menos importante, ya que si el presente tema lo trasladamos a la cotidianeidad de los tribunales, es un conflicto mucho mayor de lo que la doctrina nos refleja. La convivencia es considerada por Chávez Asencio como: *“El deber de convivencia es la natural consecuencia de la función de la patria potestad. Es una consecuencia del deber de cuidado y custodia. Esta convivencia tiene por objeto lograr la estabilidad personal y emocional del menor. Es darle afecto, calor humano, presencia personal y respaldo espiritual.*

Como deber correlativo, éste también corresponde al hijo, que está obligado a responder en la medida en que su edad y madurez lo permita, pero tiene el deber de procurar que la convivencia familiar se logre con afecto, calor humano, presencia personal y respaldo.

Como derecho de los padres e hijos, necesarios para lograr esta convivencia, está el ser respetados en su persona y en su intimidad, necesarios, para lograr la convivencia familiar”⁷⁵

En este sentido, surge la duda de si la convivencia ¿es un deber o un derecho?. El autor en cita refiere que la convivencia es un deber correlativo entre padre e hijo resaltando que es una consecuencia de la potestad, y se preguntaría a dicho autor, ¿Qué los ascendientes, descendientes, colaterales, adoptante, etc..., no tienen derecho a convivir con un menor sujeto o no a patria potestad?, entonces se puede colegir que la convivencia no es una consecuencia exclusiva de la patria potestad, sino es una consecuencia de la filiación y del parentesco.

Ahora bien, como ya se resaltó en líneas que anteceden, en la actualidad el derecho de convivencia es considerado de interés social, y es una obligación de los padres, así como de las autoridades que dicho derecho -con relación al menor- sea respetado. Sin embargo, con las reformas hechas a diversas disposiciones civiles y penales de fecha seis de septiembre del dos mil cuatro, nos percatamos que el legislador perdió de vista lo anterior, ya que las mismas se encaminan más a la protección del derecho de los progenitores -votantes- sobre el de los menores, situación que más adelante se sustentará.

Pero cabe hacer una referencia de los autores que consideran este un tema digno de abordarse, no sin antes resaltar que la problemática de la falta de doctrina, deviene de las primeras legislaciones como lo son la francesa, alemana y española, ya que en dichas legislaciones fue con la jurisprudencia como se

⁷⁵ CHÁVEZ Asencio Manuel F., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, Editorial Porrúa, 1992, p. 290.

solucionó lo referente al derecho de visitas, lo anterior, en virtud de que aparecía tímidamente o por vía indirecta la regulación de la institución de referencia, al principio el derecho de visita era restringido a los progenitores, sin embargo, al paso del tiempo la conflictiva fue creciendo y ampliándose, primero a los abuelos, y después a los demás parientes, incluso a los padrinos, lo que fue logrado a lo largo de interpretaciones y resoluciones que se dieron en el año de 1970.

Ahora bien, el derecho de visitas o de convivencias, tiene como objeto las relaciones, desde la más simple como es la visita hasta la estancia de un día o de varias semanas (ahora conocido como custodia compartida), entre dos personas o más, de las cuales una es un menor de edad o excepcionalmente un incapacitado, y un progenitor o pariente, los cuales tienen dificultad de verse o relacionarse de manera normal o por algún impedimento legal, ya sea por estar bajo la custodia del otro progenitor (casos de divorcio o separación) o por custodia o tutela de diversa persona. Siendo la finalidad del derecho en comento, el fomentar y favorecer las relaciones humanas entre menores o incapaces y sus progenitores y parientes.

Podemos distinguir las siguientes situaciones y tipos de titulares:

- 1) *Los padres y respecto de sus hijos, con ocasión de crisis matrimoniales, o pérdida o privación de la patria potestad de uno de los titulares (dentro del matrimonio);*
- 2) *En la filiación extramatrimonial, los padres también cuando no conviven juntos, respecto del hijo común cuya guarda y custodia corresponde a otro;*
- 3) *En la filiación adoptiva, a veces los progenitores respecto del hijo adoptado por otro (caso de acogimiento);*
- 4) *A favor de otros parientes y extraños (o allegados) con posible derecho de visita de menor in potestate.*⁷⁶

⁷⁶ RIVERO Hernández Francisco, El Derecho de Visita, Editorial J.M. Bosch, Barcelona, 1997, p. 80.

De lo anterior, se desprende que el error cometido por los legisladores del Distrito Federal, es un reflejo de la poca doctrina que existe respecto del derecho de convivencia, ya que desconocen el derecho de convivencia de los menores e incapaces, que si bien es cierto no pueden ocurrir a deducirlo (capacidad ejercicio), esto no implica que carezcan de dicho derecho (capacidad de goce), lo que olvidan los doctrinarios y en la actualidad los legisladores, sin embargo, es de consabido derecho que la protección del derecho de convivencia tiene que ser para el menor, que se ve de pronto involucrado en situaciones de no poder convivir con uno de sus progenitores o en ocasiones con sus parientes, lo anterior ante la firme convicción de los padres de utilizar a los menores como argumento y presión para sus fines, por tal motivo y ante dicha disyuntiva, es preponderante analizar si las reformas hechas a las normas protectoras del derecho de convivencia son efectivas y vigentes a la situación actual de la sociedad y sus demandadas.

En esta guisa, podemos encontrar que otro autor que se preocupó por desarrollar el tema del derecho de convivencia es el profesor Eduardo A. Zannoni, el cual refiere que: *“la adjudicación de la guarda de los hijos menores no supone sanción para el otro cónyuge, es evidente que éste, en virtud de una inevitable situación de hecho, tiene derecho a continuar vigilando la situación y conducta de aquellos como cotitular de la patria potestad. Ello se obtiene mediante un adecuado régimen de visitas [...]”*⁷⁷ luego entonces, se puede colegir que para el citado autor, el derecho de visitas sólo concierne a los progenitores, sin embargo, como ya se refirió en líneas que anteceden, del derecho de convivencia o visitas, también son titulares los menores y sus parientes, en virtud, de que no sólo se limita a la continuación de la guarda y custodia, o de vigilar al otro progenitor en su adecuado desempeño, sino que el derecho de convivencia o visita, es con el ánimo de que el menor mantenga relaciones directas e ilimitadas para garantizar que éste conviva con ambos progenitores y con sus demás parientes.

⁷⁷ A. ZANNONI Eduardo, Derecho de Familia, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 110.

CAPÍTULO SEGUNDO “RÉGIMEN LEGAL DE CUSTODIA, GUARDA Y DERECHO DE CONVIVENCIA”

2.1.- Formas de Regular la Custodia, Guarda y Derecho de Convivencia.

2.1.1.- Custodia Compartida.

Tal como se precisó en el capítulo anterior, la custodia es la atención de los menores, así como su guarda la cual debe ser con especial cuidado, comprendiendo las facultades y deberes que competen a los que ejercen patria potestad o tutela, y en casos muy particulares a un tercero que está debidamente autorizado para suplir la vigilancia que comprenden el ejercicio normal de los deberes de las instituciones referidas, entonces se debe entender que la guarda material del incapacitado implica la posesión de éste, la vigilancia, protección y cuidado, constituyéndose en una prerrogativa de la potestad, la cual no puede realizarse sin la posesión material del incapacitado, ya que si no se está en posesión del menor, no se puede cumplir con el cometido de protegerlo, educarlo y buscar su desarrollo físico y emocional, así como satisfacer sus necesidades.

Resaltando que la guarda y custodia de los menores o incapaces, se ejerce en primer término por ambos progenitores, ya sea que hayan contraído nupcias o vivan en concubinato, en tal hipótesis la custodia es compartida por ambos. Sin embargo, en ocasiones tal situación cambia debido a una separación o un divorcio, en esta tesitura la guarda y custodia se le atribuirá a uno solo de los progenitores, ya sea por convenio o resolución judicial, tal como lo dispone la fracción V del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual dispone lo siguiente:

*Artículo 282 [.....] V Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, **debiendo ser uno***

de éstos y pudiéndose compartir la custodia. *En defecto de ese acuerdo; el juez de lo familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fije el código respectivo y, tomando en cuenta la opinión del menor.*

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

(Énfasis añadido)

De la interpretación exegética del numeral anteriormente referido, se desprende que la custodia como medida provisional, debe ser resuelta por las partes, y en caso de no haber acuerdo al respecto, resolverá el juez de lo familiar, sin embargo, debe resaltarse que el texto anterior a la reforma del seis de septiembre del dos mil cuatro, no contemplaba la posibilidad de una *custodia compartida*, figura que introduce el legislador en la reforma de marras, pero, tal figura es incierta ya que el legislador confunde lo que es la *custodia compartida* con lo referente al derecho de convivencia de los progenitores, tal argumento se robustece al analizar el contenido de la sesión extraordinaria de fecha veintinueve de julio del dos mil cuatro, en donde se discutió el proyecto de decreto de reforma al nuevo Código Penal, Código Civil y Código de Procedimientos Civiles, todos para el Distrito Federal, en materia de guarda, custodia y patria potestad, que presentaron las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia y de Atención a Grupos Vulnerables, ya que al hacer uso de la palabra el diputado José Antonio Arévalo, expresó lo siguiente:

*[...] A partir de que entre en vigor el presente decreto, en caso de ser aprobado, **con la nueva figura de la custodia compartida, todos los niños y niñas del Distrito Federal podrán tener una convivencia de manera íntegra, sana y afectiva,** a pesar de que su matrimonio o cualquiera que sea la relación de pareja fracase y se derive de una*

separación que conlleva en separarse de sus menores hijos, porque como medidas provisionales uno de los dos debe de abandonar el hogar conyugal y por lo tanto, al menos durante el juicio, si no hay divorcio voluntario donde las convivencias por lo regular así se acuerdan en el divorcio necesario u otro tipo de concubinato, los hijos se convierten en el centro de la disputa, sobre todo para negociar el monto de la pensión alimenticia.

(Énfasis añadido)

Tal como se precisó con antelación, el legislador en cita, confunde lo que es la *custodia compartida* con el derecho de convivencia de los menores; luego entonces, se aprecia que desde la discusión de la reforma y posteriormente con su aprobación, se cometió un error ya que no se puede confundir el derecho a convivencia con lo concerniente a la custodia, basta analizar de nueva cuenta el contenido del primer capítulo para poder diferenciar entre el significado de custodia y el concepto de convivencia. Aunado a lo anterior, es importante analizar si realmente se incorporó la figura de *custodia compartida*, como lo aduce el legislador.

Al respecto, debe precisarse que la *custodia compartida* es una figura que existe, entonces, no se incorporó como lo afirma el legislador, ya que al estar casados o al vivir en concubinato, la custodia es compartida por ambos progenitores, ya que ambos progenitores cuidan, protegen, educan, procuran y guardan a los incapacitados, luego entonces, es aquí donde verdaderamente encontramos la figura de custodia compartida. Sin embargo, y tal como lo afirma el legislador en cita, por algunos factores las familias nucleares tienen cambios, específicamente cuando hay un divorcio o una separación de los cónyuges o concubinos, y es ante tal situación, cuando deviene una modificación en la estructura familiar, y como consecuencia de la ruptura, hay cambios en la forma de ejercer los derechos y obligaciones nacientes de la patria potestad, así como hay una modificación a la *custodia compartida* que venían llevando a cabo ambos progenitores.

En esa guisa, válidamente se puede colegir que la figura incorporada por el legislador en la reforma de mérito, es desacertada, ya que como se mencionó en líneas precedentes, la verdadera figura de custodia compartida se encuentra cuando ambos progenitores cohabitan y están al cuidado de los menores. Aunado a ello, el legislador pierde de vista que aún cuando los progenitores no cohabitaran con sus menores hijos, la custodia puede considerarse compartida, ya que al tener un régimen de visitas y convivencias, ya sea limitado por algunas horas o amplio en donde el menor pernoctara con el progenitor que no tiene otorgada la custodia de forma permanente, también existe la obligación de dicho progenitor de guardar y custodiar al menor. En estos casos, también estamos ante una modalidad de custodia compartida, ya que, no reconocerlo de esa forma sería como aceptar que durante ese periodo el progenitor que tiene al menor en posesión, no estaría custodiándolo; entendiendo a la custodia como el deber de cuidar, proteger, educar, corregir, procurar el sano desarrollo físico y emocional del menor y satisfacer las necesidades, que como se refirió en el capítulo que antecede, es el propósito de la institución conocida como custodia.

En virtud de lo anterior, se concluye que el legislador no debió incorporar la figura de custodia compartida, ya que la idea de éste la debió haber plasmado en otros términos, como pudo haber sido: **“pudiéndose alternar la custodia permanente, siempre que existan condiciones para ello”**, aclarándose, que esta propuesta se refiere únicamente a la figura nombrada como *custodia compartida*, que como ya dijimos, es cuando ambos progenitores cohabitan o cuando existe un régimen de convivencias amplio o limitado, en el que el progenitor está obligado a cuidar, guardar, proteger, educar, asistir, satisfacer necesidades y participar en el desarrollo del menor, ya sea cuando tiene la posesión del menor de forma permanente o limitada.

Sobre la reforma de mérito, se deben tener algunas reservas, ya que al cambiar constantemente a los menores o incapaces de domicilio, existen varios riesgos y se podría contribuir a causar un daño mayor a los sujetos a custodia, entonces válidamente se puede colegir que el legislador al complacer a los progenitores legislando a favor de que éstos ejerzan su derecho de custodiar de manera permanente a sus descendientes, provoca una incertidumbre jurídica al menor, ya que deja abierta la puerta para alternar la custodia, sin considerar, si es lo mejor para el menor o si éste tiene la madurez suficiente para vivir bajo estas condiciones, apartándose de cuidar los derechos y la integridad emocional de los menores y por ende su bienestar, inclinándose más por dar gusto a aquellos progenitores que buscan ejercer su derecho de custodiar a sus hijos, sin prever los riesgos que esto traería para los menores, ya que si bien es cierto, los progenitores tienen derecho de custodiar a su hijos, también lo es que deben existir las condiciones para estar en posibilidad de alternar la custodia permanente, en esa tesitura, se deja un panorama desalentador para los menores y para los progenitores que son parte en un litigio donde se ventilan estas cuestiones.

Prosiguiendo con el análisis de la regulación de la custodia, encontramos que el artículo 283 del Código Civil, dispone lo siguiente:

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

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

aqueños, así como que no exista con alguno de los progenitores peligro alguno para su normal desarrollo.

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

Lo mismo se observará respecto de la custodia.”

(Énfasis añadido)

El artículo antes transcrito, también fue reformado con fecha seis de septiembre del dos mil cuatro, y aquí se vuelve a plasmar la figura de custodia compartida, término que a nuestro parecer debió ser otro, proponiéndose que el texto quedara de la siguiente forma: **Artículo 283. [...] Deberá procurarse en lo posible alternar el régimen de custodia permanente entre el padre y la madre, [...]**, resaltando, que el legislador tiene un acierto al poner condicionantes para que se pueda alternar la custodia, lo que omitió en el artículo 282 del Código Civil.

Ahora bien, el artículo 283 en su tercero y cuarto párrafo dispone lo siguiente:

Artículo 283. [...]

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

Lo mismo se observará respecto de la custodia.

Interpretando lo anteriormente transcrito, se observa que el legislador contempla que la patria potestad se puede recuperar sólo cuando se haya perdido por incumplimiento a las obligaciones alimentarias; sin embargo, también contempla tal hipótesis para la custodia. Al respecto, debe resaltarse que ningún numeral contempla la pérdida de la custodia por incumplimiento en las obligaciones alimentarias, en esta tesitura, es incongruente tal hipótesis normativa, toda vez que, para que exista la posibilidad de perder la custodia debe

regularse en principio la pérdida de la custodia por no proporcionar alimentos, ya que, si bien es cierto, se puede perder la patria potestad por incumplimiento en las obligaciones alimentarias y ante tal suceso, se debe cambiar la custodia debido a que, sin patria potestad un progenitor no puede custodiar a su menor hijo, entonces el cambio de custodia, es una consecuencia de la pérdida de la patria potestad, y no como lo contempla el legislador, al argumentar que se pierde la custodia por incumplimiento y que ésta se puede recuperar con el cumplimiento a dicha obligación, ya que se insiste, ningún numeral del código sustantivo o adjetivo contempla la pérdida de la custodia por suministrar alimentos.

Así, también encontramos que el artículo 416 del Código Civil, regula la guarda y custodia de la siguiente forma:

*Artículo 416. En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, **ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores.** En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.*

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

(Énfasis añadido)

Aquí, el legislador omite adicionar el numeral en cita y tal omisión puede generar una serie de contradicciones al aplicar la norma al caso concreto, ya que como se advierte del contenido del numeral transcrito, los que ejercen patria potestad deben cumplir con sus obligaciones y para tal efecto podrán convenir al

respecto, particularmente por lo que se refiere a guarda y custodia, siendo aquí en donde el citado numeral ya no concuerda con la reforma del seis de septiembre del dos mil cuatro, la cual contempla la posibilidad de alternar la custodia, y tal como se desprende del contenido del numeral en cita, esta posibilidad no es plasmada por el legislador, pudiendo ser esto una sutileza, sin embargo, para no dejar duda de la aplicación de la norma y entrar en la discusión de la aplicabilidad de la ley, era necesario que el legislador adicionara el artículo en comento, primero para hacer coherente la reforma y lo más importante, para que el juzgador pueda cumplir con la segunda hipótesis contenida en el artículo en cita, que es el resolver en caso de que las partes no pudieran o no quisieran resolver sobre la custodia, en donde debe procurar que **“se alterne la custodia entre el padre y la madre o ascendientes en segundo grado que concurren en igualdad se circunstancia, si existiera condiciones para tal efecto.”**

Aclarando que a la propuesta antes hecha, se le añadió otro supuesto que es: **“o ascendientes en segundo grado cuando concurren en igualdad de circunstancias”**, lo anterior, en virtud de lo previsto en el artículo 414 del código sustantivo, numeral que contempla la posibilidad de que los abuelos paternos o maternos ejerzan patria potestad, ante este supuesto es de todos conocido que también aquí se puede presentar el conflicto de la custodia de los incapaces, lo que debió prever el legislador, máxime que es una posibilidad jurídica y social que debe regularse para evitar conflictos en donde los litigantes tengan que estar aplicando normas por analogía, por eso el legislador está obligado a legislar contemplando el mayor número de hipótesis que puedan surgir sobre todas y cada una de las instituciones que pretende perfeccionar.

Para proseguir con el análisis, encontramos que dentro del Título Decimosexto del Código de Procedimientos Civiles, que es donde se regula lo concerniente a la controversia del orden familiar, también se omitió la introducción de la figura de custodia compartida, tal como se puede observar del contenido del artículo 941 bis que a su letra dispone:

“Artículo 941-Bis. Cuando a petición interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y convivencia de las niñas y los niños con sus parientes por consanguinidades en línea colateral hasta por el cuarto grado, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y las convivencias de los menores, misma que se verificará dentro de los quince días siguientes.

En la audiencia las partes aportaran las pruebas necesarias a efecto de ejercer la custodia, las que se desahogarán en la audiencia; inmediatamente después el juez de lo familiar determinará la situación jurídica provisional de la niña o del niño, principalmente a quien corresponderá la custodia del menor; atendiendo para ello a las circunstancias que observe en ese momento, los elementos que hayan aportado las partes y sobre todo tutelando el interés superior del menor”.

A falta o imposibilidad de los padres para tener la custodia de los menores se considerarán las hipótesis previstas en los artículos 414 y 418 del Código Civil. [...]

Del transcrito numeral, se desprende que el legislador comete dos errores al adicionar el artículo 941 bis; el primero es el hecho de que omite regular la posibilidad de alternar la custodia (*custodia compartida*), tal como se desprende del contenido del artículo en comento, motivo por el cual la reforma se puede considerar incompleta o mal planteada, ya que si era la intención del legislador introducir la modalidad de alternar la custodia, debió procurar haber adicionado, con esa posibilidad todos los numerales que regulan la custodia, y más aún en la controversia del orden familiar que es donde se ventilan en mayor número las cuestiones de custodia, lo que se traduce a una reforma incompleta e ineficaz.

Pero el legislador no sólo omite ser coherente con la forma de regular la custodia, sino que también excluye o deja de referirse, inexplicablemente, a los

parientes por consanguinidad en línea recta, que es donde se presentan el mayor número de conflictos, claro está que un litigante siempre debe encontrar la forma de sortear esas imprecisiones de la ley y dentro del articulado siempre están perdidas soluciones para dichas imprecisiones, en este caso los artículos 414 y 417 del Código Civil, resuelven este desacuerdo, pero, que sin duda hay que corregir, para tal efecto se puede hacer el siguiente ajuste: *Artículo 941 bis* **“Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y de los niños con sus parientes por consanguinidad, en línea recta y colateral estos últimos hasta el cuarto grado , previamente [...]”**.

2.1.2.- Cambio de Custodia.

Para abordar este tema, se tiene que analizar el sustento que prevé el código adjetivo para estar en posibilidades de obtener un cambio de custodia, y precisamente tenemos que analizar el artículo 94 del citado ordenamiento, el cual a la letra dispone:

“Artículo 94. Las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden ser modificadas en sentencia interlocutoria o en la definitiva. Las resoluciones judiciales dictadas en negocios de alimento, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevenga las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente”.

Del contenido del numeral en cita, se puede advertir que las resoluciones dictadas en forma provisional o definitiva, pueden ser modificadas o alteradas cuando versen sobre alimentos, patria potestad y las que prevé la ley, cuando cambien las circunstancias que se ventilan en el juicio correspondiente, en

relatadas condiciones encontramos que la ley prevé que la custodia puede ser modificada, siempre con el imperativo de que cambien las circunstancias, como lo es, el transcurso del tiempo, una inadecuada atención al menor, violencia en contra del menor, peligro grave para el normal desarrollo del incapacitado, y con las reformas se incorpora la posibilidad del cambio de custodia por no permitir la convivencia decretada por resolución judicial; sin embargo, tal como se relató en líneas que anteceden, no se contempla la pérdida de la custodia por incumplimiento en las obligaciones, siendo esto más una consecuencia de la pérdida de la patria potestad por ese motivo, ya que se insiste, sin patria potestad no existe la posibilidad de custodiar al menor hijo del que carece de ejercicio de la patria potestad.

Al respecto, el artículo 417 del Código Civil, mismo que fue reformado con fecha seis de septiembre del dos mil cuatro, dispone lo siguiente: *“Artículo 417. [...] El juez de lo familiar aplicará las medidas previstas en el Código de Procedimientos Civiles e incluso podrá decretar el cambio de custodia de los menores previo el procedimiento respectivo, cuando quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva sobre ellos, realice conductas reiteradas para evitar la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan reconocido judicialmente su derecho a la misma”*; esta hipótesis puede considerarse un acierto del legislador, ya que trata de garantizar que se cumplan las resoluciones judiciales dictadas en cuestiones de convivencias, garantizando así, que el menor no sea privado de ese derecho, también se procura que los progenitores tengan acciones tendientes a garantizar el derecho de convivencia tanto del menor como del pariente consanguíneo que tenga reconocido ese derecho.

Sin embargo, pese al acierto del legislador, éste deja abierta la posibilidad de controversia respecto del contenido del citado artículo, ya que al referir *“reiterada”* la norma se convierte en imprecisa, argumento que se refuerza con el siguiente ejemplo: Un progenitor que fue favorecido con la custodia de su menor

hijo por resolución judicial, ante la proximidad del periodo vacacional de verano que comparten al cincuenta por ciento ambos progenitores, se abstiene de presentar al menor para ser entregado a la madre para que ambos gocen del derecho de convivencia que fue decretado en autos. La madre pretende iniciar un incidente de cambio de custodia con base en lo dispuesto en el artículo 417 del Código Civil, además de lo dispuesto en el artículo 941 Quáter del código adjetivo, y aquí surge de inmediato la primer dificultad para los litigantes, ya que, iniciarían un incidente o un juicio ordinario, lo anterior en atención a que también existe la posibilidad conforme al 447 fracción VI de demandar la suspensión de la patria potestad, lo anterior con el antecedente de que estaban viviendo en concubinato y sólo se separaron, y se resolvió la custodia en una controversia del orden familiar, alimentos, donde se solicitó la incorporación del acreedor alimentario y como consecuencia la custodia del mismo.

Primero considera que la suspensión es mejor opción, toda vez que el artículo 447 no contempla que sólo procederá cuando sea reiterada, sin embargo, ella decide que el incidente de cambio de custodia es una forma más rápida para obtener la custodia de su menor hijo, con el cual no convivió treinta días que le correspondían del periodo vacacional, inicia la demanda incidental y su argumento básico es el hecho que el señor no permitió de forma reiterada la convivencia con el menor hijo de las partes, y el sujeto se excepciona argumentando que sólo no entregó al menor en una ocasión argumentando que estaba enfermo.

Una vez sustanciado el procedimiento por todas y cada una de las etapas procesales, se turnan los autos para sentencia interlocutoria, el juzgador determina que la acción no es procedente, en virtud de que no fueron conductas reiterativas ya que el progenitor que custodia al menor, omitió entregar en una sola ocasión al menor, por lo tanto sólo se apercibe al demandado incidentista con imponerle un arresto de treinta y seis horas con fundamento en lo dispuesto en el artículo 73 bis del Código de Procedimientos Civiles.

Resolución que obviamente no agradó a la progenitora del menor, ya que ella insiste fue de forma reiterada ya que la conducta se repitió durante treinta días que duraba la convivencia. Pues aquí está el problema de la reforma del legislador, es imprecisa y deja al arbitrio del juzgador determinar o darle significado a la palabra “*conductas reiteradas*”, y como se desprende de la discusión de la reforma y de la exposición de motivos, no hay elementos que nos indiquen a qué se quiso referir el legislador con conductas reiteradas, al hecho de cuántas veces no se entregue al menor para la convivencia o si esas conductas reiteradas, se realizan durante todo el periodo que no permitió la convivencia, de lo anterior validamente se puede colegir que dependiendo a quien se patrocine tendrá la opción de acogerse a tal imprecisión, pero lo más alarmante es que el derecho del menor a convivir con sus progenitores ya fue vulnerado y por ende constituye un acto de imposible reparación, que es lo que se trata de corregir con el presente trabajo.

2.1.3.- Derecho de Convivencia.

El derecho de convivencia está regulado en diversos ordenamientos legales, como el Código Civil y el de Procedimientos Civiles, aunado a leyes especiales y algunas convenciones internacionales; ordenamientos que se analizarán con posterioridad. Para avocarnos al estudio del derecho de convivencia y la forma en que se regula el mismo dentro del código sustantivo, cabe hacer una transcripción de algunos artículos que consagran el multicitado derecho de convivencia entre incapacitados y sus parientes por consanguinidad tanto en línea recta como en línea colateral. Así, el artículo 411 del código sustantivo dispone:

“Artículo 411. En las relaciones entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición.

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

En este artículo, se plasma un principio básico que sirve de base para la existencia y preservación del derecho de convivencia, ya que es de todos conocido que tanto el menor como los parientes consanguíneos (padre, abuelos, tíos, primos, etc.) tienen ese derecho de convivir entre ellos, procurando una interacción entre familiares debiendo ser en forma constante y respetuosa. En esa guisa, se debe buscar separar el derecho de convivencia de los incapacitados con sus progenitores y sus respectivas familias, de los conflictos que lleguen a surgir entre individuos que mantengan una relación naciente del matrimonio, concubinato o del parentesco.

Prosiguiendo, el artículo 417 del código sustantivo, dispone lo siguiente:

“Artículo 417. 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 estos.

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

El juez de lo familiar aplicará las mediadas previstas en el código de procedimientos civiles e incluso podrá decretar el cambio de custodia de los menores previo el procedimiento respectivo, cuando quien tenga

decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva sobre ellos, realice conductas reiteradas para evitar la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan reconocido judicialmente su derecho a la misma”

Del contenido del numeral antes citado, se desprende que los progenitores que ejercen patria potestad sobre sus menores hijos, tienen derecho a convivir con estos aun cuando no tengan decretada la custodia de aquellos, derecho que sólo puede ser limitado en casos muy específicos, como lo es, que el menor esté en peligro grave. Sin embargo, el artículo de referencia está sujeto a interpretación, lo anterior, en virtud de que debería avocarse más a proteger el derecho que le asiste a los menores de convivir con sus progenitores de manera plena e ilimitada, principio que el legislador está obligado a proteger y conservar con la inserción de normas que tiendan a garantizar el derecho de los menores a convivir, procurando que esté por encima de los intereses de los progenitores, lo anterior, debe ser así, máxime que dicho derecho de convivencia es considerado de orden público e interés social, por lo que existe la obligación de todos los sectores de la sociedad y en particular de los órganos jurisdiccionales que conocen de la materia familiar, de procurar e intervenir aun de oficio para lograr el respeto del multicitado derecho de convivencia de los menores con sus progenitores y demás parientes consanguíneos. Tal criterio, es el que debe prevalecer para la solución de conflictos de esa naturaleza, tan es así, que ya ha sido plasmado en el contenido de la tesis de jurisprudencia cuyo rubro, datos y contenido son los siguientes:

No. Registro: 177,259

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XXII, Septiembre de 2005

Tesis: I.6o.C. J/49

Página: 1289

MENORES DE EDAD. EL DERECHO DE VISITA Y CONVIVENCIA CON SUS PROGENITORES ES DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL Y, EN CASO DE OPOSICIÓN, EL JUZGADOR RESOLVERÁ

LO CONDUCENTE EN ATENCIÓN AL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS. De una sana interpretación del artículo 417 del Código Civil para el Distrito Federal, se aprecia que la eficacia del derecho de visita y convivencia contenido en ese numeral, que tiene por objeto lograr la protección, estabilidad personal y emocional del menor dándole afecto, calor humano, presencia personal, respaldo espiritual y respeto a su persona e intimidad, es una cuestión de orden público e interés social, dado que en su observancia está interesada la sociedad y el Estado, porque de su efectivo cumplimiento, depende el desarrollo armónico e integral del menor que, en ocasiones, por causas ajenas a su voluntad, vive separado de uno o ambos progenitores. Es por eso que el propio numeral contiene normas tendentes a lograr dicha función, ya que el goce y disfrute de esos derechos, no podrá impedirse sin justa causa, pero en caso de oposición de uno de los padres, la autoridad jurisdiccional determinará lo que más convenga al interés preponderante del menor que sólo podrá suspenderse, limitarse o perderse por resolución judicial expresa y cuando se haya perdido la patria potestad. Como se advierte, la teleología del artículo 417, en comento, se encamina a la conservación de un entorno familiar saludable y favorable para el pleno desarrollo personal y emocional de los menores que, se reitera, por causas ajenas a ellos, viven separados de alguno de sus padres o de ambos, estableciendo que aun cuando no se encuentren bajo su custodia, si ejercen la patria potestad, tendrán derecho a convivir y disfrutar de momentos en común, en aras de tutelar el interés preponderante del menor, teniendo sólo como limitante para que se suspenda el ejercicio del derecho de visita y convivencia, que exista peligro para el menor, caso en que el juzgador podrá aplicar las medidas correspondientes a fin de salvaguardar el interés superior del menor, contra alguno de los progenitores.

SSEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.
 Amparo directo 3656/2003. 7 de agosto de 2003. Unanimidad de votos.
 Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: Jorge Santiago Chong Gutiérrez.

Amparo directo 2686/2004. 29 de abril de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca.

Amparo directo 6066/2004. 9 de septiembre de 2004. Unanimidad de votos.
 Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretario: Hiram Casanova Blanco.

Amparo directo 2666/2005. 6 de mayo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretario: Hiram Casanova Blanco.

Amparo directo 2716/2005. 12 de mayo de 2005. Unanimidad de votos.
 Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: Alfonso Avianeda Chávez.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXI, abril de 2005, página 1469, tesis II.3o.C.62 C, de rubro: "RÉGIMEN DE VISITA Y CONVIVENCIA CON LOS PADRES. EL JUEZ DEBE RESOLVER ESE TEMA AUNQUE LAS PARTES NO LO HAYAN PLANTEADO, ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO." y Tomo XIX, abril de 2004, página 1407, tesis I.11o.C.96 C, de rubro: "CONVIVENCIA FAMILIAR. EN LAS SENTENCIAS QUE SE DICTEN EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO O DE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES, ES OBLIGACIÓN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL PRONUNCIARSE, AUN DE OFICIO, RESPECTO A ESE RÉGIMEN (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

Ahora bien, también el citado numeral establece que los progenitores quienes ejercen patria potestad, tienen derecho de convivencia con sus hijos, sin embargo, debe protegerse el derecho de los menores por encima del derecho de los progenitores, en ese orden de ideas, no se puede limitar, condicionar, o negar al menor del derecho de convivir con sus parientes y en específico con sus progenitores, ya que se insiste, el derecho que debe proteger la ley es el del menor, por lo tanto, que el progenitor haya sido condenando a la pérdida o suspensión de la patria potestad, no debe ser en todos los casos, un argumento para negar al menor a convivir con su progenitor, claro está, que en dicha hipótesis no debe incluirse cuando el menor haya sido objeto de violencia familiar, abuso y casos en que se ponga en riesgo la integridad física o emocional del menor, en este orden de ideas, el permitir convivir al menor con su progenitor que ha perdido la patria potestad, es el criterio que empieza a prevalecer en los órganos jurisdiccionales que resuelven controversias de esa índole, basta revisar el contenido de la siguiente tesis cuyo rubro, contenido y datos de identificación son los siguientes:

No. Registro: 177,231

Tesis aislada

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XXII, Septiembre de 2005

Tesis: I.11o.C.135 C

Página: 1516

PATRIA POTESTAD. SU PÉRDIDA POR INCUMPLIMIENTO A LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR ALIMENTOS ES PROVISIONAL Y, EN CONSECUENCIA, ES LEGAL DETERMINAR UN RÉGIMEN DE CONVIVENCIAS ENTRE EL MENOR Y SU PROGENITOR SIEMPRE Y CUANDO SE ACREDITE PLENAMENTE EL INTERÉS DEL NIÑO DE CONVIVIR CON ÉL COMO UN DERECHO CONSAGRADO EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. De los artículos 3, 9, 12, 19, 20, 21 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el diecinueve de junio de mil novecientos noventa, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de julio del año citado, y ratificado por el Ejecutivo el diez de agosto de mil novecientos noventa, se desprende la importancia fundamental

que tiene el menor de crecer bajo al amparo y responsabilidad de los padres, y particularmente rodeado de afecto, seguridad moral y material; además, en dicha convención se proclama el derecho del niño a recibir la oportuna y debida educación, dado que el interés del niño resulta un principio rector en quienes tienen la responsabilidad de su educación y alimentación. Asimismo, el artículo 9, numeral 3, de la citada convención, establece "Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.". Del precepto transcrito se advierte que es un derecho del niño que esté separado de su padre, el mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño, entendiéndose por interés superior de la niñez, el conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan a los niños vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible. Ahora bien, si se decreta la pérdida de la patria potestad por no haber cumplido con la obligación de proporcionar alimentos, ello constituye una condena provisional, ya que dependerá del demandado, si así lo desea, recuperarla, siempre y cuando acredite que se encuentra al corriente de su obligación de suministrar alimentos, conforme al artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal según reforma publicada en la Gaceta Oficial de 6 de septiembre de 2004. En consecuencia, como la condena a la pérdida de la patria potestad por incumplimiento a la obligación de proporcionar alimentos, no es definitiva sino sólo provisional, resulta legal determinar un régimen de convivencias entre el menor y su progenitor con quien no vive, como un derecho que tiene aquél, consagrado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; para lo cual, debe estar plenamente acreditado en autos que el menor tiene interés en convivir con su progenitor, y que no le es perjudicial.

DÉCIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 45/2005. 18 de febrero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Indalfer Infante Gonzáles. Secretaria: Vanessa Delgadillo Hernández.

De igual forma, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, realizó un concepto e interpretó el alcance del derecho de visitas, atribuyéndoselo a los progenitores, sin embargo, este criterio coincide con los argumentos vertidos a lo largo del análisis hecho en el presente trabajo, el cual se traduce en que también los menores son titulares del derecho de convivir y visitar a sus progenitores, así como a sus demás parientes, ya que es un derecho natural que adquieren éstos al momento de nacer y formar parte de una familia, criterio que fue plasmado de la siguiente forma :

No. Registro: 178.471
Tesis aislada
Materia(s): Civil
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXI, Mayo de 2005
Tesis: I.4o.C.82 C
Página: 1454

DERECHO DE VISITAS. CONCEPTO Y ALCANCE.

El derecho de visitas del padre o la madre que no cohabita con el hijo cuya guarda ha sido otorgada al otro progenitor, a otro pariente, o a un tercero, consiste en mantener un contacto personal con el menor, de la manera más fecunda que las circunstancias del caso permitan, y aun cuando la ley sólo mencione como sujeto activo al padre, es evidente que también el hijo es titular del derecho de mantener una adecuada comunicación y trato con ambos padres, ya que la consolidación de los sentimientos paterno o materno-filiales, el contacto con sus progenitores, la cohesión efectiva de los vínculos familiares de esta índole, propenden, normalmente, a una estructuración más sólida y equilibrada del desarrollo psíquico del menor. El fundamento de este derecho reside en elementales principios de derecho natural, en la necesidad de cultivar el afecto, de estabilizar los vínculos familiares, a su subsistencia real y efectiva. Mediante él se procura que el contacto paterno-filial se proyecte desde el mero aspecto formal del título de estado, a la vida real. Así la figura del padre o la madre adquieren una dimensión humana, que le otorga al hijo un progenitor visible, accesible, tangible, que evita que con el correr del tiempo éste se transforme en un extraño, a quien lo una un vínculo jurídico, sin significación esencial.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 824/2005. 16 de febrero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Marco Antonio Rodríguez Barajas. Secretaria: Leticia Araceli López Espíndola.

En virtud de lo anterior, es palpable que los últimos criterios hechos por los órganos jurisdiccionales que les corresponde resolver y aplicar las normas sobre el citado derecho de convivencia, significan un avance en la materia, criterios que deben ser considerados por los legisladores, para que realmente se logre garantizar la defensa del derecho de convivencia de los menores, que por razones ajenas a su persona son quienes resienten los conflictos entre sus progenitores y

demás parientes, que muchas veces no luchan por el interés de sus hijos, sino por el propio y por la necesidad de impedir que el otro progenitor o su familia tengan acceso al menor. Lo anterior lo materializan, ya sea impidiendo legalmente que se ejerza ese derecho de convivencia o de forma ilegalmente, con conductas que impidan la convivencia entre los menores y sus progenitores, y demás parientes consanguíneos.

Ante esa problemática que es ventilada a diario en los tribunales especializados en materia familiar, el legislador realizó la reforma del seis de septiembre del dos mil cuatro, donde reformó e incorporó una nueva figura para lograr que los padres pudieran tener medios para garantizar la convivencia con sus hijos, resaltando que fue hecha para los padres y no para los hijos, ya que lejos de proteger en forma directa el derecho de convivencia de los menores, ese derecho quedó protegido como una consecuencia a la tendencia de garantizar a los padres su derecho de convivencia, lo que más adelante se ampliará con una crítica a los aspectos relevantes de la reforma de mérito.

2.1.4.- Suspensión en el ejercicio de la Patria Potestad, con relación al derecho de convivencia.

Ahora bien, para desarrollar este punto debe analizarse la reforma hecha al artículo 447 del Código Civil, numeral que contempla la posibilidad de la suspensión de la patria potestad, cuando el progenitor que tiene decretada la custodia permanente de su menor hijo o hijos, no permite que se lleven acabo las convivencias decretadas por resolución judicial, para abundar al respecto se debe conocer el contenido del artículo 447 del Código Civil que a la letra dice:

Artículo 447. La patria potestad se suspende:

I. [...]

V. Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso su vida del o de los descendientes menores por

parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consanguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado.

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

(Énfasis añadido)

Del contenido del artículo en cita, se advierte el surgimiento de varios conflictos para resolver una problemática de esa naturaleza, ya que se deja abierta la posibilidad para el ejercicio de varias acciones ante la misma falta u omisión, lo que perdió de vista el legislador, ya que al incorporar el artículo 941 Quáter del Código de Procedimientos Civiles, se desprende que ante la misma hipótesis que contempla el numeral 447 del Código Civil, se puede optar por el cambio de custodia o la suspensión de la patria potestad, pero esto no termina con el conflicto naciente de ambas hipótesis, sino que es contradictoria con lo establecido en el artículo 73 bis del Código de Procedimientos Civiles, que contempla sanciones cuando la conducta de no permitir la convivencia es en forma reiterada, lo que pone al juzgador en un dilema para la aplicación de los tres numerales de mérito, ya que debe aplicar uno solo y la pregunta sería ¿qué sanción aplicaría el juez para el caso de que un progenitor no permitiera en una sola ocasión la convivencia decretada en autos?.

Ahora bien, si el juzgador opta por decretar la suspensión de la patria potestad, entonces tomaría una decisión correcta fundada y motivada, al igual que si decide decretar el cambio de la custodia; pero, si opta por apremiar al progenitor que impide la convivencia con un arresto de treinta y seis horas, también sería igualmente apropiada la decisión. Como puede observarse se está ante un conflicto de aplicación de las normas, ya que las tres encuentran sustento legal, pero eso dejaría inconforme a las partes, lo que trae a la luz, la imperfección de la reforma de mérito. Ante tal disyuntiva se debe establecer un orden para la aplicación de las sanciones contenidas en los artículos referidos, lo que hará que el juzgador esté en condiciones de aplicar la sanción que amerite la gravedad de

la falta y no a discrecionalidad de éste, lo que implicaría una serie de recursos, que trasladarían a las partes a someterse a una segunda instancia, donde se presentaría la misma conflictiva para sancionar conforme a dichos artículos la conducta del progenitor que cometió la falta, lo anterior, sin perder de vista que el daño causado es de imposible reparación para el menor, ya que se privó en su momento del derecho de convivencia, el cual no se le va a restituir.

2.2.-Derecho Internacional.

2.2.1.- Convención Sobre los Derechos del Niño, adoptada en la Ciudad de Nueva York.

Al formar parte de la comunidad internacional, México se ha adherido a diversas convenciones internacionales, que tienen como objeto primordial el bienestar físico, psíquico, jurídico y emocional de los menores de edad, lo que se conoce como *el interés superior del menor*, tal como se plasmó en la convención en estudio, misma que contiene principios fundamentales que deben ser respetados y procurados en primer término por los padres y demás parientes, tomando gran importancia la vigilancia e intervención de los Estados firmantes para garantizar el goce de los derechos consagrados en la convención de marras. Interesante sería analizar el contenido integro de la citada convención, empero, para efectos de nuestro trabajo únicamente analizaremos cómo se regula la custodia y el derecho de convivencia, en la Convención Sobre los Derechos del Niño, signada en la ciudad de Nueva York en 1989 y adoptada por nuestro país en 1990; misma que se transcribe a continuación en su parte conducente:

Preámbulo

Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales,

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad,

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño," el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento",

Recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional; las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado,

Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración,

Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño,

Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo,

Han convenido en lo siguiente: [...]

Por lo que respecta al contenido del preámbulo de la convención que se transcribe con antelación, se desprende que es creada para garantizar los derechos fundamentales de los menores de edad, basándose en una relación de igualdad entre todos los miembros de una familia, para que éstos ejerzan sus derechos libremente, razón por la cual, la convención de marras compromete a los Estados firmantes a respetar y garantizar la intervención de éstos, cuando esos derechos son violentados, comprometiéndolos a legislar y a crear instituciones para la protección de los derechos de los menores, que por razón de madurez física y mental son considerados grupos vulnerables, garantizando primordialmente el interés superior de la niñez, lo que fue plasmado en el artículo tercero que a letra dispone lo siguiente:

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

(Énfasis añadido)

Así, la convención dentro de su articulado establece que los menores deberán ser cuidados por sus padres, lo que en la práctica y la doctrina se conoce como custodia, aunque no es llamada como tal. Del contenido del artículo séptimo del citado ordenamiento, se puede colegir que se hace referencia a dicha obligación para con los hijos, siempre y cuando sea posible, para garantizar el desarrollo del menor dentro de la familia. También el artículo 8 de la citada convención establece que los estados parte tienen la obligación de garantizar que perduren las relaciones con sus familiares.

Artículo 7

*1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, **en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.***

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

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

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la

asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

(Énfasis añadido)

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan, tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Por lo que respecta al contenido del artículo 18 de la referida convención, se observa que la comunidad internacional, se preocupó por obligar a los estados firmantes a garantizar que los padres o representantes (tutores) cumplan con sus obligaciones para con los menores a su cargo, poniendo mayor énfasis en la educación y el desarrollo de éstos, creando instituciones que procuren siempre el interés superior del menor, por encima de los intereses de los padre o tutores, pero asistiéndoles para lograr que cumplan adecuadamente sus funciones. En esa guisa, la convención en estudio proclama principios fundamentales que deben ser considerados por todos los países firmantes, para lograr el respeto de los derechos de los menores, y que deben servir como primicia para legislar sobre esos derechos fundamentales de los que son titulares los menores, y que sin duda en muchas ocasiones son olvidados y sustituidos por los intereses de los padres o tutores, que en su lucha olvidan esos principios consagrados por la comunidad internacional.

2.2.2.- Convención Sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptada en la Haya, Países Bajos.

Como se argumentó en el punto que antecede, la comunidad internacional se ha preocupado por las cuestiones que afectan a los menores de edad, buscando siempre que los intereses del menor sean de primordial importancia, más aún, cuando los conflictos sobrepasan las fronteras como sería el hecho de un traslado o una retención ilícita de un menor de un Estado a otro, conflictiva que puede llegar a involucrar a dos Estados, lo anterior, en virtud de que en ocasiones los padres, tutores o parientes, tienen su residencia en otro país distinto al del menor, en esas condiciones y cuando el menor sea trasladado para que pueda gozar de su derecho de convivencia con el progenitor que no tiene su custodia, se pueden presentar conflictos, por lo que con la convención en estudio se trata de regular al respecto, para lo cual convinieron lo siguiente:

Artículo 1

*La presente Convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. **Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.***

(Énfasis añadido)

En esta convención a diferencia de la estudiada en el punto que antecede, se regula específicamente sobre la custodia y el derecho de convivencia o derecho de visita, tal como se desprende del contenido del artículo anteriormente transcrito, y busca que se respeten por parte de sus titulares y primordialmente por lo que respecta a los menores. También la convención en estudio, a diferencia de otros ordenamientos, establece claramente qué se deberá entender por custodia y

por derecho de visita, tal como se aprecia del contenido del artículo tercero que a la letra dispone:

Artículo 3

Para los efectos de esta Convención:

a. El derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia;

b. El derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual.

(Énfasis añadido)

Luego, del artículo cuarto, se puede observar que la convención contempla, lo que la reforma del seis de septiembre del dos mil cuatro incorpora como custodia compartida, empero, lo plasma individual o conjuntamente. Aquí cabe hacer un paréntesis y abundar un poco sobre la postura que se sostuvo líneas atrás y que es considerar a la custodia compartida cuando ambos progenitores cohabitan y llevan acabo la custodia conjuntamente, lo que cambia cuando se presentan conflictos que modifican la estructura familiar y la custodia se lleva acabo por un solo progenitor (individual). Ahora bien, la convención en cita, vuelve a pronunciarse sobre lo que debe considerarse como custodia y derecho de visita o convivencia y deja claro que la custodia puede llevarse acabo por uno solo de los progenitores que tiene la obligación de cuidar al menor, y por lo que hace al derecho de visita, establece qué es el traslado del menor por un periodo limitado, en el que reside fuera del domicilio habitual o donde se ejerce la custodia de éste.

Artículo 4

Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.

Artículo 5

A los efectos de la presente Convención:

- a) el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;**
- b) el "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquél en que tiene su residencia habitual**

(Énfasis añadido)

En el artículo séptimo de la convención, se plasma una serie de acciones que deben de adoptar los Estados firmantes por medio de las autoridades competentes, para garantizar la restitución y el derecho de visita de los menores, las cuales, se resumen en garantizar la localización del menor, su cuidado durante la permanencia en el Estado en que se encuentre y su restitución inmediata. De igual forma, la convención establece los procedimientos que deben seguirse ante una eventualidad de ese tipo, transcribiendo algunos de los artículos más relevantes y que disponen lo siguiente:

Artículo 7

Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos de la presente Convención.

Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan:

- a) localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita;**
- b) prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;**
- c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;**
- d) intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;**
- e) facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación de la Convención;**
- f) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;**
- g) conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluyendo la participación de un abogado;**

- h) garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado;**
- i) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a su aplicación.**

Artículo 21

Una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades Centrales de los Estados requeridos Contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor.

Las Autoridades Centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el Artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho. Las Autoridades Centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho.

Las Autoridades Centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán iniciar procedimientos o favorecer su iniciación con el fin de regular o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo.

Artículo 26

Cada Autoridad Central sufragará sus propios gastos en la aplicación de la presente Convención.

*Las Autoridades Centrales y otros servicios públicos de los Estados Contratantes, no impondrán cargo alguno en relación con las solicitudes presentadas en virtud de lo dispuesto en la presente Convención ni exigirán al solicitante ningún pago por las costas y gastos de proceso ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico. **No obstante, se les podrá exigir el pago de los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor.***

Sin embargo, un Estado Contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el Artículo 42, podrá declarar que no estará obligado a asumir ningún gasto de los mencionados en el párrafo precedente que se deriven de la participación de abogados o asesores jurídicos o del proceso judicial, excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por su sistema de asistencia judicial y asesoramiento jurídico.

Al ordenar la restitución de un menor o al expedir una orden relativa a los derechos de visita conforme a lo dispuesto en la presente Convención, las autoridades judiciales o administrativas podrán disponer, dado el caso, que la persona que trasladó o que retuvo al menor o que impidió el ejercicio del derecho de visita, pague los gastos necesarios en que haya incurrido el solicitante o en que se haya incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viajes, todos los costos o pagos efectuados para localizar al menor, las costas

de la representación judicial del solicitante y los gastos de la restitución del menor.

(Énfasis añadido)

2.2.3.- Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores.

La convención que se analiza en este punto, es una replica casi íntegra de la “Convención Sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptada en la Haya, Países Bajos”; lo que se puede apreciar de la simple lectura, siendo la diferencia los Estados que forman parte, sin embargo, para acreditar lo antes argumentado se hace una transcripción de los artículos más relevantes y que prácticamente están redactados y tienen la misma intención de la convención referida.

Artículo 1

La presente Convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.

Artículo 3

Para los efectos de esta Convención:

a. El derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia;

b. El derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual.

Artículo 4

Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.

Artículo 5

Podrán instaurar el procedimiento de restitución de menores, en ejercicio del derecho de custodia o de otro similar, las personas e instituciones designadas en el Artículo 4.

PROCEDIMIENTO PARA LA RESTITUCIÓN

Artículo 8

Los titulares del procedimiento de restitución podrán ejercitarlo conforme a lo dispuesto en el Artículo 6, de la siguiente forma:

- a. A través de exhorto o carta rogatoria; o***
- b. Mediante solicitud a la autoridad central; o***
- c. Directamente, o por la vía diplomática o consular.***

Artículo 9

1. La solicitud o demanda a que se refiere el artículo anterior, deberá contener:

- a. Los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor sustraído o retenido y, de ser posible, de la persona a quien se imputa el traslado o la retención;***
- b. La información pertinente relativa a la presunta ubicación del menor, a las circunstancias y fechas en que se realizó el traslado al extranjero o al vencimiento del plazo autorizado, y***
- c. Los fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor.***

2. A la solicitud o demanda se deberá acompañar:

- a. Copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motive; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable;***
- b. Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante;***
- c. Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia en dicho Estado;***
- d. Cuando sea necesario, traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los documentos a que se refiere este artículo, y***
- e. Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno.***

3. La autoridad competente podrá prescindir de alguno de los requisitos o de la presentación de los documentos exigidos en este artículo si, a su juicio, se justificare la restitución.

4. Los exhortos, las solicitudes y los documentos que los acompañaren no requerirán de legalización cuando se transmitan por la vía diplomática o consular, o por intermedio de la autoridad central.

Artículo 15

La restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda.

Artículo 16

Después de haber sido informadas del traslado ilícito de un menor o de su retención en el marco del Artículo 4, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte a donde el menor ha sido trasladado o donde está retenido, no podrán decidir sobre el fondo del derecho de guarda hasta que se demuestre que no se reúnen las condiciones de la Convención para un retorno del menor o hasta que un período razonable haya transcurrido sin que haya sido presentada una solicitud de aplicación de esta Convención.

LOCALIZACIÓN DE MENORES**Artículo 18**

La autoridad central, o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Parte, a solicitud de cualquiera de las personas mencionadas en el Artículo 5 así como éstas directamente, podrán requerir de las autoridades competentes de otro Estado Parte la localización de menores que tengan la residencia habitual en el Estado de la autoridad solicitante y que presuntamente se encuentran en forma ilegal en el territorio del otro Estado.

La solicitud deberá ser acompañada de toda la información que suministre el solicitante o recabe la autoridad requirente, concerniente a la localización del menor y a la identidad de la persona con la cual se presume se encuentra aquél.

DERECHO DE VISITA**Artículo 21**

La solicitud que tuviere por objeto hacer respetar el ejercicio de los derechos de visita por parte de sus titulares podrá ser dirigida a las autoridades competentes de cualquier Estado Parte conforme a lo dispuesto en el Artículo 6 de la presente Convención. El procedimiento respectivo será el previsto en esta Convención para la restitución del menor.

(Énfasis añadido)

2.3.- Otros ordenamientos que regulan el Derecho de Convivencia.

2.3.1.- Ley de los derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal.

También existe en la legislación aplicable al Distrito Federal, otros ordenamientos que se refieren y protegen el derecho de convivencia de los menores, como lo es, la ley que se estudia en el presente punto, misma que dentro de su contenido consagra una serie de principios sobre los que deben regirse las relaciones entre los menores y sus parientes por consanguinidad, para abundar al respecto es menester analizar el contenido de los siguientes artículos que disponen:

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

Del artículo transcrito, se desprende que la ley es de orden público e interés social y de observancia general; entonces podemos concluir que fue creada para salvaguardar los derechos de los menores, en relatadas condiciones la misma debe ser aplicada aun de oficio, y participando todos los obligados (progenitores, parientes, tutores, y todas las instituciones administrativas, judiciales y legislativas) con el único propósito de salvaguardar los derechos de los menores, así como su integridad física y su sano desarrollo, principio que no debemos pasar por alto dada la importancia que para la sociedad significa el hecho de proteger a los grupos vulnerables. Tal como se plasmó en el artículo que a continuación se transcribe:

***Artículo 2.-**La presente Ley tiene por objeto:*
I. Garantizar y promover el ejercicio de los derechos de las niñas y niños;
II. Establecer los principios que orienten las políticas públicas a favor de las niñas y niños;
III. Fijar los lineamientos y establecer las bases para la instrumentación y evaluación de las políticas públicas y de las acciones de defensa y representación jurídica, asistencia, provisión, prevención, protección y

participación para la promoción y vigencia de los derechos de las niñas y niños a fin de:

- a) Impulsar y consolidar la atención integral y la generación de oportunidades de manera igualitaria para las niñas y niños;*
- b) Establecer los mecanismos que faciliten el ejercicio de los derechos de las niñas y niños;*
- c) Promover la cultura de respeto hacia las niñas y niños en el ámbito familiar, comunitario y social, así como en el público y privado;*
- d) Establecer las facultades y obligaciones de la Administración Pública para el cumplimiento de la presente Ley.*

Cabe resaltar que en el artículo 4 de la ley en estudio, se consagra, como en las convenciones estudiadas en los puntos que anteceden, el principio de que debe prevalecer ante todo “*el interés superior de las niñas y niños*”. Pero, ¿qué es el interés superior de los niños?. En este sentido cabe señalar que el bienestar de los menores prevalecerá sobre cualquier otro interés, y más aún, cuando vaya en contra de algún derecho de un menor. Sin embargo, en la práctica no siempre se salvaguarda ese principio, basta analizar la reforma de fecha seis de septiembre de dos mil cuatro, en la que el legislador busca satisfacer las demandas de los progenitores, y deja de aplicar tanto las convenciones internacionales y la ley en estudio, ya que legisla sin buscar el interés superior del menor. Pero regresando al estudio del numeral en cita, encontramos que con la aplicación de la ley de mérito, se busca que los menores se desarrollen dentro del seno familiar, claro está, que dentro de las posibilidades de la propia familia, para mejor comprensión de lo hasta aquí dicho se transcribe el contenido del numeral de referencia que a la letra dispone:

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

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

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

- a) En la asignación de recursos públicos para programas sociales relacionados con las niñas y niños;*
- b) En la atención a las niñas y niños en los servicios públicos; y*

c) En la formulación y ejecución de políticas públicas relacionadas con las niñas y niños;

II. La Corresponsabilidad o Concurrencia, que asegura la participación y responsabilidad de la familia, órganos locales de gobierno y sociedad en la atención de las niñas y niños;

III. El de igualdad y equidad en todos los ámbitos que conciernen a las niñas y niños;

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

V. El de que la niña o niño tienen diversas etapas de desarrollo y diversas necesidades que deben llevar a la elaboración de respuestas gubernamentales especiales y políticas públicas específicas, dependiendo de la etapa de desarrollo en la que se encuentre, con el objeto de procurar que todas las niñas y niños ejerzan sus derechos con equidad;

VI. El de que las niñas y niños deben vivir en un ambiente libre de violencia; y

VII. El del respeto universal a la diversidad cultural, étnica y religiosa.

Ahora, la presente ley dentro de sus primeros numerarios dispone que se deben cuidar los derechos de los menores, y para efecto de identificar cuáles son esos derechos los enuncia, pero no sin antes aclarar que no son los únicos, ya que es de consabido derecho que son más de los plasmados en la presente ley, entonces veamos qué dispone el artículo 5º del ordenamiento en estudio:

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

A) A la Vida, Integridad y Dignidad:

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

II. A la no discriminación, por lo que la observancia a sus derechos se hará sin distinción alguna, independientemente del fenotipo, color, sexo, idioma, religión, opinión, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición de la niña y niño, de su madre, padre o tutores;

III. A una vida libre de violencia;

IV. A ser respetado en su persona, en su integridad física, psicoemocional y sexual;

V. A ser protegidos contra toda forma de explotación;

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

VII. A recibir información respecto de cuestiones de seguridad pública y de protección civil.

B) A la identidad, Certeza Jurídica y Familia:

I. A la identidad, tomando como base el conjunto de atributos y derechos de la personalidad conforme a lo previsto en la legislación civil;

II. A ser registrados después de su nacimiento, con un nombre y apellidos propios, de conformidad con lo establecido en la legislación civil;

III. A solicitar y recibir información sobre su origen, sobre la identidad de sus padres y a conocer su origen genético;

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

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

VI. A emitir su opinión en todos los asuntos que le afecten y a ser escuchado tomando en cuenta su edad y madurez en todo procedimiento judicial o administrativo, ya sea directamente o por medio de representante;

VII. A recibir un trato digno y apropiado cuando sean víctimas de cualquier tipo de ilícito o cuando ellos mismos cometan infracciones;

VIII. A recibir el apoyo de los órganos locales de gobierno, en lo relativo al ejercicio y respeto de sus derechos a través de las instituciones creadas para tal efecto como son: Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en el Distrito Federal, del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, de las Procuradurías competentes y de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

C) A la Salud y Alimentación:

I. A poseer, recibir o tener acceso a los satisfactores necesarios, considerando alimentos, bienes, servicios y condiciones humanas o materiales, que posibiliten su desarrollo armónico e integral en el ámbito físico, intelectual, social y cultural;

II. A tener acceso a los servicios médicos necesarios, para la prevención, tratamiento, atención y rehabilitación de discapacidades y enfermedades, de acuerdo con las bases y modalidades que establecen las disposiciones jurídicas de la materia;

III. A recibir orientación y capacitación para obtener conocimientos básicos en materia de salud, nutrición, higiene, saneamiento comunitario y ambiental, así como todo aquello que favorezca su cuidado personal;

IV. A ser protegidos y orientados contra el consumo de drogas, estupefacientes, uso de tecnologías o cualquier otra cosa que les genere estado de dependencia o adicción;

V. A la salud y a los servicios integrales para la prevención, el tratamiento de enfermedades, su atención y rehabilitación.

D) A la Educación, recreación, información y participación:

I. A expresar su opinión libremente, conocer sus derechos y a ser escuchados en el ámbito familiar y comunitario, así como en todo procedimiento administrativo o judicial, que afecte sus esferas personal, familiar y social;

II. A ser tomados en cuenta para cualquier acto relacionado con su vida personal y social;

III. De asociarse y reunirse;

IV. A recibir información adecuada a sus etapas de crecimiento, que promueva su bienestar social, así como su salud bio-psicosocial y sexual, enalteciendo los valores de paz, equidad, democracia, solidaridad, libertad, justicia, respeto y tolerancia;

V. A recibir educación de calidad, conforme lo señala el Artículo 3° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

VI. A participar en la vida cultural de su comunidad, así como al desarrollo de la creación artística, a la recreación, esparcimiento, actividad deportiva, y a los juegos y actividades propias de su edad;

E) A la Asistencia Social:

I. A ser sujetos de programas de asistencia social cuando se encuentren o vivan circunstancias de desventaja social, que garanticen la protección integral en tanto puedan valerse por si mismos y que le auxilien a recuperar su salud y equilibrio personal, en caso de daño físico o mental; Y los demás que les reconozcan otros ordenamientos legales.

(Énfasis añadido)

Como se desprende de la transcripción que antecede, los derechos de los menores son varios, pero, para el presente trabajo cobra especial relevancia el contenido de la fracción IV del apartado “B”, en la que se consagra el derecho de los menores a vivir y crecer en el seno familiar, así como a ser cuidado por sus progenitores y mantener relaciones personales y directas con ellos, entonces, podemos colegir que en esta fracción es donde se consagra el derecho de convivencia de los menores con sus progenitores, el cual debe ser permanente, salvo si ese derecho es perjudicial para el menor.

Ahora bien, en el artículo 6 de la ley en estudio, se dispone que debe prevalecer el interés superior del menor sobre cualquier otro derecho, claro ejemplo es cuando se equiparan el derecho de convivencia del menor con su progenitor y el derecho del progenitor con su menor hijo, aclarando que en la práctica no se contraponen, pero sí en la reforma del seis de septiembre del dos mil cuatro, ya que sobrepone el legislador el interés de resolver la problemática entre las partes (progenitores) y se deja de pensar y legislar para proteger el derecho de convivencia de los menores, veamos ahora el contenido integro del numeral en cita:

Artículo 6.- Cuando se suscite un conflicto entre dos derechos de satisfacción incompatible, la autoridad aplicará los principios contemplados en la presente Ley, allegándose de los medios probatorios que acrediten la necesidad de ponderar la supremacía de un derecho respecto del otro, aplicando en forma armónica las normas concurrentes al caso concreto.

El artículo 9 del la ley en análisis dispone:

Artículo 9.- Son obligaciones de los progenitores y miembros de la familia para con las niñas y niños:

I. Asegurar el respeto y la aplicación eficaz de los derechos establecidos en la presente Ley, así como garantizarles que no sufran ningún tipo de violencia, discriminación, maltrato, explotación o violación a sus derechos, en el seno de sus familias, en los centros de enseñanza, en los espacios de recreación o en cualquier otro lugar en que se encuentren;

II. Prevenir las situaciones, acciones o hechos que amenacen o violen sus derechos previstos en el presente ordenamiento y en las demás leyes;

III. Proporcionar apoyo, cuidados, educación, protección a la salud, alimentación suficiente y adecuada;

IV. Cumplir con el trámite de inscripción en el Registro Civil;

V. Realizar los trámites de inscripción para que reciban la educación obligatoria;

VI. Incentivarlos para que realicen actividades culturales, recreativas, deportivas y de esparcimiento, que les ayuden a su desarrollo integral;

VII. Respetar y tener en cuenta el carácter de sujeto de derecho; y

VIII. Darles a conocer sus derechos, así como brindarles orientación y dirección para su ejercicio y debida observancia.

Del numeral transcrito, se desprende que los progenitores y demás miembros de la familia tienen una serie de obligaciones para con los menores, entre las más importantes para efectos del presente trabajo, está el respeto de sus derechos, sin embargo, esto es una obligación de papel, ya que en la práctica no se cumple con esta obligación, verbigracia cuando un progenitor lucha desenfrenadamente por evitar que su menor o menores hijos vean y convivan con el otro progenitor, y como consecuencia lógica la negación inmediata de impedir que convivan con sus parientes, por eso, se debe tomar como primicia la importancia de que los órganos encargados de impartir justicia garanticen que los menores puedan ejercer su derecho de convivir con ambos progenitores y sus demás parientes.

2.3.2.- Código Penal para del Distrito Federal.

El presente punto es importante desarrollarlo, ya que si bien es cierto el presente trabajo aborda la problemática que se presenta en juicios relacionados con la familia y por ende regidos por el Código Civil y de Procedimientos Civiles, también lo es que existe la obligación del Ministerio Público de intervenir en cuestiones que tengan relación con los menores e incapaces. Aunado a lo antedicho, de la reforma del seis de septiembre del dos mil seis, se desprende que al adicionar el artículo 73 Bis del código adjetivo, se contempla la posibilidad de dar intervención al representante social para que investigue la comisión de conductas típicas sancionadas por la ley penal y que se contemplan en los reformados artículos 173 y 284 del Código Penal. Para abundar al respecto es importante conocer el contenido de los numerales antes referidos que a la letra disponen:

Artículo 173. *Se le impondrá de uno a cinco años de prisión y de cien a quinientos días de multa, al ascendiente, descendiente, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado, que retenga o sustraiga a un menor o incapaz, en los siguientes casos:*

- I. Que haya perdido la patria potestad o ejerciéndola ésta se encuentre suspendido o limitado;*
- II. No tenga la guarda y custodia provisional o definitiva o la tutela sobre él;*
- III. No permita las convivencias decretadas por resolución judicial; o*
- IV. Teniendo la guarda y custodia compartida, no devuelva al menor en los términos de la resolución judicial que se haya dictado para ello.*

La hipótesis normativa que emana de este artículo es muy importante, ya que satisface todas aquellas demandas de los que por algún motivo son privados de los derechos obtenidos en una resolución judicial, ya que mucho se insistió en que las sentencias ejecutoriadas eran, en la práctica, difíciles de ejecutar, y con

esta reforma se garantiza que el que se niegue a cumplir con una sentencia, se le pueda fincar una responsabilidad penal, aunque esa medida ya era contemplada por el artículo 281 del Código sustantivo antes referido, y en particular por el delito de desobediencia y resistencia de particulares, y aquí el legislador sí pensó en no dejar lagunas, ya que adiciona el artículo 284 del mismo ordenamiento, aludiendo a que no es necesario agotar todas las medidas de apremio que adicionó en el artículo 73 Bis del Código de Procedimientos Civiles.

Regresando al estudio del contenido del artículo 173 del Código Penal, esa medida, aunque rigurosa, es adecuada para sancionar a aquellos que se niegan y que coartan el derecho de los menores a convivir con sus progenitores y demás parientes que hayan obtenido una resolución donde se les decrete un régimen de visitas y convivencias. Sin embargo, no todo es perfecto, ya que si se analiza el contenido del artículo 73 Bis del Código de Procedimientos Civiles, se aprecia que la fracción II dispone que ante la reiteración de no permitir la convivencia, dará lugar a la intervención del Agente del Ministerio Público, gran disyuntiva, ya que si se analiza la conducta típica sancionada por la ley penal contenida en su artículo 173, se desprende que no se necesita para cometer el ilícito, la reiteración, por lo tanto, cuándo un progenitor no permite en una sola ocasión la convivencia entre su hijo y el otro progenitor ¿se le aplicaría el artículo 73 Bis o se podría denunciar la posible conducta típica sancionada por la ley penal?, gran incógnita, ya que en estricto derecho y de la literalidad del artículo 173 del Código Penal, se puede colegir que ya se infringió la norma, empero, el artículo 73 Bis dispone que sólo ante la conducta reiterada; ¿cómo se resolvería lo anterior? sólo se cuestiona por el hecho de que los artículos no son congruentes, sin perder de vista que son dos ámbitos distintos, pero que el legislador liga, y que dicha relación no es coherente, ya que civilmente la omisión en una sola ocasión no es sancionada y en el ámbito penal con el simple hecho de no permitirla en una sola ocasión constituye un delito.

Hipótesis la anterior que se refuerza con la adición al artículo 284 del Código Penal, que dispone que no se deben agotar las medidas de apremio contempladas en el artículo 73 Bis del Código de Procedimientos Civiles, al respecto se abundará en el siguiente capítulo, proponiendo una serie de reformas tendientes a procurar que ambas legislaciones sean congruentes entre sí, pese a que sean distintos ámbitos, pero que no se debe desconocer que guardan una interrelación por lo que hace al derecho de convivencia.

CAPÍTULO TERCERO
“LA GUARDA, CUSTODIA Y DERECHO DE CONVIVENCIA EN EL
CÓDIGO CIVIL, CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y
CÓDIGO PENAL, TODOS DEL DISTRITO FEDERAL”

3.1.- Análisis de las Reformas publicadas el seis de septiembre del dos mil cuatro, en materia de Guarda, Custodia y Derecho de Convivencia en Diversos Ordenamiento del Distrito Federal.

3.1.1.- Artículos 282, 283, 417 y 447 del Código Civil.

Entrando en materia y para estar en condiciones de desarrollar el siguiente punto que se abordará, es necesario analizar, como se ha venido haciendo, las adiciones que el legislador realizó mediante reforma publicada con fecha seis de septiembre del dos mil cuatro a diversos numerales del Código Civil, del Código de Procedimientos Civiles y del Código Penal. Empezaremos por lo concerniente al artículo 282 del código sustantivo de la materia. Como se adujo en líneas que anteceden, este artículo incorpora la figura de *custodia compartida*; sin embargo, el criterio sostenido en el presente trabajo, es que se está en desacuerdo con esa figura, lo anterior, se basa en que la custodia es compartida por ambos progenitores, que es el caso que regula el artículo en estudio, pero cabe resaltar que en ocasiones y ante la imposibilidad de los progenitores o por ausencia de éstos, la custodia y guarda de un menor o incapaz puede llevarse acabo por otros parientes consanguíneos o tutores, empero, regresando a la primera hipótesis de los progenitores tenemos que el artículo de mérito dispone:

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

I a IV [...]

V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, debiendo ser uno de éstos y

pudiéndose compartir la custodia. En defecto de ese acuerdo; el juez de lo familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fije el código respectivo y, tomando en cuenta la opinión del menor.

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

VI a X. [...]

(Énfasis añadido)

De la literalidad del artículo transcrito anteriormente, se desprenden varios puntos importantes, resaltando dos puntos que serán los que se analizarán, el primero es la llamada custodia compartida, aquí es importante señalar que el legislador trató de incorporar una figura que garantizara a las partes la posibilidad de custodiar a sus menores hijos en forma alternada, es decir, que un menor durante un tiempo determinado tuviera su domicilio en el de la madre y posteriormente cambiara de domicilio al del padre, pero desde la discusión de la reforma nos podemos dar cuenta que está mal planteada, ya que al discutirse el proyecto en la sesión extraordinaria de fecha veintinueve de julio del dos mil cuatro, se cometen algunos desafortunados errores, como lo señalado por el diputado **José Antonio Arévalo González** quien afirmó:

*“A partir de que entre en vigor el presente decreto, en caso de ser aprobado, con **la nueva figura de la custodia compartida**, todos los niños y niñas del Distrito Federal podrán tener **una convivencia de manera íntegra, sana y afectiva, a pesar de que su matrimonio o cualquiera que sea la relación de pareja fracase y se derive de una separación que conlleva en separarse de sus menores hijos**, porque como medidas provisionales uno de los dos debe de abandonar el hogar conyugal y por lo tanto, al menos durante el juicio, si no hay divorcio voluntario donde las convivencias por lo regular así se acuerda, en el divorcio necesario u otro tipo de concubinato, los hijos se convierten en*

el centro de la disputa, sobre todo para negociar el monto de la pensión alimenticia.

Como todos sabemos, las medidas de apremio contempladas en el actual Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, se habían visto rebasadas por la necesidad jurídica tanto de la contraparte como del juez para hacer cumplimentar sus resoluciones.

Hoy espero que sea un día de festejo para todas las madres y padres que se encuentran separados de sus hijos, y además darles la noticia de que para agilizar el trámite legal que contemple los autos de los jueces para el ordenamiento de la convivencia”¹.

(Énfasis añadido)

Como se podrá observar el diputado, primero habla sobre la incorporación de la figura de *custodia compartida*, cabría preguntarle al diputado en cuestión ¿cómo le llama a la custodia que llevan acabo los progenitores cuando cohabitan?, pues precisamente la custodia es compartida, ya sea por estar casados o por estar en concubinato, la custodia se comparte en un solo domicilio, lo anterior en virtud de que ambos progenitores se encargan conjuntamente de cuidar, salvaguardar, educar, corregir, vigilar el sano desarrollo tanto físico como emocional del menor, por lo tanto esa obligación y encomienda recae sobre ambos, motivo por el cual en esas circunstancias la custodia hasta ese momento está siendo compartida por ambos, en relatadas condiciones, no es cierto que se incorpora la figura de custodia compartida, más aún que lo que el legislador realmente plantea es la posibilidad de alternar la custodia permanente en el domicilio de cada progenitor.

En esa guisa, el legislador debió haber llamado a las cosas como son y no pretender dar un nombre comercial que sirviera como marco de encabezado de página de periódico, máxime que la custodia compartida, como ya se dijo con antelación, es la que llevan acabo los padres conjuntamente en el mismo

¹ Disponible en: <http://www.asambleadf.gob.mx>, consultado (17 de marzo 2006).

domicilio, pero tal desacierto puede devenir de un inadecuado concepto de custodia, ya que el legislador en cita confunde la custodia con el derecho de convivencia, veamos lo siguiente: *“A partir de que entre en vigor el presente decreto, en caso de ser aprobado, con **la nueva figura de la custodia compartida**, todos los niños y niñas del Distrito Federal podrán tener **una convivencia de manera íntegra, sana y afectiva, a pesar de que su matrimonio o cualquiera que sea la relación de pareja fracase y se derive de una separación que conlleva en separarse de sus menores hijos**”²*, sin el propósito de ofender la digna e importante labor que desempeñan los diputados de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, no se puede concebir que se afirme que al aprobar la figura de custodia compartida se garantizará a los menores una convivencia de manera íntegra, sana y afectiva, ya que se están distorsionando ambas instituciones o figuras, ya que es de consabido derecho que la custodia es la guarda y cuidado del menor y que la convivencia es un derecho de los menores (en principio), a mantener relaciones directas e ilimitadas con sus parientes consanguíneos, por lo que, la desafortunada intervención del diputado debe ser considerada una aberración, más cuando le tocó fundamentar el proyecto de reforma.

Pero, ahí no se acaba el problema, ya que más adelante afirma: *“Hoy espero que sea un día de festejo para todas las madres y padres que se encuentran separados de sus hijos, y además darles la noticia de que para agilizar el trámite legal que contemple los autos de los jueces para el ordenamiento de la convivencia”³*, con tal manifestación, se puede comprender el porque de la ineficacia de la reforma, pues como ya se había argumentado en los puntos que anteceden, la reforma se encaminó a satisfacer las necesidades y demandas de los progenitores, no así, el derecho de los menores como prerrogativa de la inserción de normas que logren velar por el bien superior del menor, como están obligados, tanto por las convenciones internacionales, como por la propia Ley de

²Disponible en: <http://www.asambleadf.gob.mx>, consultado (17 de marzo 2006).

³ Ídem.

los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, y más aún olvida el contenido del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a su letra dispone:

Artículo 4. [...]

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

*Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. **El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.***

(Énfasis añadido)

Como se ha venido sosteniendo, la reforma de mérito es un tanto incongruente, empezando desde la supuesta incorporación de la custodia compartida dentro del numeral 282 del Código Civil; pero también en la fracción V se encuentra una contravención a la propia reforma, ya que pone como una primicia que los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre salvo peligro grave, entonces, ¿dónde quedó la custodia compartida?, de aquí surge otro problema para el órgano jurisdiccional encargado de impartir justicia en materia familiar, ya que con esa primicia la posibilidad de alternar la custodia queda limitada a que el menor sobrepase la edad de siete años, y no queda ahí, sino que va más adelante, ya que con esa primicia, si alguna progenitora impide la convivencia no se podrá iniciar el cambio de custodia que contempla el artículo 941 Quáter del Código de Procedimientos Civiles, ya que el legislador pone como primicia el hecho de que la madre tendrá siempre la custodia de los menores de siete años. Ante los dos aspectos analizados es imprescindible hacer una modificación a la reforma del artículo 282 y en específico a la fracción V de dicho numeral, la cual se propondrá al desarrollar el punto 3.2. del presente trabajo.

Prosiguiendo con el análisis de los artículos reformados, toca hacerlo con el contenido del artículo 283 del Código Civil, numeral que dispone:

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

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

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

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

En el artículo en estudio, el legislador incorpora la primicia de la permanencia de los menores de siete años con la madre, sin embargo, esto es un tanto contradictorio, ya que como se argumentó en líneas que anteceden, tendremos que analizar si los juzgadores consideran, que evitar la convivencia con el otro progenitor que no está en custodia del menor, es un peligro grave, ya que si no es considerada de esa forma, la madre que tiene en custodia al menor podría tener la oportunidad durante siete años de impedir la convivencia, e invocar la primicia de la permanencia del menor con ésta hasta los siete años de edad, lo que forzosamente convertiría en ineficaz el supuesto contemplado en el artículo 941 Quáter del Código adjetivo. En relatadas condiciones, sería importante hacer una modificación a este artículo en el sentido de que se podría cambiar la custodia

del menor pese a su edad, si la madre impide la convivencia con el otro progenitor o sus parientes consanguíneos que tengan reconocido ese derecho.

Pero lejos del contenido y alcance jurídico del precepto en cuestión, es importante resaltar que la norma debe estar supeditada a si el menor está en condiciones de vivir un tiempo determinado en un domicilio y posteriormente cambiar a otro diferente, ya que al determinar que viva un mes con un padre y posteriormente al mes vivir con la madre, esto generaría al menor un cambio de rutina, con lo cual se limitaría su adecuación a un medio, y traería como consecuencia una falta de identidad y estabilidad, creando problemas en su sano desarrollo, pero en eso el legislador tiene un acierto al poner como limitante la posibilidad de los padre y los hijos, aunado a un estudio de un especialista del propio tribunal, para determinar si el menor o menores pueden adecuarse a tal situación, y en algunos casos de acuerdo a la madurez del menor tomar en cuenta su opinión, tal como lo contempla la fracción IV del artículo 5º de la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal.

Ahora, se insiste que si la intención del legislador es no permitir que la custodia se pueda alternar hasta después de los siete años, debió haberlo plasmado así también en el artículo 282 del código sustantivo, ya que como medida provisional deja abierta la posibilidad de alternar la custodia, pero se insiste ¿será un peligro grave, el no permitir la convivencia?, pues sí, eso debe considerarse un peligro grave, ya que se está privando al menor de un derecho, por lo que ante esa hipótesis el juzgador debería de decretar el cambio de custodia de conformidad con lo establecido en el artículo 941 Quáter del Código de Procedimientos Civiles.

También, es menester analizar qué dice al respecto de la recuperación de la patria potestad, ya que si bien es cierto, el artículo en estudio dispone que únicamente se puede recuperar la patria potestad cuando se haya perdido por incumplimiento a las obligaciones alimentarias, empero, esa hipótesis en la

práctica se rompe, ya que diversos colegiados en materia civil, han determinado que la patria potestad se puede recuperar en otros casos, por lo que, se debe quitar la palabra “*únicamente*”, ya que al estudiar cada caso en concreto, se determina si es o no recuperable la potestad, reconociendo que esa facultad es de la autoridad que resuelva la controversia.

Ahora bien, lo dispuesto en el último párrafo del artículo en análisis, debe ser modificado, ya que se establece, que la custodia se puede recuperar en la misma hipótesis contemplada para la patria potestad, es decir, en incumplimiento de cuestiones alimentarias; sin embargo, ningún precepto legal tanto del Código Civil como del Procedimientos Civiles, contempla que se pierda la custodia por incumplimiento en las obligaciones alimentarias, ya que esta pérdida de la custodia obedece más a la pérdida de la patria potestad, dado que sin potestad no puede haber custodia, aclarando que la limitación es por lo respecta a los progenitores y ascendientes en segundo grado, ya que los tutores pueden custodiar sin tener patria potestad. En esta guisa, es pertinente hacer una reforma en la que se establezca que al recuperar la patria potestad se estará en condiciones de reclamar la custodia del menor o menores, ya que es una consecuencia que depende del ejercicio de la patria potestad.

Así, toca el análisis a la adición hecha al artículo 417 del Código Civil, que fue en este sentido:

Artículo 417. [...]

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

Como se ha venido insistiendo, las reformas hasta aquí estudiadas tienen algunas deficiencias, claro ejemplo, es la que se estudiará en seguida, ya que si bien es cierto se busca con esta reforma que las partes cumplan con las resoluciones dictadas de manera provisional o definitiva en materia de convivencia, incorporando para tal efecto sanciones para el que se niegue a cumplirlas, también lo es que en nuestra sociedad existen costumbres que impiden a los legisladores ir más allá de lo permitido por la sociedad misma, lo que conlleva a realizar reformas tímidas, como la que se estudia, tal argumento, se basa en que si bien es cierto que en este artículo se contempla la posibilidad que ante la conducta reiterada de no permitir la convivencia, se pueden aplicar una serie de medidas previstas en el Código de Procedimientos Civiles (73 Bis y 941 Quáter), también lo es que en la práctica no es tan sencillo, porque siempre se ha considerado que los progenitores varones no son capaces de hacerse cargo de un menor, quien necesita forzosamente del cuidado materno, por eso la primicia de la fracción V del artículo 282 del Código Civil, que contempla que los menores de siete años estarán bajo la custodia de la madre, salvo peligro grave.

Entonces, podemos entender que la progenitora podrá tener siete años de impunidad, en la que no permita la convivencia entre padre e hijo; empero habrá quien sostenga que para eso se hizo la reforma del seis de septiembre del dos mil cuatro; sin embargo, la realidad es otra, máxime, si está de por medio una pericial en psicología que determine que el menor sería afectado con el cambio de custodia, entonces con dicho medio acrediticio, la progenitora podría impedir el cambio de custodia, argumentando entre otras cosas, que tal cambio es un riesgo grave para el desarrollo del menor, y que el padre que en muchas ocasiones trabaja de ocho de la mañana a seis o siete de la tarde, no le atendería mejor que ella que le dedica todo el tiempo al menor, en relatadas condiciones, por el bien superior del menor debe permanecer con ella hasta los siete años; ante tal argumento cualquier juez de lo familiar resolvería que el menor debe permanecer con la madre, con lo que la mayoría estaría de acuerdo, porque así son las

costumbres, pero entonces qué pasa con el contenido del artículo en comento, pues la penosa realidad sería que el progenitor sólo gastó dinero en abogado tratando de cambiar la custodia por ese motivo, lo que nos habla de una reforma inaplicable a la realidad social.

En relatadas condiciones, se está ante un problema que no se soluciona con la incorporación de la posibilidad de un cambio de custodia por no permitir la convivencia, ya que en la práctica no es dable tal cambio, si está por encima el bien superior del menor y aquí es donde se cometió un error por parte del legislador, ya que antes de aprobar la reforma a este artículo y a otros debió haberse cuestionado ¿qué tan viable es el cambio de custodia cuando los menores tiene una edad menor a los siete años? ¿ tal reforma está por encima de la primicia del segundo párrafo de la fracción V del artículo 282 del Código Civil? ¿con la reforma al artículo 417 del Código Civil o del 941 Quáter del Código de Procedimientos Civiles, se resolvería la problemática referente a las convivencias?, lo que a todas luces no se cuestionó y mucho menos se discutió al momento de aprobar la reforma. Claro ejemplo son las resoluciones dictadas por la mayoría de los juzgadores en materia familiar, en donde determinan que pese a la infracción de no permitir las convivencias, no se puede poner en riesgo el bienestar del menor y que preferentemente si tiene menos de siete años de edad deberá permanecer bajo la custodia de la madre, al no considerar peligro grave el que el menor no conviva con su otro progenitor o sus demás parientes que tienen reconocido ese derecho.

Pero, si el artículo 417 es inviable cuando se trata de menores de siete años, la reforma hecha a la fracción VI del artículo 447 del Código Civil, es completamente inaplicable para asuntos relacionados con el impedimento de la convivencia tratándose de descendientes que tengan menos de siete años de edad, primero, es indispensable conocer el contenido de la fracción citada que dispone lo siguiente:

Artículo 447. *La patria potestad se suspende:*

I. [...]

II. [...]

III. [...]

IV. [...]

V. [...]

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

Ahora bien, por qué se considera inaplicable ésta fracción, pues si el cambio de custodia contemplado en el artículo 417 del código sustantivo, implica ya un riesgo para los menores que aún no cumplen siete años de edad, pues suspender la patria potestad al progenitor que no permite la convivencia es una sanción inadecuada, más aún si la que no permite las convivencias es la progenitora, ya que como consecuencia inmediata cambiaría la custodia del menor o menores, lo anterior, en virtud de que sin patria potestad no pueden tener custodia los progenitores. Sin embargo, los últimos criterios de los colegiados en materia civil, son en el sentido de que aun perdiendo la patria potestad se puede convivir con los menores, lo anterior, es así en virtud de que no se puede privar al menor del derecho de convivir con sus progenitores pese a que aquéllos hayan incurrido en faltas que traen como consecuencia la pérdida o suspensión de la patria potestad.

Pero, regresando al tema que nos concierne, para el presente trabajo se considera que todas las reformas que hasta aquí se han estudiado, no resuelven en todo la problemática respecto de la convivencia entre menores y sus parientes consanguíneos, ya que cambiar la custodia y la suspensión de la patria potestad, sólo se podría dar cuando los menores tengan una edad superior a los siete años y dependería también de lo que el menor opinara al respecto, y como es de todos sabido en ocasiones los menores pueden estar influenciados, presionados o manipulados; pero lejos de esas situaciones, el legislador debió haber estudiado más el tema, no sólo con juristas, sino con personas que tengan intervención al

momento de resolver estas situaciones, como lo serían psicólogos, trabajadores sociales, sociólogos, pedagogos, y por supuesto un mayor número de jueces y magistrados especialistas en materia familiar, ya que no se puede ignorar que tratándose de menores es importante tomar decisiones más estructuradas para garantizar los derechos de estos, su sano desarrollo y así fomentar y preservar la familia que es el núcleo de la sociedad, que si bien la familia se alteró por cualquiera que fuera la causa, las relaciones entre descendientes y ascendientes no se terminan y que pese a la ruptura de la pareja (esposos o concubinos), al tener descendencia, permanecerán interactuando, conviviendo, y buscando ambos, lo mejor para sus hijos, por eso, los legisladores en lugar de dotar de más armas para seguir profundizando heridas, deben de legislar con la convicción de resolver los problemas que se presentan sobre el particular y buscando se garantice que los menores ejerzan su derecho de convivencia con sus parientes.

3.1.2.- Artículos 73 Bis, 941 Bis, Ter, Quáter, Quintus, del Código de Procedimientos Civiles.

Hasta el punto que antecede, se analizó todo lo concerniente a las reformas hechas a los numerales del código sustantivo de la materia; sin embargo, como se ha venido exponiendo, también se reformaron y adicionaron algunos artículos del Código de Procedimientos Civiles, como lo son:

El artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles que contempla las mediadas de apremio que pueden usar los jueces para hacer cumplir sus determinaciones, medidas que en muchas ocasiones son completamente ineficaces para el efecto que fueron creadas, empero, el legislador consideró que era necesario hacer una adición al artículo de marras, por lo que incorporó el artículo 73 Bis, el cual es aplicable únicamente por los jueces familiares y en cuestiones relacionadas con las convivencias. El citado numeral dispone:

***Artículo 73 Bis.** Los jueces de lo familiar, respecto a la convivencia de menores podrán emplear:*

I. Arresto hasta por 36 horas.

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

Ahora bien, el artículo que adicionó el legislador no era necesario incorporarlo como Bis, ya que tales medidas eran contempladas en el texto original del artículo 73, en esa tesitura, pudo haber hecho una mención que tratándose de convivencias de menores, el juez aplicaría sin necesidad de agotar las demás fracciones lo dispuesto en la fracción IV y su parte final; sin embargo, la conflictiva aquí estudiada no radica en dicha observación, sino en el contenido de la reforma de mérito, ya que el alcance es incongruente con la reforma hecha a otros numerales de la propia legislación civil y más aún con la hecha al diverso Código Penal.

Tal argumento se basa en la incongruencia existente con lo dispuesto en la fracción VI del artículo 447 del Código Civil, 941 Quáter del Código de Procedimientos Civiles y con el diverso 173 del Código Penal, siendo únicamente congruente lo dispuesto en el artículo 417 del Código Civil, ya que el citado numeral dispone: *“el juez de lo familiar aplicará las medidas previstas en el Código de Procedimientos Civiles e incluso podrá decretar el cambio de custodia”*, lo que se omitió adicionar en las reformas hechas a los artículos primeramente aludidos. En esas condiciones, se puede pensar que es correcto demandar la suspensión de la patria potestad, sin antes agotar las mediadas de apremio contempladas en el artículo 73 Bis, o que el Ministerio Público puede intervenir únicamente ante la reiterada conducta de no permitir las convivencias, empero, el tipo penal no menciona nada respecto de la conducta reiterada y deja abierta la posibilidad de denunciar el delito contemplado en el artículo 173 del Código Penal con el simple hecho de que no se permita en una sola ocasión la convivencia.

También el demandar la suspensión de la patria potestad es posible, sin antes agotar las mediadas de apremio contempladas en el numeral en estudio, ya

que el artículo 447 del Código Civil, no tiene como requisito de procedibilidad que la conducta del progenitor sea reiterativa, motivo por el cual la reforma hecha al artículo 73 Bis del Código de Procedimientos Civiles, está hecha sin una congruencia con todos los artículos reformados con fecha seis de septiembre de dos mil cuatro. Máxime que el legislador debió prever un orden de aplicación para cada una de las sanciones previstas en un caso concreto, ya que ante la aplicación de una u otra sanción puede haber inconformidad de la parte afectada, y por ende, hacer valer argumentos para combatir la aplicación de una medida que considere excesiva para su omisión o falta, básicamente el argumento sería que primero se debieron haber agotado todas las mediadas de apremio contempladas en el artículo 73 Bis del Código de Procedimientos Civiles, antes de resolver favorablemente respecto del cambio de custodia, la suspensión de la patria potestad o la persecución del delito contemplado en el artículo 173 del Código Penal.

En esa tesitura, es indispensable revisar la reforma hecha a los artículos 73 Bis, 941 Ter, Quáter del Código de Procedimientos Civiles, los diversos del 417 y 447 del Código Civil y 173 del Código Penal, lo anterior, a fin de lograr una armonía en la aplicación de dichos preceptos, ya que como se argumentó en líneas que anteceden existen conflictos que impiden que la aplicación de uno u otro sea adecuada y resuelva la conflictiva para que fueron creados, a decir, lograr que se respete el derecho de convivencia de las personas que hayan obtenido una resolución favorable en ese sentido, luego, se debe procurar que los jueces familiares tengan una directriz en cuanto a la aplicación y alcances de cada uno de los supuestos contemplados en dichos numerales, para que no quede al arbitrio de estos la aplicación de uno u otro, y con eso tendrán los justiciables garantías de que la resolución que dicten en su controversia sea apegada a derecho, es decir, fundada, motivada y cumpliendo con la congruencia interna y externa que deben contener todas las resoluciones, de acuerdo a lo estatuido en el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles.

Ahora bien, el artículo 941 Bis del código adjetivo, regula la forma en que provisionalmente el juez de lo familiar debe resolver respecto de la custodia y derecho de convivencia de las niñas y de los niños con sus parientes, siendo este precepto el que mejor regula la forma en que debe de otorgarse provisionalmente la custodia y desarrollarse las convivencias de los progenitores y demás parientes consanguíneos; sin embargo, el citado precepto tiene una sola imprecisión, la cual se traduce de la siguiente forma: “[...] *cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y de los niños con sus parientes por consanguinidad en línea colateral hasta por el cuarto grado, previamente[...]*”, prosigue “[...] regulará las convivencias del menor con los parientes por consanguinidad en línea colateral hasta el cuarto grado que no lo tengan bajo su custodia.”.

De lo anterior, se desprende que el legislador al adicionar el precepto en estudio cometió una impresión, ya que al establecer: **“parientes por consanguinidad en línea colateral hasta el cuarto grado”**, excluyendo sin razón alguna a los parientes por consanguinidad en línea recta, lo anterior, aunque puede ser considerado una sutileza, pero que dicha sutileza excluye sin razón alguna a los parientes en línea recta. En ese sentido, cualquier litigante puede argumentar que los parientes consanguíneos en línea recta no podrán demandar por la vía de controversia del orden familiar, la custodia o un régimen de visitas y convivencias con sus descendientes, aunque cabe hacer mención que otro artículo contempla dicha posibilidad como lo es el propio 417 del Código Civil, sin embargo dicho precepto es genérico ya que dispone: “[...] **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. [...]**”.

Pero, si bien es cierto que el precepto a que se hace referencia, establece que los parientes de un menor tendrán derecho de mantener relaciones personales con estos, también lo es, que el artículo en comento se encuentra

incorporado al Título Octavo del Código Civil que regula la Patria Potestad, y que la ubicación de dicho artículo puede generar algunos conflictos de aplicación, para el caso que algún ascendiente en segundo grado (abuelo por ejemplo) trate de demandar un régimen de convivencia con su menor nieto, en esa guisa, el legislador pudo haber sido más preciso en la redacción del artículo 941 Bis, y en lugar de decir: “[...] *parientes por consanguinidad en línea colateral hasta el cuarto grado que no lo tengan bajo su custodia* [...]” debió haber regulado de esta forma: **[...] *parientes por consanguinidad en línea recta sin límite de grado o en línea colateral hasta el cuarto grado que no lo tengan bajo su custodia* [...]**, adición que debió de haber hecho en la dos ocasiones que menciona el parentesco, y con dicha adición el artículo en estudio tendría el alcance necesario para poder ser invocado y aplicado adecuadamente, y sería congruente con lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil, que dispone quiénes tiene el derecho a heredar por sucesión legítima. Cabe hacer la aclaración que la relación del artículo sólo es por lo que respecta a los grados y líneas de parentesco.

Pasando al análisis del contenido del incorporado artículo 941 Ter, dicho precepto en los dos primeros párrafos faculta a los juzgadores para decidir la forma en que se llevarán a cabo las convivencias con los menores, tomando en cuenta sí existen antecedentes de violencia familiar, y de acuerdo a su arbitrio determinar si las convivencias deben ser en una institución o centros destinados para ese efecto o si podrán desarrollarse sin esa probidad; sin embargo, este precepto en su último párrafo establece: “[...] *Para el caso de incumplimiento de las resoluciones que ordenen la convivencia con los menores, deberán aplicarse las sanciones que correspondan según los ordenamientos legales aplicables.*”

Pues aquí vuelve a presentarse la misma problemática que se ha venido argumentando a lo largo de la presente investigación, y que se traduce a la falta de regulación de aplicación de las sanciones que incorporó el legislador para dar solución a la conflictiva naciente de no permitir el desarrollo de las convivencias tal y como se encuentran autorizadas por autoridad competente, reiterándose que las

partes pueden optar por el cambio de custodia, la suspensión de la patria potestad, arresto administrativo por 36 horas, dar intervención al Ministerio Público, o querellarse por el delito de retención de menor en su modalidad de no permitir las convivencias, incluso pueden hacer valer todas y cada una de las sanciones al mismo tiempo, ya que ningún precepto reformado o incorporado, excluye o menciona cuál es la primera acción que puede iniciar el afectado, convirtiéndose en una reforma inadecuada.

Para ejemplificar lo anterior, basta con analizar dos de las opciones o sanciones que fueron incorporadas en la reforma que se analiza, como lo serían la suspensión de la patria potestad regulada en el artículo 447 del Código Civil y el cambio de custodia que se regula en el artículo 941 Quáter; para el que fue afectado en su derecho de convivencia, estaría en condiciones de demandar en la vía incidental el cambio de custodia y por la vía ordinaria civil la suspensión de la patria potestad, especulemos que la acción de suspensión de la patria potestad fuera radicada en un juzgado distinto al que conoce del incidente de cambio de custodia, lo anterior, en atención que una es vía ordinaria y la otra una controversia del orden familiar, la primer interrogante sería: ¿se tendría que hacer valer las excepciones procesales de conexidad de la causa o la litispendencia? o ¿cabría la excepción del artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles?, pero lejos de analizar la conflictiva procesal, pensemos que la parte demandada opta por no hacer valer ninguna de las tres excepciones en comento y decide la independencia de cada procedimiento, y se dicta sentencia interlocutoria en el incidente, resolviendo que no es dable decretar el cambio de custodia por el principio contenido en el artículo 282 del Código Civil, lo anterior en atención a que el menor tiene dos años de edad, y que por bien superior del menor debe estar bajo el cuidado de la progenitora, ya que el no permitir la convivencia no pone en peligro grave el normal desarrollo del menor.

Sin embargo, en la acción de suspensión de patria potestad, el juez del conocimiento resuelve que es procedente la acción intentada, ya que el artículo

447 del Código Civil, es preciso al establecer que se suspenderá la patria potestad al que no permita se lleven a cabo las convivencias decretas por autoridad competente, y que dicha resolución la basa en que quedó plenamente acreditada esa situación, ya que obran informes del centro de convivencia en ese sentido, en relatadas condiciones tendría que cambiarse la custodia al progenitor que no la tiene, partiendo de que sin patria potestad no puede haber custodia. Con independencia de que la parte demandada pudo hacer valer la excepción superveniente de eficacia refleja de cosa juzgada, surge una incógnita ¿cuál de las dos sentencias debe prevalecer?, y de inmediato surgen otras interrogantes ¿se resolvió el conflicto entre las partes?, y ¿el derecho de convivencia del menor se salvaguardó?. La respuesta es no, pues el conflicto sigue allí y el menor está siendo afectado en su derecho de convivir con su progenitor. Pero también el legislador no es preciso, ya que no establece si las acciones o sanciones pueden ser invocadas por todos los que tienen reconocido el derecho de convivencia por resolución de órgano competente y que son afectados en ese sentido.

Para abundar un poco más en el sentido que se plasmó en los párrafos que anteceden, analizaremos el contenido del artículo 941 Quáter, que es una medida adecuada pero mal regulada por lo que respecta al orden de aplicación de la misma, cuestión sobre la que se abundó a lo largo de este capítulo, motivo por el cual no se analizará esa situación, mas bien, se estudiará si el contenido del artículo en comento es viable aplicarlo para todos los casos en que no se permita las convivencias, pero primero conozcamos el contenido de dicho precepto:

Artículo 941 Quáter. *El incumplimiento a permitir la convivencia con el ascendiente que no tiene decretada la custodia, dará lugar al cambio de ésta a favor de la otra parte, si no hubiere inconveniente legal alguno, se resolverá en forma incidental.*

En el caso de cambio en la persona que tenga la custodia, la regulación de la convivencia con el menor se hará en los mismos términos en que se venía dando, siempre y cuando no se encuentre involucrada en actos

de violencia familiar en contra de los integrantes del núcleo familiar, conforme resolución judicial firme.

La primera parte del artículo transcrito, es una medida adecuada y aquí el legislador es acertado, por lo que respecta a la sanción para el caso de no permitir las convivencias; sin embargo, la segunda parte es imprecisa, ya que se establece lo siguiente: **“si no hubiere inconveniente legal alguno”** pero ¿qué debemos entender por inconveniente legal? Pensemos en un menor de siete años de edad, el inconveniente legal, nace del contenido del artículo 282 del Código Civil, que dispone: *“Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre”* entonces, este principio debe ser considerado por los jueces un inconveniente legal, si así fuera, la madre que tiene la custodia de un menor de siete años, estaría en posibilidades de no permitir durante ese periodo de vida del menor la convivencia con su progenitor, ya que en la práctica cualquier psicólogo determinaría que se le causaría un daño al menor, con alejarlo de la madre, ya que es una figura indispensable para éste, aunado a que la progenitora, es la que dedicaría un mayor número de horas al cuidado del menor.

En esas condiciones, con una pericial o estudio psicológico que se le practique al menor y en el cual se establezca que lo mejor para el sano desarrollo del menor, es permanecer al lado de la progenitora, la aplicación del artículo 941 Quáter es prácticamente imposible, máxime, si el menor tiene menos de siete años de edad, por tal motivo, la madre estaría en condiciones de impedir la convivencia entre el menor y su progenitor, cuantas veces se le ocurra, sin temor de que se le aplique lo dispuesto en el numeral en comento, lo anterior, bajo la premisa de que sobre cualquier interés debe prevalecer el bien superior del menor, por lo tanto, el decretar el cambio de custodia afectaría al menor en su sano desarrollo. Ante esta desafortunada realidad, el contenido del numeral en estudio, es ineficaz para resolver la problemática naciente de impedir la

convivencia otorgada mediante resolución de órgano competente a favor de un progenitor.

El legislador para lograr que la sanción contemplada en el artículo 941 Quáter del Código de Procedimientos Civiles fuese eficaz, tendría que ser más preciso, otorgando el cambio de custodia cuando estuviera debidamente acreditada la conducta del progenitor que impidió la convivencia, o en su caso buscar otras opciones para ese caso en particular, lo anterior, se sustenta en que no siempre se logrará el cambio de custodia por esa situación, motivo por el cual se deben buscar nuevas opciones que realmente garanticen que el menor ejerza su derecho de convivencia con ambos progenitores, así como con sus parientes consanguíneos en línea recta sin límite de grado o colateral hasta el cuarto grado.

Hasta aquí, se ha analizado cómo la reforma expuesta, no cumplió con su cometido, ya sea por falta de organización para la aplicación de las sanciones contempladas en la misma o bien por un impedimento legal o social, sin embargo, se puede tomar como base para legislar al respecto, a excepción del artículo 941 Quintus, que dispone lo siguiente:

Artículo 941 Quintus. *El ascendiente que tenga el derecho de convivencia con el hijo por resolución judicial y no asista a dicha convivencia, sin causa justa se podrá suspender el goce y ejercicio de ese derecho, quedando como precedente para no solicitarlo o ejercerlo de nuevo con ese hijo, mientras sea menor de edad.*

Realmente, la incorporación de este artículo, va en contra del derecho de convivencia de los menores con su progenitor con el que no cohabita y por ende en contra del interés superior de aquéllos, derecho que ha sido reconocido y regulado en múltiples convenciones internacionales, así como en legislaciones locales, las cuales analizamos en el capítulo que antecede; pero lejos de lo anterior, el mencionado artículo lesiona las relaciones entre ascendientes y descendientes, lo anterior es así, porque al sancionar al ascendiente que tenga

decretada una convivencia con su menor o menores hijos y éste no acredite que su inasistencia fue por causa justificada, se le suspenderá el goce y ejercicio de ese derecho, lo que debe considerarse a todas luces un exceso del legislador, ya que se insiste ¿dónde queda el derecho del menor de convivir con su ascendiente que no tiene su custodia?.

Ante tal incógnita, consideramos que la reforma en estudio fue creada para que las partes en un conflicto de naturaleza familiar y en específico de convivencia, tengan recursos para lograr ejercer ese derecho que les fue reconocido por resolución judicial; sin embargo, los legisladores omitieron proteger y salvaguardar el interés superior del menor, en otras palabras, olvidaron que el menor también tiene el derecho de convivir con sus parientes por consanguinidad, ya sea en línea recta o colateral, y que para haber hecho la reforma de mérito debieron haber tomado como punto de partida esa situación.

Claro reflejo de lo anterior, es el contenido del artículo 941 Quintus, del cual se desprende que a un menor se le debe privar del derecho de convivencia con su progenitor, por el simple hecho de que el ascendiente que no asistió a una convivencia, no acreditó ante la autoridad correspondiente, que la inasistencia, ya sea una o más, fueron justificadas, en esas condiciones, los juzgadores en acatamiento al numeral en análisis, tendrían que suspender el goce y ejercicio de ese derecho, lo anterior es un verdadero error, ya que ni siquiera el legislador considera la posibilidad de no aplicar esa sanción, en caso, de que tal situación vaya en contra del interés superior del menor, en otras palabras, que el negarle la posibilidad a un menor de ver a su madre o padre de manera regular, le pueda causar un daño irreparable durante su formación, arrebatándole la posibilidad de contar con la figura, ya sea materna o paterna, que en mucho contribuye a un menor a su sano desarrollo social, emocional, cultural, educativo, formativo, afectivo, etcétera.

En ese contexto, el legislador debió haber procurado ocupar el mismo criterio que plasmó en el artículo 941 Quáter del Código adjetivo, ya que al igual que el cambio de custodia, la suspensión de las convivencias debe decretarse única y exclusivamente si tal suspensión no afecta al menor, ya que si hacemos una comparación de ambas sanciones podemos concluir que afectan al menor, la primera por el cambio de entorno social y la segunda por la falta de convivencia con su progenitor, en relatadas condiciones el artículo 941 Quintus debe ser utilizado con las mismas salvedades de como se utilizaría el 941 Quáter, ya que si bien es cierto que el progenitor no acude a las convivencias y por este motivo se le sanciona con la suspensión, se debe considerar que la sanción no sólo es para el progenitor, ya que involucra forzosamente al menor y lo afecta, ya que no podrá ejercer el derecho de convivencia y ante esta situación el estado dejaría de dar cumplimiento con su obligación de proteger los derechos del menor por encima de cualquier otro derecho.

Aunado a lo antedicho, y considerando los últimos criterios de los tribunales federales, se fortalece la hipótesis de que no se le puede privar al menor de la convivencia con sus progenitores aunque éstos hayan perdido la patria potestad, entonces, el privarlos de la convivencia por falta de interés o porque jurídicamente no pudieron acreditar la justificación de su falta, contraviene el bienestar del menor, para abundar al respecto basta transcribir las siguientes tesis aisladas emitidas por diversos Tribunales Colegiados en materia Civil del Primer Circuito, que a la letra disponen:

No. Registro: 177,231

Tesis aislada

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XXII, Septiembre de 2005

Tesis: I.11o.C.135 C

Página: 1516

PATRIA POTESTAD. SU PÉRDIDA POR INCUMPLIMIENTO A LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR ALIMENTOS ES PROVISIONAL Y, EN CONSECUENCIA, ES LEGAL DETERMINAR UN RÉGIMEN DE

CONVIVENCIAS ENTRE EL MENOR Y SU PROGENITOR SIEMPRE Y CUANDO SE ACREDITE PLENAMENTE EL INTERÉS DEL NIÑO DE CONVIVIR CON ÉL COMO UN DERECHO CONSAGRADO EN LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. De los artículos 3, 9, 12, 19, 20, 21 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el diecinueve de junio de mil novecientos noventa, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de julio del año citado, y ratificado por el Ejecutivo el diez de agosto de mil novecientos noventa, se desprende la importancia fundamental que tiene el menor de crecer bajo al amparo y responsabilidad de los padres, y particularmente rodeado de afecto, seguridad moral y material; además, en dicha convención se proclama el derecho del niño a recibir la oportuna y debida educación, dado que el interés del niño resulta un principio rector en quienes tienen la responsabilidad de su educación y alimentación. Asimismo, el artículo 9, numeral 3, de la citada convención, establece "Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.". Del precepto transcrito se advierte que es un derecho del niño que esté separado de su padre, el mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño, entendiéndose por interés superior de la niñez, el conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan a los niños vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible. Ahora bien, si se decreta la pérdida de la patria potestad por no haber cumplido con la obligación de proporcionar alimentos, ello constituye una condena provisional, ya que dependerá del demandado, si así lo desea, recuperarla, siempre y cuando acredite que se encuentra al corriente de su obligación de suministrar alimentos, conforme al artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal según reforma publicada en la Gaceta Oficial de 6 de septiembre de 2004. En consecuencia, como la condena a la pérdida de la patria potestad por incumplimiento a la obligación de proporcionar alimentos, no es definitiva sino sólo provisional, resulta legal determinar un régimen de convivencias entre el menor y su progenitor con quien no vive, como un derecho que tiene aquél, consagrado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; para lo cual, debe estar plenamente acreditado en autos que el menor tiene interés en convivir con su progenitor, y que no le es perjudicial.

DÉCIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 45/2005. 18 de febrero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Indalfer Infante Gonzáles. Secretaria: Vanessa Delgadillo Hernández.

No. Registro: 178.471

Tesis aislada

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXI, Mayo de 2005

Tesis: I.4o.C.82 C

Página: 1454

DERECHO DE VISITAS. CONCEPTO Y ALCANCE.

El derecho de visitas del padre o la madre que no cohabita con el hijo cuya guarda ha sido otorgada al otro progenitor, a otro pariente, o a un tercero, consiste en mantener un contacto personal con el menor, de la manera más fecunda que las circunstancias del caso permitan, y aun cuando la ley sólo mencione como sujeto activo al padre, es evidente que también el hijo es titular del derecho de mantener una adecuada comunicación y trato con ambos padres, ya que la consolidación de los sentimientos paterno o materno-filiales, el contacto con sus progenitores, la cohesión efectiva de los vínculos familiares de esta índole, propenden, normalmente, a una estructuración más sólida y equilibrada del desarrollo psíquico del menor. El fundamento de este derecho reside en elementales principios de derecho natural, en la necesidad de cultivar el afecto, de estabilizar los vínculos familiares, a su subsistencia real y efectiva. Mediante él se procura que el contacto paterno-filial se proyecte desde el mero aspecto formal del título de estado, a la vida real. Así la figura del padre o la madre adquieren una dimensión humana, que le otorga al hijo un progenitor visible, accesible, tangible, que evita que con el correr del tiempo éste se transforme en un extraño, a quien lo una un vínculo jurídico, sin significación esencial.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 824/2005. 16 de febrero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Marco Antonio Rodríguez Barajas. Secretaria: Leticia Araceli López Espíndola.

Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXIV, Julio de 2006 Tesis: VI.2o.C.498 C Página: 1178 Materia: Civil Tesis aislada.

CONVIVENCIA FAMILIAR DE MENORES. LA DETERMINACIÓN QUE SUSPENDE O NIEGA EL EJERCICIO DE ESTE DERECHO, POR LA TRASCENDENCIA QUE PUEDE TENER PARA AQUÉLLOS, DEBE PONDERAR TODO EL CAUDAL PROBATORIO EXISTENTE EN EL PROCEDIMIENTO INSTAURADO PARA DILUCIDAR JUDICIALMENTE SU ADECUADO DESEMPEÑO Y NO EN PARTE DE ÉL.

El derecho de convivencia entre padres e hijos incide de manera directa en los valores esenciales de la familia y en la protección de los intereses de los niños, al ser incuestionable que el contacto entre éstos y sus progenitores constituye un aspecto relevante en la integración del concepto de familia, que en la etapa de la vida que cursan, cimientan de modo trascendental esa concepción fundamental en la sociedad, que la ley protege y tiende a conservar. Esa protección jurídica a los intereses de los infantes se erige sobre la base de que son éstos los que tienen derechos determinados y no sólo sus padres para convivir con ellos. De ahí que debe ponerse especial atención en la preservación de los derechos de los menores, porque son superiores y, después, en los de sus padres. Esto es, la convivencia de los padres con sus hijos no debe confundirse con el mismo derecho que tienen los niños para convivir con sus progenitores, pues el que asiste a los menores, es de mayor entidad del que pudiera corresponder a sus ascendientes. Por tanto, si la convivencia que debe existir entre los niños con sus padres se trata de un derecho colocado en posición más elevada que el de estos últimos, es imprescindible resolver los conflictos que pudieran suscitarse al respecto ponderando todos los elementos de prueba disponibles, a fin de estar en condiciones de examinar y resolver qué es lo más benéfico para los menores de edad, ya que de otro modo se corre el riesgo de que la determinación judicial que se emita carezca de una debida motivación. Así, la determinación que suspende o niega el ejercicio de este derecho, por la trascendencia que puede tener para el menor de que se trate, debe ponderar todo el caudal probatorio existente en el procedimiento instaurado para dilucidar judicialmente su adecuado desempeño, y no en parte de él, en la medida en que de no actuar así se podrían afectar los derechos que legalmente les asisten y, en relación con los cuales, el Estado tiene especial interés en su preservación.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 72/2006. 20 de abril de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Armando Pallares Valdez. Secretario: Eduardo Iván Ortiz Gorbea

Es menester precisar que los criterios transcritos con antelación fueron emitidos por diversos órganos jurisdiccionales en forma aislada, empero, para efectos del presente trabajo son criterios que deben prevalecer tomándolos como base para buscar una debida regulación que busque solucionar conflictos nacientes de las convivencias, esto, a fin de garantizar que los menores ejerzan su derecho de convivencia con sus ascendientes, garantizando a estos últimos que puedan disfrutar de sus hijos en forma ilimitada, inclusive extendiendo el alcance de dichos principios a los parientes consanguíneos que se encuentren realmente

interesados en la convivencia, ya que es indiscutible que esa situación favorecerá a que los menores vivan y crezcan en un entorno familiar y con eso se podrá garantizar que los menores en un futuro sean mejores personas, ciudadanos y padres.

3.1.3.- Artículo 173 del Código Penal.

Hasta el punto que antecede, se fue analizando el contenido de diversos artículos del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles, y que forman parte de la reforma publicada el seis de septiembre del dos mil cuatro, sin embargo, el legislador, ante la desafortunada realidad de que en múltiples ocasiones las resoluciones dictadas en cuestiones que versan sobre la convivencia de los menores y sus parientes, son incumplidas por alguno de los justiciables, consideró tipificar una conducta constitutiva de delito por no acatar las resoluciones que otorgan el derecho de convivencia y la custodia compartida, para abundar al respecto es de imperiosa necesidad transcribir el contenido del artículo 173 del Código Penal que dispone:

***Artículo 173.** Se impondrá de uno a cinco años de prisión y de cien a quinientos días de multa, al ascendiente, descendiente, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado, que retenga o sustraiga a un menor o incapaz, en los siguientes casos:*

- I. Que haya perdido la patria potestad o ejerciendo ésta se encuentre suspendido o limitado;*
- II. No tenga la guarda y custodia provisional o definitiva o la tutela sobre él;*
- III. No permita las convivencias decretadas por resolución judicial; o*
- IV. Teniendo la guarda y custodia compartida, no devuelva al menor en los términos de la resolución que se haya dictado para ellos.*

Para el presente trabajo de investigación, sólo se analizarán las fracciones III y IV del citado numeral, ya que las otras dos no representan mayor problema. Por lo que hace a la hipótesis contenida en la fracción III, es incongruente con lo dispuesto en el artículo 73 Bis del Código de Procedimientos Civiles, ya que este numeral dispone en su fracción II: “[...] II. *La reiteración inmediata de no permitir la convivencia de quien ejerza la custodia del menor, dará lugar a la intervención del C. Agente del Ministerio Público, para la acción correspondiente*” y la fracción III del artículo 173 dispone: “[...] III. *No permita las convivencias decretadas por resolución judicial;*”, he aquí la gran contradicción, mientras que la fracción transcrita en primer orden, contempla que se le dará intervención al Ministerio Público ante la reiterada conducta de no permitir las convivencias, el segundo de los preceptos no contempla que la conducta se dé en forma reiterativa, entonces, ¿se podrá denunciar ante el Ministerio Público la posible comisión del delito contemplado en la fracción III del artículo 173, si sólo en una ocasión el pariente impidió la convivencia decretada por resolución judicial?.

Si atendemos a la literalidad de la fracción III del artículo 173 del Código Penal, encontraríamos que la conducta que tipifica dicho numeral, se colma con impedir en una sola ocasión la convivencia, ya que de la literalidad del mismo, podemos deducir que para la comisión del delito contemplado en el artículo en comento, no es necesario que se impida en varias ocasiones la convivencia, basta con que no se permita en una sola ocasión. Lo anterior, es contrario a lo dispuesto en el artículo 73 Bis del Código de Procedimientos Civiles, numeral que dispone que ante la reiterada conducta se le dará intervención al representante social, esto a todas luces es una contradicción, pensemos en que un padre que tiene decretada la custodia de su menor hijo, no permite la convivencia con la madre un sábado, pero lo presenta el domingo, la madre solicita la intervención del ministerio público, para que éste investigue la posible comisión del delito contemplado en la fracción III del artículo 173 del Código Penal; sin embargo, el juez que tiene conocimiento del asunto, dicta un auto en el que resuelve que no se colman los supuestos del artículo 73 Bis del Código de Procedimientos Civiles, ya

que el progenitor, sólo se abstuvo de presentar al menor en una sola ocasión para la convivencia aumentando que éste último no quiso asistir a la misma.

De lo anterior, se desprende que el juzgador estuvo en lo correcto, ya que el artículo 73 Bis del Código de Procedimientos Civiles, únicamente contempla la intervención del representante social, en caso de que la conducta sea reiterativa, y en el asunto en comento, la falta sólo se cometió en una ocasión, lógicamente, la parte afectada con dicha resolución, argumentará que no es necesario que la conducta se realice en varias ocasiones, ya que la fracción III del artículo 173 del Código Penal, establece que se colman los supuestos con una sola ocasión, lo anterior, es una contradicción, debido a que ambos ordenamientos no son acordes entre sí, por lo tanto, se puede concluir que en el ámbito civil se necesita que la conducta de no permitir las convivencias sea en dos o más ocasiones para que el representante social intervenga, y en la materia penal, no es necesario que se impidan en varias ocasiones la convivencia, ya que con una sola ocasión que se presente la conducta se estaría acreditando la conducta sancionada en el Código Penal.

Lo anterior, advierte que debe hacerse una reforma a dichos numerales, ya que no se pueden utilizar criterios distintos para cada materia, lo que debió haber previsto el legislador, máxime que se está ante una norma que tiene su fundamento en ámbito penal, empero, que puede ser invocada ante un órgano jurisdiccional diverso, pero lejos de quien lo aplique, es eminente que los dos preceptos se contraponen, lo que hace a la reforma en estudio incongruente.

Por lo que respecta, al contenido de la fracción IV del artículo 173 del Código Penal, misma que dispone: “[...] IV. *Teniendo la guarda y custodia compartida, no devuelva al menor en los términos de la resolución que se haya dictado para ellos.*”, se insiste que la custodia compartida es aquella que se presenta cuando los progenitores de un menor cohabitan, en relatadas condiciones, la hoy llamada custodia compartida, no es tal, y reiterando el criterio

que se plasmó a lo largo del presente trabajo, se debió haber llamado a tal custodia como “*custodia alternada entre ambos progenitores*” ya que realmente el legislador se refería a la posibilidad de alternar la custodia. Por lo demás, la disposición me parece acertada, ya que se debe buscar garantizar a los justiciables, que las sentencias dictadas por los tribunales, en este caso en materia familiar, sean ejecutables.

3.2.- Propuesta de Reformas al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles.

Hasta el punto que antecede, se realizó un análisis de los preceptos considerados trascendentes y que forman parte de la reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el día seis de septiembre del dos mil cuatro, sobre el particular, se debe reconocer que los legisladores tuvieron aciertos, pero de igual forma desaciertos, ya que como se refirió a lo largo del presente trabajo, la reforma fue ineficaz, debido a que ésta se realizó pensando en defender el derecho de los progenitores a convivir con sus descendientes, lo que a todas luces fue el error que cometió el legislador, debido a que era de vital importancia haber pensado como primicia, defender el derecho que le asiste a los menores de convivir con sus parientes consanguíneos y en especial con sus progenitores.

El argumento esgrimido en el párrafo que antecede, podría ser considerado, por más de una persona, como una cuestión meramente gramatical, pero desafortunadamente no es de esa forma, ya que si los legisladores se hubieran preocupado por salvaguardar el derecho del menor y no el de los progenitores, tendrían que haber pensado en la forma de restituir a los menores el goce de la convivencia con sus parientes y en especial con los progenitores, lo anterior, se basa en el hecho de que en la práctica, si bien es cierto, con dicha reforma se sanciona en diversas formas a los que incumplen o impiden la convivencia, también lo es que el menor ya fue afectado en su derecho, el cual no se le restituye ni con el arresto de treinta y seis horas, ni con el cambio de custodia, ni

con la suspensión de la patria potestad y mucho menos que el Ministerio Público ejercite acción penal en contra de aquel que incumplió; creerlo así, sería tanto como considerar ese hecho como de imposible reparación, dejando de ver el daño que ya se le ocasionó al menor con la privación de ese elemental derecho.

En esa guisa, al permitir que ese hecho se convierta en un acto de imposible reparación, se está ante el eminente peligro de que los órganos jurisdiccionales, se conviertan en cómplices de aquel progenitor que impide de cualquier forma que un menor conviva con su progenitor u otros parientes, ya que el problema no se resuelve con hacer efectivas las sanciones contempladas en los artículos 447 del Código Civil, 73 Bis, 941 Quáter, Quintus del Código de Procedimientos Civiles, o 173 del Código Penal, ya que la aplicación de las sanciones que contemplan los numerales referidos, no reparan al menor el daño que ya se le ocasionó por no convivir con su progenitor u otros parientes, de igual forma no repara el daño al progenitor o al pariente.

En virtud de lo anterior, debe procurarse buscar la forma más efectiva de garantizar, primero al menor y luego al pariente o progenitor, ejercer su derecho de convivencia, no sólo dotando de nuevos argumentos jurídicos a las partes para hacerse más daño entre sí, sino que se les doten de más argumentos para lograr que ambos progenitores contribuyan a la educación, sostenimiento, desarrollo y cuidado de sus hijos, ese debe ser el espíritu de la reforma y del cual careció la aquí estudiada, máxime que la reforma en estudio contempla únicamente sanciones, que en muchas ocasiones son imposibles de aplicar, debido a la incongruencia de las mismas en cuanto al orden de aplicación, o con la ineficacia de algunas ante situaciones como el hecho de que los menores de siete años deban estar al cuidado de sus progenitoras salvo peligro grave, pero ¿acaso no es peligro grave que a un menor se le prive de convivir con alguno de sus progenitores o con la familia de aquel con el que no vive?.

Con independencia de lo anterior, la reforma en estudio no contempla alguna forma para repararle al menor, el daño que se le ocasionó al no convivir con su progenitor que no lo custodia, ya sea una, dos, tres o quince veces, y si desafortunadamente, las acciones contempladas en los artículos 941 quáter del Código de Procedimientos Civiles, o 447 del Código Civil, no llegaron a proceder por extrañas razones, ¿tendríamos que aceptar que la convivencia de una, o dos o quince veces, pues ya no se dio? Creerlo o aceptarlo de esa forma, sería tanto como dejar que el Estado evadiera su obligación de garantizar que los menores ejerzan sus derechos, lo anterior, con independencia de que se violarían diversas legislaciones internacionales y sobre todo sería un fracaso de la propia sociedad aceptar tal situación.

Ante tal posibilidad, es necesario proponer una reforma que garantice a los menores su derecho a convivir con ambos progenitores y sus parientes en forma personal, ilimitada, directa y sobre todo de calidad, para lograr que aquéllos crezcan en un ambiente familiar, pese a que no cohabiten con ambos progenitores, lo que conllevará a un sano desarrollo psicosocial, físico y sobre todo emocional del menor, donde tengan presente a la figura paterna y materna en iguales términos y condiciones, así como para lograr la independencia de cada menor de acuerdo a la forma de adaptación de éstos, máxime que ante la realidad social las personas están expuestas a diario a una serie de riesgos que en ocasiones privan de la vida, por eso debe el menor estar adaptado a ambos progenitores y no sólo a éstos sino también a sus parientes más cercanos, para garantizar que en el momento en que faltare aquel que tiene la custodia, sea un impacto menor para el hijo que debe cambiar de domicilio, ya que en la práctica desafortunadamente nos encontramos que se cree que se hace más daño a un menor con la convivencia que con la no convivencia, esto invariablemente debe ser cambiado.

Claro está que para lograr ese cometido, no sólo se debe legislar, sino que se debe hacer conciencia en los padres y parientes, para que dejen por un lado sus afecciones personales, y aprendan a vivir separados pero unidos por aquél a

quien dieron la vida, pero en eso poco pueden hacer los juristas, ya que eso forma parte de otra esfera, que sólo como personas, padres, abuelos y demás parientes está en nuestro alcance hacer; empero, como Estado, órgano jurisdiccional, u administrativo, es la obligación de estos legislar y encaminar acciones para que en lugar de que los legisladores expresen: “*Hoy espero que sea un día de festejo para todas las madres y padres que se encuentran separados de sus hijos, y además darles la noticia de que para agilizar el trámite legal que contemple los autos de los jueces para el ordenamiento de la convivencia*” digan:

Hoy esperáramos sea un día de festejo para los menores que por motivos ajenos a éstos, se encuentran separados de sus progenitores o demás parientes, ya que hemos legislado, para lograr les sea respetado su derecho de convivencia con sus parientes y en su caso les sea restituido cuando sean privados de ese derecho, ya que con la aprobación de esta reforma, se incorporaron acciones tendientes a garantizar el respeto de su derecho de convivencia, aun por encima de otros intereses [...].

Con lo anterior, se ha resumido y expresado el verdadero espíritu del presente trabajo, puede ser que para algunos sea corto este resumen, pero no es así, ya que implica mucho más de lo que se plasmó en pocas palabras, tal vez, eso obedezca a que tanto el código sustantivo y adjetivo, regulan en pocos artículos el derecho de convivencia, incluso hay poco material doctrinario al respecto; sin embargo, eso no refleja la realidad social y jurídica de tal problemática, incluso puede ser mayor la controversia que se presenta por la custodia de un hijo, o la convivencia con éste, que por el propio estado civil de las personas, o las disoluciones de la sociedad conyugal, los alimentos, etc....., basta acudir a los tribunales familiares donde a diario se ventilan conflictos de padres que no escatiman esfuerzos para lograr que el otro progenitor o la familia de éste, no vea, conviva y mucho menos custodie a un hijo, incluso existen expedientes

que terminan con la controversia principal y prosigue por la custodia o la convivencia de los hijos.

Ante esa realidad, es una obligación de todos los que intervienen en asuntos de esa índole, buscar mecanismos que logren garantizar que sean ejecutadas las resoluciones dictadas en cuestiones que versen sobre custodia y convivencia de menores, para lograr y garantizar el sano desarrollo psicosocial, emocional, educacional y afectivo de los Niños y Niñas, si se logra este cometido se puede contribuir a formar en el futuro mejores padres, mejores hijos y en general una sociedad más sólida, ya que contará con personas que crezcan bajo el amparo del bien común. En busca de lo anterior, se hacen las siguientes propuestas de reforma a diversos artículos ya antes analizados, para lo cual, es necesario reiterar que se hará con la primicia de respetar primordialmente el derecho de los menores y buscando siempre el interés superior de éstos.

3.2.1.- Reforma de los artículos 282, 283, 417 y 447 del Código Civil.

El artículo 282 del Código Civil establece lo siguiente:

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

I. [...]

II. [...]

III. [...]

IV. [...]

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

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

Como se ha venido argumentando la custodia compartida, es una figura que se presta a confusión, ya que de acuerdo al estudio realizado y plasmado en el presente trabajo, se llegó a la conclusión que la custodia es compartida por ambos progenitores cuando éstos cohabitan, y para estar en condiciones de que se pueda alternar la custodia de un menor, se deberá acreditar ante el órgano jurisdiccional que esa situación beneficie al menor, además, que no se ponga en riesgo su normal desarrollo y estabilidad emocional del menor, cuidando algunos factores como serían el cambio constante de centro escolar, de entorno social y condiciones de vida; motivo por el cual se debe modificar la cláusula V, para lo cual, se propone quede de la forma siguiente:

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

I. [...]

II. [...]

III. [...]

IV. [...]

*V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, debiendo ser uno de éstos y **pudiéndose alternar la custodia entre ambos, por un periodo determinado, siempre y cuando sea benéfico para los menores y no exista peligro para el normal desarrollo de aquéllos, así como se den las condiciones necesarias para la educación y formación de los menores.** En defecto de ese acuerdo; el juez de lo familiar resolverá lo conducente, previo el*

procedimiento que fije el código respectivo y, tomando en cuenta la opinión del menor.

[...]

Ahora bien, por lo que respecta al segundo párrafo de la fracción en comento, y como ya se había argumentado en puntos que anteceden, de dicha fracción, se advierte un obstáculo para aplicar adecuadamente la reforma hecha a diversos artículos con fecha seis de septiembre del dos mil cuatro, lo anterior, es así ya que si no se adecuara el contenido de dicho párrafo, el mismo se convierte en un freno para poder suspender la patria potestad o modificar la custodia de los menores que se ven afectados en su derecho de convivencia con sus parientes consanguíneos, durante sus primeros siete años de vida, ante desafortunada situación, es indispensable modificar el contenido del párrafo en comento, ya que de permanecer de esa forma, no se estaría contribuyendo a que sean efectivas las medidas para lograr no se afecte el derecho de convivencia de los menores. Motivo por el cual se propone la modificación siguiente:

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

I. [...]

II. [...]

III. [...]

IV. [...]

V. [...]

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

Sin embargo, se considerará peligro grave para el normal desarrollo de los menores, el hecho de que la progenitora que tenga la custodia de un menor, realice conductas u

omisiones, que afecten el derecho de convivencia del menor con sus parientes que tengan reconocido ese derecho por resolución judicial.

No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

Para ser coherentes con la reforma propuesta al artículo 282, es menester reformar el contenido del artículo 283 del Código Civil, numeral que dispone:

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

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

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

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

La reforma que se oferta para este artículo radica esencialmente, en cambiar el término de custodia compartida, por la posibilidad de alternar la custodia entre el padre y la madre; aunado a lo anterior, se propone la incorporación de una excepción a la hipótesis contemplada en dicho numeral, a saber, que el cambio de custodia sólo podrá demandarse hasta que el menor

tenga siete años, ya que esa hipótesis se redacta como un principio y al no modificarlo puede generar alguna contradicción a lo dispuesto en el artículo 941 Quáter del Código de Procedimientos Civiles.

En ese mismo contexto, también se propone una modificación al tercer párrafo del artículo en comento, en el cual se establece que sólo se puede recuperar la patria potestad cuando se haya perdido por cuestiones alimentarias, empero, diversos órganos jurisdiccionales han determinado que se puede recuperar por otras causas diferentes a las alimentarias, en atención a lo anterior, se debe quitar la palabra únicamente. También se propone se retire la hipótesis de recuperar la custodia, ya que como se precisó en puntos que anteceden ningún artículo del Código Civil, o del Código de Procedimientos Civiles, contempla la posibilidad de la pérdida de la custodia por no cumplir con las obligaciones alimentarias, corolario de lo anterior, es el contenido de la parte in fine del artículo 282 que dispone: [...] “*No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos*”. Ahora bien, la fracción IV del artículo 444 del Código Civil, contempla la pérdida de la patria potestad al que incumpliera con sus obligaciones alimentarias, por lo tanto, se puede concluir que la pérdida de la custodia, obedece más a la pérdida de la patria potestad, ya que si no se ejerce la patria potestad no se puede tener la custodia del menor, por lo anterior, se propone la siguiente reforma:

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

*Deberá procurarse en lo posible **la posibilidad de alternar la custodia entre el padre y la madre,** pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en*

*caso de algún ascendiente tuviese la custodia, el otro que no la posee, después de los siete años podrá demandar en lo posible la custodia para ambos padres, lo anterior en función de las posibilidades de éstos y aquéllos, así como que no exista con alguno de los progenitores peligro alguno para su normal desarrollo; **sin embargo, cuando un progenitor violentara el derecho de convivencia de un menor, reconocido por resolución judicial, no será obstáculo para demandar el cambio de custodia, que el menor tenga menos de siete años .***

*La recuperación de la patria potestad procederá, **por resolución judicial en ese sentido y** en aquellos casos que por cuestiones alimentarias se haya perdido, siempre y cuando se acredite que se haya cumplido con dicha obligación.*

Prosiguiendo, con la propuesta de reforma de diversos artículos, toca lo referente, a lo dispuesto en el artículo 417 que en su parte conducente dispone:

Artículo 417. *Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan
[...]
[...]
El juez de lo familiar aplicará las medidas previstas en el Código de Procedimientos Civiles e incluso podrá decretar el cambio de custodia de los menores previo el procedimiento respectivo, cuando quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva sobre ellos, realice conductas reiteradas para evitar la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan reconocido judicialmente su derecho a la misma.*

El contenido del artículo transcrito, se contrapone a diversos artículos reformados con fecha seis de septiembre del dos mil cuatro, ya que no existe un orden de aplicación de la sanción contenida en el Código de Procedimientos

Civiles, ejemplo de lo anterior, es que dicho artículo prevé el cambio de custodia contemplado en el artículo 941 Quáter del ordenamiento adjetivo de la materia, pero jamás refiere respecto de la suspensión de la patria potestad que contempla el artículo 447 del Código Civil, de allí la incongruencia argumentada. También existe un problema con la palabra “reiterada”, toda vez que es imprecisa, ya que para un juzgador reiterada puede ser dos veces y para otro puede ser más de cinco, lo que imposibilita la aplicación de la norma; sin embargo, y a fin de hacer acorde la reforma que ahora se propone, el artículo debe ser modificado, para lo cual se formula la propuesta siguiente:

Artículo 417. Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan [...]

[...]

El juez de lo familiar aplicará las medidas previstas en el Código de Procedimientos Civiles, cuando quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva de un menor, realice conductas que priven a los menores de su derecho de convivencia con la persona o personas que tengan reconocido judicialmente su derecho a la misma o se abstenga de reintegrar la convivencia impedida, de acuerdo a la resolución dictada al respecto, por el juez.

Como se aprecia de la modificación propuesta, se sustrae lo referente al cambio de custodia, lo anterior dado que en la parte inicial del párrafo se regula la posibilidad, de que el juzgador aplique las medidas previstas en el Código de Procedimientos Civiles, por lo que no se considera necesario precisar cuáles, máxime que el código adjetivo prevé cuáles y la forma en que deben aplicarse las medidas atinentes; por otra parte, se incorpora otra hipótesis, como lo es, que se aplicarán las medidas contenidas para el caso en que el progenitor que tiene la

custodia definitiva o provisional no reintegre la convivencia impedida, sobre el particular se hará una incorporación de esta figura en diversos artículos del Código de Procedimientos Civiles.

Por lo que toca al artículo 447 del Código Civil, dispone:

Artículo 447. *La patria potestad se suspende:*

I. [...]

II. [...]

III. [...]

IV. [...]

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

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

La propuesta que se hace para lo concerniente al contenido de la fracción V del artículo transcrito con antelación, es en el sentido de derogar esa fracción, por una parte, en atención de que la medida de marras, carece de una debida concatenación con las disposiciones contenidas en diversos numerales, sobre lo que se abundó al momento de analizar la fracción en comento, lo anterior es así, ya que no se contempla un orden de aplicación de las sanciones contempladas tanto en el Código de Procedimientos Civiles como en la que nos ocupa, recordando un poco, se ponía el ejemplo de que un progenitor podía iniciar un incidente para logra el cambio de custodia con fundamento en el artículo 941 Quáter del código adjetivo de la materia, pero al mismo tiempo podía iniciar en la vía ordinaria la suspensión de la patria potestad, y pensando que la parte demandada no oponga excepción de litispendencia o conexidad, y existan resoluciones contrarias, en la que se determine que no procede conceder el cambio de custodia y en diverso juicio si proceda la suspensión de la patria

potestad, lo que a todas luces daría pauta a múltiples conflictos, lo anterior, sin perder de vista el contenido del artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles, lo que también procesalmente constituye un problema, ya que el cambio de custodia deberá ser vía incidental y la pérdida de la potestad en vía ordinaria.

Pero lejos de los conflictos procesales que se puedan presentar, se estima que la medida es excesiva y con la misma no garantiza que el menor que fue afectado en su derecho de convivir, sea resarcido ante tal afectación, en otras palabras, sólo alienta a las partes para iniciar una serie de acciones tendientes a fastidiar al otro progenitor, y con la misma no se soluciona el conflicto, ya que en lugar de garantizar, que el menor goce de una convivencia sana con ambos progenitores y crezca en un ambiente familiar, se destina al menor a perder el contacto con su padre o madre, dependiendo quien sea el infractor, por eso es que más adelante se harán propuestas en ese sentido, sin embargo y ante lo anteriormente expuesto, se insiste en que la fracción V en estudio debe derogarse.

3.2.2.- Derogación del Artículo 73 Bis y reforma del Artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles.

Por lo que hace al contenido del artículo 73 bis del Código de Procedimientos Civiles, mismo que fue incorporado mediante reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, con fecha seis de septiembre del dos mil cuatro, y como se refirió en puntos que anteceden, es de concluirse que el mismo carece de una congruencia de aplicación con diversos numerales como lo son el artículo 941 quáter, quintus del propio ordenamiento invocado, aunado a que se contrapone con lo dispuesto en la fracción III del artículo 173 del Código Penal, en tal virtud, es de suma importancia realizar una reforma al artículo de mérito; lo anterior, a fin de proporcionar a los jueces de lo familiar de medidas de apremio eficaces para hacer cumplir sus determinaciones.

Así tenemos que el mencionado artículo dispone:

Artículo 73 Bis. *Los jueces de lo familiar, respecto a la convivencia de menores, podrán emplear:*

I. Arresto hasta por 36 horas.

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

Ahora bien, debe precisarse que la propuesta que se formula, debe ser congruente con las demás propuestas hechas en el presente trabajo, motivo por el cual, se plantea la derogación del artículo 73 Bis, lo anterior, en la inteligencia de que el texto del artículo 73 hasta antes de la reforma, contemplaba ambas medidas de apremio, por lo que la incorporación del artículo 73 Bis es irrelevante, máxime que no se plantea un nuevo medio de apremio, solo se particulariza la posibilidad de los jueces en materia familiar para aplicar medios de apremio ya existentes, aunado a lo anterior, es de resaltarse que en la práctica, los jueces de lo familiar siguen aplicando las medidas de apremio contempladas en las fracciones I y IV del texto no reformado, motivo por el cual se propone que el artículo 73 quede de la siguiente forma:

Artículo 73. *Los jueces, para hacer cumplir sus determinaciones, pueden emplear cualquiera de los siguientes medios de apremio que juzguen eficaz:*

I. La multa hasta por las cantidades a que hace referencia el artículo 61, la cual podrá duplicarse en caso de reincidencia;

II. El auxilio de la fuerza pública y la fractura de cerraduras si fuera necesario;

III. El cateo por orden escrita;

IV. El arresto hasta por treinta y seis horas.

V. Si el caso exige mayor sanción, dará lugar a la intervención del Ministerio Público, para el ejercicio de la acción correspondiente.

Los jueces familiares en cuestiones relacionadas con el derecho de los menores a convivir con sus parientes por consanguinidad, que tengan reconocido judicialmente ese derecho, aplicarán lo dispuesto en las fracciones IV y V, sin necesidad de agotar los demás medios de apremio contemplados en este artículo, lo anterior, sin perjuicio de las acciones contempladas en este código para cuestiones relacionadas con el derecho de convivencia de los menores.

Con esta reforma se evita redundar en lo ya existente, y se faculta a los jueces en materia familiar para que utilicen las medidas de apremio contempladas en las fracciones IV y V para hacer cumplir sus determinaciones, lo anterior, sin la imperiosa necesidad de que tengan que aplicar las demás medidas que contempla el propio numeral; así también, se precisa que las medidas deben de aplicarse con independencia de las acciones contempladas en los artículos 941 Quáter del mismo ordenamiento y 173 del Código Penal.

3.2.3.- Reforma del Artículo 941 Bis del Código de Procedimientos Civiles.

En cuanto al contenido del artículo 941 bis del Código de Procedimientos Civiles, y como se expuso en el punto primigenio de este capítulo, y en particular, al momento de analizar el artículo en comento donde se argumentó que la redacción utilizada en los párrafos primero y quinto fue inadecuada. Al respecto es necesario transcribir dicho numerario:

Artículo 941 Bis. *Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y de los niños con sus parientes por consanguinidad en línea colateral hasta el cuarto grado, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y las convivencias de los menores, misma que se verificará dentro de los quince días siguientes.*
[...]

En los casos, en que los menores no acudan a centros educativos, médicos, o de rehabilitación, el juez de lo familiar, a su prudente arbitrio, regulará las convivencias del menor con los parientes por consanguinidad en línea colateral hasta el cuarto grado que no lo tengan bajo custodia.

Sin embargo, con dicha redacción se puede entender que los parientes en línea recta no pueden invocar este artículo, ya que si así lo pretendieren deberán de aplicarlo por analogía, y no invocarlo en forma directa, máxime, que es de explorado derecho que los menores tienen necesidad y derecho de convivir y ser custodiados por sus parientes por consanguinidad en línea recta, al igual que los parientes colaterales hasta el cuarto grado. Con relación a lo anterior se propone la siguiente reforma:

Artículo 941 Bis. *Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y de los niños con sus parientes por consanguinidad en línea recta sin límite de grado o en línea colateral hasta el cuarto grado que no lo tengan bajo su custodia, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y las convivencias de los menores, misma que se verificará dentro de los quince días siguientes.*
[...]

*En los casos, en que los menores no acudan a centros educativos, médicos, o de rehabilitación, el juez de lo familiar, a su prudente arbitrio, regulará las convivencias del menor **en los mismos términos del primer párrafo de éste artículo.***

Con dicha propuesta, se deja claro, que cualquier pariente por consanguinidad en línea recta sin límite de grado o en línea colateral hasta el cuarto grado que no tenga al menor bajo su custodia, podrá solicitar con fundamento en el artículo 941 Bis, la custodia o la convivencia con el menor del cual es pariente y no tener que aplicar el artículo por analogía; más aún, que todos los menores tienen derecho a convivir con sus parientes, a fin de crecer al amparo de una familia e interrelacionarse con aquéllos, ya que en caso de faltar los progenitores, cualquiera de los contemplados en dicha hipótesis normativa, podrá brindar al menor un hogar, en donde éste se encuentre familiarizado con sus miembros, y con eso se garantice un desarrollo psicosocial adecuado al menor y por ende su bienestar, protegiendo con ello el interés del menor.

3.2.4.- Reforma del Artículo 941 Quáter del Código de Procedimientos Civiles.

Se llega a la reforma del artículo 941 Quáter, que para el presente trabajo será la más importante y trascendente de todas las hasta aquí hechas, ya que el mencionado artículo dispone una sanción para aquél progenitor que impide que un menor ejerza su derecho de convivencia con sus parientes, y en específico con sus progenitores, por ello, es de vital importancia modificar el texto actual del artículo de mérito, el cual dispone lo siguiente:

***Artículo 941 Quáter.** El incumplimiento a permitir la convivencia con el ascendiente que no tiene decretada la custodia, dará lugar al cambio de*

ésta a favor de la otra parte, si no hubiere inconveniente legal alguno, se resolverá en forma incidental.

En el caso de cambio en la persona que tenga la custodia, la regulación de la convivencia con el menor se hará en los mismos términos en que se venía dando, siempre y cuando no se encuentre involucrada en actos de violencia familiar en contra de los integrantes del núcleo familiar, conforme resolución judicial firme.

Tal como se expuso, a lo largo del presente trabajo, la esencia de la reforma fue buena, pero mal dirigida, ya que se trató de salvaguardar el derecho de los progenitores de convivir con sus menores hijos de los cuales no tienen la custodia, y se olvidaron del derecho de los menores a convivir con sus progenitores y demás parientes, lo anterior, pareciere ser un juego de palabras, empero, no es así ya que si los legisladores se hubieren preocupado por cubrir el segundo aspecto (proteger el derecho del menor), la reforma tendría que haber sido encaminada a buscar la forma de garantizar que los menores no fueran afectados en su derecho de convivencia que les fue reconocido por resolución judicial, lo que no aconteció.

Ante la omisión referida en el párrafo que antecede, se propone una modificación sustancial a este artículo, dentro de las cuales, se encuentran la incorporación de nuevas figuras (restitución de convivencia) y se propone ordenar las medidas que deben aplicar los juzgadores para el caso de que las partes incumplan las resoluciones que versen sobre convivencia de menores e incluso se propone ampliar esas medidas cuando se trate de convivencia entre un menor y sus parientes consanguíneos que no sean progenitores, en esa guisa, se plantea la siguiente reforma:

Artículo 941 Quáter. Cuando un ascendiente impida que un menor ejerza su derecho de convivencia con el progenitor que no tiene decretada la custodia, incumpliendo con ello una

resolución dictada en ese sentido, los jueces podrán emplear las siguientes medidas:

I. Cuando se trate del primer incumplimiento, el juez ordenará que la convivencia que no se llevó a cabo, sea restituida al menor en los mismos términos y duración de la impedida, tomando las medidas pertinentes a fin de garantizar que el menor goce de dicha convivencia, sin que sea impedimento para la restitución que le corresponda convivir al progenitor que incumplió, apercibiendo a la parte obligada a la restitución, con imponerle la medida de apremio contenida en el fracción IV del artículo 73 de este ordenamiento.

La resolución que ordene la restitución de la convivencia, será apelable y se admitirá en efecto devolutivo, si se tratare de régimen de convivencia decretada en forma provisional; si fuese la decretada en sentencia firme o convenio aprobado judicialmente, no admite más recurso que el de responsabilidad.

II Cuando se incumpla en más de dos ocasiones o se oponga a la restitución de la convivencia que prevé la fracción antecede, se podrá decretar el cambio de custodia a favor de la otra parte, no siendo obstáculo para ello, lo dispuesto en la parte final de la fracción V del artículo 282 del Código Civil, lo que se resolverá en forma incidental.

No será justificación del incumplimiento, el argumento de que el menor no quiera convivir con el progenitor que no tiene la custodia; sin embargo, el Juez de lo familiar deberá tomar en cuenta esa circunstancia, señalando día y hora para sostener

una plática con el menor y dependiendo del resultado de la misma, tomará las medidas pertinentes.

Cuando el incumplimiento se dé en resoluciones que reconocen el derecho de convivencia de un menor, con sus parientes en línea recta, después del segundo grado, y colateral hasta el cuarto grado, será aplicable lo dispuesto en la fracción I de este artículo, así como las demás previstas en este código.

Las medidas contempladas en este artículo, no impedirán la intervención del Ministerio Público, para el ejercicio de la acción correspondiente.

3.2.5.- Reforma del artículo 941 Quintus del Código de Procedimientos Civiles.

Por lo que hace al contenido del artículo 941 Quintus el cual dispone:

Artículo 941 Quintus. *El Ascendiente que tenga el derecho de convivencia con el hijo por resolución judicial y no asista a dichas visitas, sin causa justificada se podrá suspender el goce y ejercicio de ese derecho, quedando como precedente para no solicitarlo o ejercerlo de nuevo con ese hijo, mientras sea menor de edad.*

Si bien es cierto, el artículo citado, conculca el derecho de los menores a convivir con sus progenitores, también lo es que, se deben tomar medidas para el caso en que el progenitor que demandó ejercer su derecho de convivencia con su menor o menores hijos no asista a la visita; no obstante, para suspender las convivencias debe tomarse en consideración, si la suspensión contemplada en el numeral de mérito afecta al menor, toda vez que el crecer sin la figura materna o paterna puede generar una afectación al sano desarrollo de éste; por lo anterior,

debe procurarse aplicar medidas similares para aquél progenitor que no permite las convivencias y aquél que no asiste a las mismas, cuidando en todo momento la igualdad entre un caso y otro (entre el que no permite y el que no asiste), máxime que en ambos casos, con el actuar de los progenitores, se está vulnerando el derecho de convivencia de los menores, uno por la oposición a la convivencia y el otro por la omisión de la asistencia.

En ese sentido, la propuesta que ahora se realiza, va encaminada a equiparar una conducta desplegada por aquél que no permite las convivencias y aquél que no asiste a las mismas, ya que se insiste en ambas hipótesis se afecta el derecho del menor a convivir, extendiendo las medidas para todo aquél que teniendo reconocido por resolución judicial el derecho de convivencia. Aunado a lo anterior, también se propone que antes de suspender el derecho de convivencia se tome en consideración la opinión del menor y sí eso afecta al mismo; para lo cual se propone la siguiente reforma:

*Artículo 941 Quintus. **Todo aquél que tenga reconocido el derecho de convivencia con un menor por resolución judicial y no asista a dichas visitas, sin causa justificada, el juez podrá emplear las siguientes medidas:***

I. Cuando se trate de la primera ocasión, se apercibirá aquél que no asiste, con imponerle una medida de apremio, conforme a lo estatuido en el artículo 73 de este ordenamiento para los casos de convivencias.

II. Cuando sean dos o más inasistencias, se podrá suspender ese derecho hasta por seis meses.

III. En caso de reincidencia en la conducta, se suspenderá ese derecho por un año, y sólo se podrá recuperar, siempre y cuando el que incumplió, acredite que la falta de convivencia afecta al menor.

IV. Cuando se haya recuperado el derecho de convivencia conforme a lo previsto en la fracción que antecede y se vuelva a incumplir, se suspenderá el goce y ejercicio de ese derecho, quedando como precedente para no solicitarlo o ejercerlo de nuevo con ese hijo, mientras sea menor de edad, salvo si esa situación es contraria al interés superior del menor.

Ahora bien, para que la reforma de todos los artículos, que se propone en el presente trabajo, sea coherente con lo dispuesto en el Código Penal, y considerando que esa era la intención del legislador al realizar la reforma publicada en al Gaceta Oficial del Distrito Federal el seis de septiembre del dos mil cuatro, se propone una modificación al contenido de las fracciones III y IV del artículo 173, y se adecua la adición hecha al artículo 284 ambos del precitado ordenamiento legal, dejando claro, que es para que dichos numerales sean acorde con lo propuesto con antelación, empezando con el artículo 173 que dispone:

Artículo 173. *Se impondrá de uno a cinco años de prisión y de cien a quinientos días de multa, al ascendiente, descendiente, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado, que retenga o sustraiga a un menor o incapaz, en los siguientes casos:*

I. Que haya perdido la patria potestad o ejerciendo ésta se encuentre suspendido o limitado;

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

III. No permita las convivencias decretadas por resolución judicial; o

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

Para el artículo transcrito con antelación la modificación que se propone es la siguiente:

Artículo 173. *Se impondrá de uno a cinco años de prisión y de cien a quinientos días de multa, al ascendiente, descendiente, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado, que retenga o sustraiga a un menor o incapaz, en los siguientes casos:*

I. Que haya perdido la patria potestad o ejerciendo ésta se encuentre suspendido o limitado;

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

III. No permita en dos o más ocasiones las convivencias decretadas por resolución judicial; o

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

Por otro lado, el artículo 284 del Código Penal, fue adicionado con fecha seis de septiembre del dos mil cuatro, quedando de la siguiente forma:

Artículo 284. *Cuando la ley autorice el empleo de medidas de apremio para hacer efectivos los mandatos de la autoridad, la consumación de los delitos de desobediencia y resistencia de particulares, se producirá en el momento en que se agote el empleo de tales medidas de apremio.*

Con excepción de los casos previstos en el artículo 73 Bis del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

Proponiéndose el ajuste siguiente:

Artículo 284. *Cuando la ley autorice el empleo de medidas de apremio para hacer efectivos los mandatos de la autoridad, la consumación de los delitos de desobediencia y resistencia de*

particulares, se producirá en el momento en que se agote el empleo de tales medidas de apremio.

*Con excepción de los **casos que verse sobre derecho de convivencia de los menores, no debiéndose colmar lo dispuesto en el párrafo que antecede.***

Con la reforma propuesta, se busca crear una nueva alternativa para solucionar los conflictos que se presentan en materia de convivencias, tomando algunos aspectos importantes de la reforma publicada el seis de septiembre del dos mil cuatro en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, empero, corrigiendo el sentido de la misma, es decir, partiendo del hecho de proteger en primer término el derecho de convivencia de los menores con sus progenitores y demás parientes, ya que cuando es vulnerado ese derecho, se está privando a los menores de mantener una adecuada comunicación y trato con ambos padres y sus respectivas familias.

Por lo anterior, se propone salvaguardar el derecho de convivencia de los menores, para que se esté en condiciones de consolidar los sentimientos entre padres y los menores hijos, procurando con ello el contacto de éstos con sus progenitores, logrando la cohesión efectiva de los vínculos familiares de esa índole, lo que imperiosamente nos deberá conducir a lograr una estructuración más sólida y equilibrada para el desarrollo psíquico de los menores; máxime que esos derechos residen en elementales principios de derecho natural, aunado a la necesidad de cultivar el afecto y estabilizar los vínculos familiares.

Ahora bien, al lograr que el contacto paterno-filial se proyecte desde el mero aspecto formal del título de estado, a la vida real, la figura del padre o la madre adquirirán una dimensión humana, que le otorgue a los menores unos progenitores y familiares visibles, accesibles y tangibles, y que se evite que con el paso del tiempo que éstos se transformen en extraños o ajenos a la realidad social

del menor, y que en un futuro sólo los uniera un vínculo jurídico, sin significado o lasos afectivos.

En esa guisa, la reforma que se oferta busca salvaguardar que los menores mantengan una relación personal y un contacto directo de modo regular con sus parientes, salvo si ello es contrario al interés superior del menor, entendiéndose por interés superior, el conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como garantizar las condiciones materiales y afectivas que permitan a cualquier menor vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible, por ende, se propone que antes de implementar sanciones para aquéllos que vayan en contra del derecho de convivencia de un menor, se opte por la restitución de la convivencia que le fue afectada o impedida a éste.

Ahora bien, no todos los progenitores o miembros de una familia, piensan que lo más importante, es velar por el bien superior de los menores, ya que todavía hay quienes sobreponen sus intereses personales sobre los intereses de un menor, impidiendo que éste goce de su derecho de convivencia con aquél progenitor que no lo custodia o con algún pariente que tenga reconocido ese derecho por resolución judicial dictada en ese sentido, en ese tenor, si la reforma que se propone en el presente trabajo, sólo propusiera como medida para solucionar la conflictiva que nace de las convivencias, la restitución al menor de la convivencia afectada, también sería tachada de ineficaz, máxime, si se considera que aquel progenitor que no pretende cumplir, siempre buscará la forma de lograr impedir la convivencia entre un menor y aquél que tiene reconocido judicialmente ese derecho.

En esa guisa, también la reforma que se propone en líneas que anteceden, prevé aplicar medidas más enérgicas para aquellos sujetos que sobreponen sus intereses sobre los de un menor, poniendo especial cuidado, en plantear normas que no tengan complicaciones jurídicas o procesales para su aplicación, ya que solo así se garantiza a los justiciables que se vean involucrados en este tipo de

conflictos, que los litigios no sean largos y terminen agravando la situación entre las partes, poniendo en riesgo la integridad emocional de los menores que se ven inmersos en este tipo de conflictos, ya que son éstos los que se ven afectados ante el sometimiento a una serie de pláticas, estudios, y diversas probanzas ofrecidas por las partes para acreditar su acción, lo que a la postre trae como consecuencia, la afectación del estado emocional, psicosocial, educacional y físico de los menores.

CONCLUSIONES

1.- La familia, es la institución más antigua reconocida alrededor de las relaciones humanas, constituyendo ésta la base de la sociedad, tanto antigua como actual, es por ello, que se le ha conceptualizado en diversas formas. En esa guisa, la familia tiene dos acepciones, una en sentido amplio y otra en sentido restringido; por lo que hace a la familia en sentido amplio, se le define como el conjunto de personas que tienen una relación jurídica basada en el parentesco, ya sea por consanguinidad, afinidad o civil, teniendo como fuente de dicho vínculo el matrimonio, el concubinato o la filiación.

Ahora bien, por lo que respecta a la familia en sentido restringido, la misma se conceptualiza como un grupo determinado de personas que tienen una relación jurídica basada en el parentesco consanguíneo, siendo fuente del vínculo el matrimonio, el concubinato y especialmente existe entre sus miembros lazos filiales. En esa vertiente, se colige que los conceptos dados de familia, tanto en sentido amplio, como en sentido restringido, sólo difieren en cuanto al tipo y grado del parentesco, de los miembros que la integran.

2.- Las fuentes del parentesco son tres: el matrimonio, el concubinato y la filiación; así, el matrimonio es el vínculo que crea entre los contrayentes, un estado civil, que es el de casados, adquiriendo una serie de derechos y obligaciones recíprocas entre éstos, las que se ven extendidas, una vez que cumplen con uno de los fines del matrimonio, es decir, el perpetuar la especie humana. Otro efecto del matrimonio, es el parentesco por afinidad, que se crea entre el cónyuge y la familia del otro cónyuge.

El concubinato, es aquella unión voluntaria de un hombre y una mujer, que no tienen impedimento legal para contraer matrimonio civil, y que busca crear una familia, por ello, es requisito que hayan cohabitado más de cinco años, o que hayan procreado hijos en común, y es ante tales condiciones cuando

jurídicamente se reconoce la existencia del concubinato. Siendo menester resaltar, que al igual que en el matrimonio, se adquieren derechos y obligaciones recíprocas, que se ven extendidas cuando la pareja procrea hijos, así, al igual que en el matrimonio, se crea un parentesco por afinidad entre el concubino y la concubina y las respectivas familias.

La filiación, es la fuente del parentesco consanguíneo, y al interpretarla en un sentido amplio, abarca a todos aquéllos que son ascendientes y descendientes sin límite de grado; ahora bien, por lo que respecta al sentido restringido, es el vínculo que se crea entre ascendiente y descendiente, en primer grado, es decir, padre y madre y sus hijos, por lo tanto, constituye la forma más cercana de parentesco, creando entre aquéllos derechos y obligaciones.

3.- Alrededor de la filiación, se crea una serie de instituciones y figuras jurídicas, relacionadas con los menores, destacándose entre ellas, la patria potestad, la custodia o guarda y el derecho de convivencia, que generalmente comparten y llevan acabo ambos progenitores, cuando éstos cohabitan, ya sea por haber contraído matrimonio civil, vivan en concubinato o se aparente lo primero; sin embargo, por algunas razones las familias se modifican, ya sea por la sobrevenida de un divorcio o la separación de los progenitores, siendo, en muchas ocasiones, el detonante para que se presenten controversias respecto del ejercicio de la patria potestad, la custodia o guarda de los menores y sobre todo la forma de convivir entre los menores y sus parientes.

4.- La patria potestad, comprende una serie de deberes que recaen, en primer término, sobre los progenitores y ante la falta de ambos, sobre los ascendientes en segundo grado (abuelos paternos o maternos) de un menor, deberes como lo son: el educar, el representar, el cuidar y guardar los bienes patrimoniales de los sujetos a potestad, obligaciones que son reguladas y limitadas por la propia ley.

5.- La custodia o guarda, es la obligación que recae, en ambos progenitores, y que tiene como objeto principal el cuidado, la vigilancia y la protección del menor, respecto de su persona, educación, desarrollo social, psicoemocional y en general el bienestar del menor. Resaltándose, que la custodia es compartida, cuando los progenitores cohabitan con el menor y que sólo por la sobrevenida de algunos factores o circunstancias, dicha labor se confía a un sólo progenitor, y en ocasiones muy especiales a un tercero. Ahora bien, en muchas ocasiones se cree que la custodia, es lo mismo que la patria potestad, empero, la primera es una prerrogativa de la segunda, ya que la custodia es concebida como el cuidado de la persona del menor, y la potestad no sólo implica el cuidado de la persona, si no que también el cuidado de los bienes del menor.

6.- El derecho de convivencia, implica la interrelación de un menor con sus parientes consanguíneos sin límite de grado y colaterales hasta el cuarto grado, de lo anterior, se deduce que, el derecho que le asiste a los menores de convivir con sus familiares de manera plena e ilimitada, es el criterio que debe prevalecer, en ese tenor los legisladores, los órganos jurisdiccionales y administrativos, deben procurar el respeto al derecho de convivencia que le asiste a los menores, privilegiándolo por encima de los intereses de los progenitores.

Máxime que el derecho de convivencia es considerado de orden público e interés social, por lo que existe la obligación de todos los sectores de la sociedad y en particular de los órganos jurisdiccionales que conocen de la materia familiar, de procurar e intervenir aun de oficio, para lograr el respeto del multicitado derecho de convivencia de los menores con sus progenitores y demás parientes consanguíneos.

7.- El Estado Mexicano, ha expresado su voluntad de respetar y procurar la defensa de los derechos de los menores, basando el mismo en un trato de igualdad entre los miembros de la familia, partiendo de la idea que la familia es la base de la sociedad, y por ende, debe procurarse que todo menor crezca al

amparo de dicha institución, respetando las relaciones entre sus miembros, y con ello lograr que todo menor viva en un ambiente sano, con amor y sobre todo con respeto a su persona y sus derechos; por ello, el Estado Mexicano, ha firmado una serie de convenciones internacionales, adquiriendo con ello, compromisos basados en principios de carácter general, que buscan el interés superior de los menores, comprometiendo a la sociedad, a los órganos jurisdiccionales y administrativos, a lograr la protección de los menores tanto física como psicológicamente y sobre todo los derechos de los cuales son titulares los menores.

8.-. Con fecha seis de septiembre del dos mil cuatro, se publicó en la Gaceta del Distrito Federal, una reforma que ofertó una serie de acciones y nuevas figuras para resolver conflictos nacientes de las relaciones entre los menores y sus parientes, proponiendo en primer término la incorporación de la custodia compartida, lo que se materializó con la reforma de la fracción V del artículo 282 y del artículo 283 ambos del Código Civil; desafortunadamente, desde ese momento se cometió un error, ya que la mal llamada custodia compartida no es una figura nueva, máxime que la custodia es compartida, cuando ambos progenitores cohabitan con sus menores hijos, ya que en esas condiciones, ambos progenitores participan en dicha labor.

Se tilda de mal llamada a la custodia compartida, porque realmente el legislador pretendía incorporar la posibilidad de que, ante la sobrevenida de algunos factores que modifican la estructura de la familia nuclear, y que conllevan a la desintegración de ésta, la custodia que se le concede a uno solo de los progenitores, se pudiera alternar entre cada progenitor por un tiempo determinado, es decir, lo que propone el legislador es que un menor viva un tiempo determinado con la madre y posteriormente, pueda ir a vivir con su padre, siempre y cuando, eso le favoreciera al menor y éste tenga más de siete años. Lo anterior, no implica que la custodia sea compartida, sino que es alternada, ya que se insiste, la

custodia compartida se presenta cuando ambos la llevan acabo en un domicilio común y participan en la educación, cuidado, protección y desarrollo del menor.

9.- Otra de las propuestas de la reforma que se estudió, es que ante la contumacia de alguna de las partes, para cumplir las sentencias que determina otorgar un régimen de convivencias, entre el menor y su progenitor que no tiene la custodia, se estaría en condiciones de cambiar la custodia, lo que se materializó con la reforma hecha a los artículos 417 del Código Civil y 941 Quáter del Código de Procedimientos Civiles, sin embargo, si bien se buscó que las resoluciones dictadas en cuestiones de convivencias, se ejecutaran de acuerdo a lo dictado por los jueces de lo familiar, la verdad, es que la reforma de dichos artículos es ineficaz.

La afirmación anterior se sustenta, en que la reforma de la fracción V del artículo 282 establece que los menores de siete años, salvo peligro grave, deben permanecer en custodia de la progenitora, es por ello que la aplicación de la hipótesis contenida en los artículos antes aludidos es inviable, ya que el no permitir las convivencias, no es considerado por la ley como un peligro grave en agravio del menor, en ese contexto, si la progenitora es la que viola las resoluciones y un menor tiene menos de siete años, prácticamente se debe descartar la posibilidad del cambio de custodia ofertada en la reforma de marras, máxime, que al no ser considerado por la ley, que el impedir las convivencias de un menor con su progenitor, es ponerlo en peligro grave, la reforma es prácticamente imposible se aplicar cuando un hijo tiene menos de siete años de edad.

10.- Ante la ineficacia en comento, se debe optar por establecer que ante la negativa o impedimento de cualquier progenitor, a permitir la convivencia, entre un menor y su progenitor decretada por resolución judicial, se debe considerar que se pone al menor en peligro grave, en virtud, de que se está cometiendo una conducta en contra del menor, ya que al no permitir la convivencia, se le está

negando a éste ejercer su derecho de convivencia y con ello vivir y crecer bajo el amparo y protección de ambos progenitores, afectando su sano desarrollo psicosocial.

11.- También la reforma publicada el seis de septiembre del dos mil cuatro, propone la suspensión de la patria potestad, cuando el progenitor que custodia a un menor, impide la convivencia decretada por resolución judicial con su otro progenitor que no tiene la custodia; esta reforma es excesiva y con ella tampoco se resuelve el conflicto respecto de asuntos que versan sobre convivencia de menores. Siendo menester señalar que la suspensión de la patria potestad tiene otros problemas de carácter procesales, ya que se empata, con la posibilidad de promover un incidente de cambio de custodia por la misma falta, es decir, se pueden iniciar las dos acciones al mismo tiempo, ya que el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles, no establecen cuándo se puede promover una y cuándo la otra; aunado a que la suspensión de la patria potestad, forzosamente debe hacerse valer por la vía ordinaria y el cambio de custodia por vía incidental, siendo evidente que, ante la resolución de una de las acciones, afectaría el fondo de la otra.

Por otro lado, la suspensión de la patria potestad es una medida que en la actualidad es ineficaz, máxime, que los más recientes criterios de los órganos federales respecto del derecho de convivencia de los menores, consideran que el derecho de los menores está por encima de intereses de terceros. Es por ello que aun ante la hipótesis de la pérdida de la patria potestad, se está en posibilidades de otorgar un régimen de convivencias entre el menor y aquél que perdió la patria potestad, ya que se reconoce que ese derecho es del menor y por ende, si la convivencia le es necesaria y le trae beneficios al menor, debe concedérsele dicho régimen para que ejerza ese derecho, pese a que deba ser con un progenitor que perdió la patria potestad. Ante esa realidad se propone la derogación de la hipótesis contenida en la fracción VI del artículo 447 Código Civil.

12.- Otros numerales afectados por la incongruencia de la reforma son los artículos 73 Bis, 941 Bis, 941 Quintus del Código de Procedimientos Civiles y lo dispuesto por el artículo 173 del Código Penal para el Distrito Federal, ya que dichos numerales son incongruentes entre sí, además de irrelevantes para logra el cumplimiento de las partes respecto de las convivencias de los menores con sus progenitores y sus parientes consanguíneos y colaterales hasta el cuarto grado, ya que se oferta una serie de medidas, que afectan los intereses de los menores y condenan a las partes a someterse a procedimientos largos que terminarían con crear un ambiente de resentimientos y en ocasiones odios entre aquéllos y sus correspondientes familias, pero lo más grave es que pese a todas las medidas ofertadas en la reforma publicada el seis de septiembre del dos mil cuatro, la problemática no se resolvió.

13.- La reforma publicada el seis de septiembre de dos mil cuatro, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, es ineficaz para resolver los problemas que se presentan respecto de la convivencia de los menores con sus parientes consanguíneos y colaterales hasta el cuarto grado. Lo anterior, se atribuye en primer término, porque la reforma se planteó inadecuadamente, ya que el legislador pretendió garantizar a los progenitores que las sentencias dictadas en cuestiones de convivencia entre éstos y sus menores hijos, se pudieran ejecutar en los términos de las sentencias respectivas, lo que es un error, ya que en realidad se tiene que partir del hecho de que son los menores quienes tienen derecho de convivencia con sus progenitores extendiéndose hacia los demás parientes consanguíneos y colaterales hasta el cuarto grado.

En esa guisa, se tenía que buscar crear mecanismos y normas que garantizarán a los menores ejercer sin limitación alguna el derecho de convivencia que les fue reconocido por alguna resolución judicial, y que en caso de ser violentado ese derecho ya reconocido, el menor no sufriera las consecuencias de las conductas de aquéllos que tienen la obligación de permitir y fomentar la convivencia entre hijos y padres, así como con sus familiares.

14.- Con la aprobación de la reforma publicada el seis de septiembre de dos mil cuatro, se está admitiendo que se violente el derecho de convivencia de los menores, ya que lejos de buscar resarcir el daño ocasionado a los menores, se ofertan acciones que condenan a los infantes a convivir, cuando terceras personas quieran que lo hagan; sin embargo, admitir esa situación pondría en riesgo el sano desarrollo psicosocial y por ende el bienestar de los menores.

Es por ello, que el Estado por medio de sus órganos jurisdiccionales y administrativos deben cumplir con su compromiso de buscar el bien superior de los menores, creando mecanismos que aporten soluciones de manera ágil y expedita en conflictos que versen sobre el derecho de convivencia de los menores con sus parientes, donde se contemplen no sólo sanciones más rígidas para aquéllos que se opongan, dificulten e impidan a los menores ejercer su derecho de convivencia, sino que también se contemple la posibilidad de resarcir el daño ocasionado a los menores con las conductas desplegadas y que atentan contra el multicitado derecho de convivencia, para lo cual, debe buscarse antes de sancionar, la restitución de la convivencia no permitida y sólo ante la conducta impositiva y reiterativa de negar la posibilidad a los menores de ejercer ese derecho, fortalecer las normas con una serie de medidas que sean eficaces y no tengan dificultades legales y procesales para su aplicación, ya que sólo en esa tesitura, se puede garantizar la solución de la conflictiva creada alrededor del derecho de convivencia de los menores con sus parientes.

BIBLIOGRAFÍA

- A. BOSSERT Gustavo, Azannoni Eduardo, Manual de Derecho Familiar, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1991, 626 pp.
- A. ZANNONI, Eduardo, Derecho de Familia, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, 715 pp.
- BAQUEIRO Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, Derecho de Familia Edición revisada y actualizada, Editorial Oxford. México 2005, 419 pp.
- BIALOSTOSKY, Sara, Panorama del Derecho Romano, Editorial Porrúa, México, 2002, 291 pp.
- CHÁVEZ Asencio Manuel F, La Familia en el Derecho: Relaciones Jurídicas Conyugales, Editorial Porrúa, México, 1990, 604 pp.
- CHÁVEZ Asencio, Manuel F., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, Editorial Porrúa, México, 1992, 411 pp.
- DE LA MATA Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, Derecho Familiar y sus Reformas más Recientes a la Legislación del Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 2005,
- DE PINA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano: Introducción, Personas, Familia, Volumen I, Editorial Porrúa, México, 2000, 406 pp.
- GALINDO Graffas Ignacio, Estudios de Derecho Civil, Editorial Porrúa, México 1997, 732 pp.
- GALVÁN Rivera, Flavio, El Concubinato en el Vigente Derecho Mexicano. Editorial Porrúa, México 2003, 186 pp.
- GUITRÓN Fuentesilla Julián, Derecho Familiar, Editorial UNACO, Universidad Autónoma de Chiapas, México 1988, 253 pp.
- GUTIÉRREZ y González, Ernesto, Derecho Civil para la Familia. Editorial Porrúa, México 2004, 648 pp.
- GUTIÉRREZ y González, Ernesto Derecho de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México, 1999, 1225 pp.
- RIVERO Hernández, Francisco, El Derecho de Visita, Editorial J.M. Bosch, Barcelona, 1997, 423 pp.

- ROJINA Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil: Introducción, Personas y Familia, 1ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2005, 537 pp.
- ROJINA Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano: Introducción y Personas tomo I, Editorial Porrúa, México 1997, 525 pp.

Diccionarios y Enciclopedias

- Cabanellas Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo IV y VIII. 20ª Edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires Argentina, 1986.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XI. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires Argentina, 1967, 1004 pp.
- Garrone, Jorge Alberto. Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot. Editorial Abeledo-Perrot, S.A.E., Buenos Aires, Argentina, 1986.
- Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo IX., Editorial Francisco Seix, S.A., Barcelona. 1982 684 pp.
- Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, México 2000, 3923

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, edición 2006.
- Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada en la Ciudad de Nueva York, N.Y. el 31 de julio de 1990. Suma Jurídica de Asistencia en Materia Social. Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia. México, Distrito Federal. 2002.
- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Adoptada en la Ciudad de Montevideo, Uruguay, el día 15 de julio de 1989. Suma Jurídica de Asistencia en Materia Social. Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia. México, Distrito Federal. 2002.
- Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Adoptada en la Haya, Países Bajos Uruguay, el día 25 de octubre de 1980. Suma Jurídica de Asistencia en Materia Social. Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia. México, Distrito Federal. 2002.

- Código Civil para el Distrito Federal. Edición 2006
- Código Civil para el Estado de Guerrero. Edición 2005.
- Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Morelos. Edición 2005.
- Código Civil para el Estado de Querétaro. Edición 2005.
- Código Civil para el Estado de San Luis Potosí. Edición 2005.
- Código Civil para el Distrito Federal. Edición 2005.
- Código Familiar para el Estado de Hidalgo. Edición 2005.
- Código Penal para el Distrito Federal, Edición 2006.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Edición 2006.
- Ley para los Derechos de los Derechos de Niñas, Niños en el Distrito Federal. Edición 2006.
- Semanario Judicial de la Federación. Edición Enero a Junio 2006.
- IUS 2005, Poder Judicial de la Federación.

P á g i n a s d e I n t e r n e t

- <http://www.asambleadf.gob.mx>, consultado, (17 de marzo de 2006).
- <http://www.scjn.gob.mx>, consultado, (24 de octubre de 2005).
- <http://www.ordenjuridico.gob.mx>, consultado, (30 de noviembre de 2005).